**Autor: FERNANDO ALFREDO UBIRÍA, “Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley.**

**Capítulo XI - Relación causal**

**1. APROXIMACIÓN**

Todo efecto reconoce su origen en una causa. El consecuente surge de un antecedente que le da nacimiento o vida. "Nada existe en sí, independientemente de otros fenómenos" (Goldenberg).

No sólo el derecho sino también la teología, la metafísica, la filosofía, la física —entre otras disciplinas— se interesan en el problema de la causalidad, compleja temática cuyo abordaje científico comenzó en Grecia con Aristóteles.

La "captación" del fenómeno fáctico-jurídico difiere, pues la causalidad jurídica no es igual a la de las ciencias naturales. "El derecho no es una física de las acciones humanas" (Llambías), pues la abordan desde ángulos distintos:

• la ciencias físicas - se basan en la mera causalidad "material", en la simple y primaria impu­tación, juicio "neutro" ajeno a toda valoración;

• la ciencia jurídica - lo hace desde el plano de lo "justo", desde el "deber ser", resuelve si el consecuente puede (es justo) ser atribuido a una persona.

En la mayor parte de los casos la cuestión de la relación causal no necesita plantearse explícitamente pues se muestra tan clara que basta la apreciación empírica (Orgaz), y es por ello que "los juristas en general han sido ingenuos en el problema de la causalidad" (Moore).

Los civilistas entendían que estos problemas debían resolverse aplicando el sentido común, la intuición, hasta —según Planiol y Ripert— el sentimiento... y fueron los penalistas fueron quienes encararon en primer lugar de manera científica el estudio de este tópico entrada la 2ª mitad del siglo XIX. En el derecho civil recién en el siglo XX de manera lenta y progresiva se fue imponiendo el método científico de análisis en procura de alcanzar respuestas de validez abstracta y general sobre la temática.

**2. CONCEPTO**

La relación causal consiste en el enlace material o físico que existe entre un hecho-antecedente (acción u omisión) y un hecho-consecuente (el resultado dañoso). Pero para que un resultado físico determinado —daño— sea impu­table a la acción u omisión de un sujeto, según Llambías el derecho corrige o rectifica a la causalidad material según el prisma de la justicia, de lo que nace la causalidad jurídica.

Estará obligado a reparar los perjuicios quien los causó con su hecho, o mediante la intervención de personas situadas bajo su ámbito de autoridad o control, o por cosas de las que es dueño o guardián (Pizarro y Vallespinos)[(1)](javascript:void(0)).

Su análisis constituye el paso inicial e imprescindible del proceso que conduce a sentar la responsabilidad de un sujeto (Brebbia)[(2)](javascript:void(0)), el nexo causal es el "factor aglutinante" que hace que el daño y el criterio de impu­tación (culpa, riesgo) se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar (Goldenberg)[(3)](javascript:void(0)).

El nuevo cuerpo legal no define a la relación causal (tampoco lo hacía el Código Civil), sino que establece pautas y límites para orientar su análisis, las que surgen del núcleo de disposiciones contempladas en los arts. 1725/1736, CCyCN.

**3. VÍAS DE MANIFESTACIÓN CAUSAL**

a) Acción u omisión

El hecho que produce consecuencias jurídicas (art. 257, CCyCN, art. 896, CCiv.) puede operar por dos vías, y así el art. 1717, CCyCN habla de la acción u omisión que causa un daño a otro, y el art. 1749 establece la responsabilidad directa de quien ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

La conducta dañosa se desenvuelve:

• por vía de acción - se lleva a cabo por medio de un acto positivo, p. ej. golpear, embestir con un automóvil, disparar un arma, difamar o calumniar;

• por vía de omisión - se produce por no hacer lo que impone el derecho: debe distinguirse entre la "comisión por omisión" (ej. no amamantar al hijo y provocar su muerte) y la "omisión pura" (ej. no auxiliar a otro sin riesgo para la propia persona).

b) Co-causación y concausalidad

El resultado dañoso puede obedecer a una causa o a dos o más que interactúan.

Los supuestos de "co-causación" se distinguen por la diferente modalidad que las causas asumen en su operatoria:

• causalidad conjunta o común - dos o más personas aportan las causas relevantes (caso en que dos sujetos golpean a otro);

• causalidad acumulativa - la acción dañosa de dos o más sujetos es independiente entre sí, pero con una sola el resultado se habría producido igualmente (caso de dos fabricantes que vierten al río aguas contaminadas en tal cantidad que cualquiera es suficiente para destruir la pesca) (Goldenberg);

• causalidad disyunta o alternativa - el daño se produce como efecto de una acción proveniente de dos o más personas sin que sea posible individualizar quién de todos fue el efectivo autor (caso de autor anónimo de un grupo determinado). Se trata de una falsa pluralidad.

Las concausas son causas extrañas que actúan independientemente de la condición puesta por el agente, por lo que la relación de causalidad a su respecto no alcanza a configurarse total o parcialmente.

La causa material del menoscabo se desplaza hacia otro centro de impu­tación material concurrente, interferencia causal que se refleja en la procedencia o en el alcance de la reparación (Pizarro y Vallespinos).

Comprende los tradicionales supuestos de fractura del nexo causal:

• de hecho del damnificado (art. 1729, CCyCN);

• caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730, CCyCN);

• hecho de un tercero (art. 1731, CCyCN).

El desarrollo de estos tres últimos supuestos se realiza en el capítulo correspondiente a las "eximentes" (causa ajena).

c) El factor "temporal"

Existen causas que temporalmente actúan de manera preexistente, concomitante o sobreviniente respecto al hecho que desencadena el resultado:

• causas "preexistentes": son anteriores al hecho del agente, como el sujeto que padece una afección cardíaca y que, al ser asustado por una broma, muere;

• causas "concomitantes": dos causas actúan produciendo el resultado dañoso al operar simultáneamente, como el caso en que una persona sujeta con fuerza a otra para que alguien más la golpee;

• causas "sobrevinientes": el hecho que contribuye concausalmente aparece con posterioridad al del agente, como la persona que resbala en el piso mojado de la casa de un amigo, y camino a la farmacia para comprar un analgésico es herida de muerte por un delincuente (Goldenberg).

**4. CONDICIÓN, CAUSA Y OCASIÓN**

El procedimiento de análisis causal puede ser muy complejo. La investigación que se practica en su derredor alcanza a todos los hechos que revisten mayor o menor incidencia en el resultado dañoso, que confluyen en la mecánica con dispar relevancia.

El derecho deja atrás a los hechos intrascendentes, los que no intervienen en la producción del resultado, sólo interesan los hechos trascendentes que son los que resultan "condición" del perjuicio.

Por condición se entiende la "situación o circunstancia indispensable para la existencia de otra" (DRAE), por lo que toda condición constituye un antecedente del daño, pero no significa que revista entidad suficiente para generarlo por sí misma.

Si un efecto es producto de múltiples condiciones que interactúan, entre ellas debe distinguirse a la "causa" del daño de lo que constituye mera condición u ocasión, para asignar a cada una el rol que cumple, su precisa relevancia jurídica. El análisis de la causalidad jurídica es un "análisis jerarquizador".

Entre condición y causa existe una relación de género a especie: si bien la causa es siempre una condición (antecedente) del daño, no toda condición alcanza jerarquía de causa.

La causa es la que "da el ser" a otra cosa, la que origina o produce el efecto. Se trata de una condición que asume especial entidad, el derecho le confiere mayor relevancia, la repu­ta "adecuada" para la producción de determinado resultado.

Por ocasión se entiende "oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo", "peligro" (DRAE), y si bien también es trascendente, tiene menor entidad pues sólo favorece la actuación de la causa del daño, facilita o potencia la aptitud originadora de ésta[(4)](javascript:void(0)).

Algunos ejemplos ilustrarán la diferencia:

• en el festejo de cumpleaños en el que un invitado golpea a otro, quien organiza la celebración sólo brinda la "ocasión", el agresor es quien aporta la causa del daño;

• el Banco que abre una cuenta corriente en contradicción con normas regulatorias del Banco Central, facilita —brinda la ocasión— para el libramiento de cheques sin fondo, pero no la causa adecuada de los daños que se producen por su intermedio.

Como regla no se responde por el mero hecho de haber facilitado la producción del daño: quien invita a un amigo a jugar al golf, no responde si en "ocasión" del juego éste es lesionado por una pelota lanzada por otro jugador, o es agredido con motivo de una discusión provocada por otro competidor (Pizarro y Vallespinos).

Otros ejemplos contribuirán a un mejor entendimiento.

• en una oscura noche, una mujer cae en una calle sin iluminación artificial (que debía brindar la municipalidad del lugar): es discutible si la falta de luz puede repu­tarse causa del daño si se trata de una circunstancia conocida (ej. por ser vecina) y a la par camina con zapatos de taco alto y carga un infante. En todo caso la ausencia de luz artificial, que por cierto disminuye la visibilidad, podría revestir solamente categoría de condición u ocasión, y causa adecuada el hecho de la propia damnificada por su falta de debido cuidado y previsión;

• un vehícu­lo pincha un neumático porque está en mal estado de conservación, se detiene en la banquina de la autopista y resulta embestido por otro rodado. El vicio del neumático no es causa del siniestro sino solamente una condición u ocasión si el vehícu­lo se encuentra correctamente detenido y señalizado; la causalidad la aporta únicamente el conductor del auto embestidor;

• un obeso cliente sufre daños al caer al piso de un supermercado por trabarse las ruedas del carro de compras. Su estado físico resulta mera condición u ocasión que no alcanza entidad de causa, la que reside en poner a su disposición un carro que presenta vicio.

**5. FUNCIONES**

La importancia de la relación de causalidad se evidencia a través de la utilidad que cumple, que se da en dos planos diferentes:

1) "autoría" - individualiza al responsable: "quién pagará" (función inmediata);

2) "extensión del resarcimiento" - establece qué consecuencias dañosas se deben reparar: "cuánto se pagará" (función mediata).

Sobre la primera función, en la causalidad a nivel autoría se distingue una doble causalidad: la "material" respecto de la conducta, y la "jurídica" respecto del daño en sí mismo. Por ejemplo, el chofer de un ómnibus que por una brusca maniobra lesiona a pasajeros y peatones, es autor material de la conducta dañosa y autor jurídico del daño, mientras que el principal (la empresa de transporte) sólo autor jurídico del daño (responsables directo e indirecto respectivamente).

Acerca de la segunda función (extensión de la reparación), razones de justicia impiden que la obligación del responsable se prolongue hasta el infinito, que sea absoluta, que alcance de manera indiscriminada a todos y cada uno de los efectos perjudiciales de su actuar. En algún punto es necesario "cortar", lo que concretamente significa que más allá de ese límite el propio perjudicado debe soportar los daños que sufre.

¿Con qué medida o alcance se debe responder? Se acude a parámetros objetivos establecidos por la ley y elaborados desde una perspectiva de justicia, para impedir la elongación excesiva de los perjuicios impu­tables al responsable, y evitar el consiguiente enriquecimiento del damnificado (Pizarro y Vallespinos).

Algunos ejemplos serán ilustrativos.

• fruto del acuerdo con un productor para dar un show en un reconocido teatro de la Av. Corrientes, el ignoto bailarín se prepara para dar el salto a la fama y cumplir sus sueños, cuando a horas de salir a escena recibe el fatídico llamado que le comunica su reemplazo por otro artista; por ello no lo convocan a un programa de televisión en el prime time; y por su depresión su novia (hija de un magnate) lo planta en el altar: ¿con qué alcance debe responder el productor que incumplió el contrato?;

• debido a las graves lesiones permanentes sufridas en el siniestro vial, Roberto abandonó sus estudios universitarios de ingeniería, perdió su empleo, por ello le negaron un crédito bancario que aplicaría a una rentable inversión financiera, dinero con el cual habría de producir paneles de energía solar que a través de un contacto exportaría al mercado chino: ¿qué daños debe reparar el embestidor?;

• Juan esperaba que se cumpliera el día 1º del mes, fecha pactada con su deudor para el pago del préstamo que le otorgó. Necesitaba el dinero para cancelar el saldo del precio por el alquiler del salón de fiestas en el que se celebraría el cumpleaños n. 15 de su única hija; ante la falta de pago la celebración se canceló, su hija decidió alejarse de su hogar y cambiarse de apellido: ¿cómo está compuesto el crédito por incumplimiento contractual?

Las pautas para resolver estos casos se verán más adelante (acápite n. 11).

**6. TEORÍAS**

a) Planteo

El fenómeno causal se presenta como una sucesión continua e indefinida de hechos antecedentes y hechos consecuentes, de causas y efectos enlazados o atados, por lo que corresponde practicar el señalado "análisis jerarquizador".

Para el cumplimiento de las referidas funciones, es necesario identificar en dicha cadena al eslabón central que es el primer daño resarcible (el "km 0"), y a partir de él practicar:

• un estudio hacia atrás, para revelar la autoría material y jurídica;

• otro hacia delante, para determinar la extensión del resarcimiento.

Es menester abordar el análisis de distintas teorías que explican al fenómeno causal, pues brindan pautas de solución a los casos de responsabilidad, propósito logrado parcialmente pues sólo cumplen un papel orientador o de guía del razonamiento.

Mientras la primera (conditio sine qua non) tiene basamento exclusivo en las ciencias naturales, las restantes son todas "correctoras" ya que aplican criterios de justicia. Se desarrollarán seguidamente las más importantes.

b) Conditio sine qua non

Según esta postura (la más antigua pues data de 1860), todas las condiciones tienen el mismo valor para la producción del daño, son consideradas equivalentes, a todas se les asigna la misma categoría o fuerza jurígena.

Es suficiente que el hecho resulte un antecedente del daño, que haya tenido que existir para que el perjuicio tenga lugar para acarrear responsabilidad. El análisis se practica "en concreto", es decir, como verdaderamente (estrictamente) sucedieron los hechos, sin agregados valorativos.

Si una persona se golpea al resbalar en el piso mojado de la casa de un amigo, y camino a la farmacia para comprar un analgésico es herida de muerte por un delincuente, el amigo también resulta responsable por el desenlace fatal. Cada condición resulta indispensable pues si una de ellas faltara (si la víctima no se hubiera golpeado) su muerte posterior no habría tenido lugar[(5)](javascript:void(0)). Arriba a un resultado lógico irrefutable, pero disvalioso en lo jurídico. "El rigor de la lógica no se compadece con la bondad de la justicia" (Bustamante Alsina).

Si bien categorizar como causa a cada uno de los hechos antecedentes resulta consistente desde la perspectiva de la filosofía y de las ciencias naturales, para el derecho se muestra decididamente injusto ya que amplía la responsabilidad hasta el infinito. Como observa Orgaz, se respondería por las consecuencias inmediatas, mediatas y hasta de las más remotas de nuestros actos.

Por tal razón, a esta tesis le siguieron otras consideradas "individualizadoras" (de condiciones).

c) Causa próxima

Parte de una base acertada: para el derecho no todas las condiciones son equiparables, y recurre a la distinción entre condición, causa y ocasión.

Para distinguirlas introduce un criterio simplista pues considera causa del daño a la que temporalmente se encuentra más próxima a él, es decir, la que se encuentra asociada al daño de manera inmediata o directa: se responsabiliza a quien aporta el último hecho ligado con el perjuicio, liberando a los anteriores.

Pero no siempre el antecedente temporal más cercano al resultado dañoso es el determinante, puede serlo alguno anterior. El concepto de inmediatez debe tener un sentido lógico y no cronológico.

Si una persona hiere a otra de una puñalada y un tercero que se ofrece a llevarla al hospital se queda sin nafta en el camino, la muerte de la persona no puede impu­tarse al conductor sino al autor de las lesiones (Borda); tampoco puede ser responsabilizada la enfermera que aplica una inyección que contiene veneno si la carga de un frasco rotulado como antibiótico por el laboratorio (Orgaz, Bustamante Alsina).

d) Causa adecuada

También parte de la base que no es cierto que todas las condiciones sean equivalentes, pues tienen eficacia distinta: una causa es adecuada (idónea, apta) a su efecto de acuerdo a la probabilidad de producirlo, según lo que sucede corrientemente, con normalidad o regularidad[(6)](javascript:void(0)).

El análisis entonces se practica a la luz de la previsibilidad desde el plano "abstracto" o teórico, según el curso ordinario de las cosas (a diferencia de la conditio sine qua non).

Algunos ejemplos serán ilustrativos.

• en el caso de la persona levemente herida en un siniestro de tránsito que fallece al incendiarse el hospital al que había sido trasladada, el responsable de las heridas no aporta la causalidad adecuada de este último efecto, pues aunque sea una derivación de aquel acontecimiento (antecedente: mera condición u ocasión) no se encuentra habitualmente asociado a él;

• si una persona empuja a otra al precipicio, la envenena, le dispara, es adecuado (conforme al curso regular) que muera; pero si una persona asusta a otra para hacerle una broma y muere de un infarto, el resultado no es adecuado;

• un grupo de hinchas de un club de fútbol, a la salida del estadio en el que jugó su equipo, asciende a un colectivo en el que se encuentra un pasajero al que golpean y lesionan seriamente, la causa adecuada de los daños no reside en la falta de previsión del chofer por no impedir que ascendieran los nuevos pasajeros (su deber es detenerse), sólo en caso de haber advertido actos vandálicos en la parada debería haber comprendido la amenaza que representaban.

Como razona Goldenberg, en el derecho "no hay causalidad del caso singular" porque se somete a lo que indica la experiencia, no es suficiente que un hecho aparezca como condición de un evento si regularmente no trae aparejado ese resultado[(7)](javascript:void(0)).

Pero esta teoría también es atacada duramente: se discute su carácter "científico" pues el juez determina lo que es normal u ordinario desde su particular y subjetiva perspectiva de las cosas, sin apoyarse en estadísticas o estudios que demuestren esa probabilidad objetiva[(8)](javascript:void(0)).

Pizarro y Vallespinos —a partir de estudios practicados en el derecho penal alemán— concluyen que se trata de una "mera doctrina de impu­tación de consecuencias", mientras que López Mesa es particularmente crítico y elocuente al hablar del "mito" de la causalidad adecuada[(9)](javascript:void(0)).

e) Contemplación del Código Civil y Comercial

Sienta las reglas de la materia sobre la "causalidad adecuada": la acción u omisión del agente se considera adecuada (apta) para producir efectos jurídicos si resultan acordes al curso natural y ordinario de las cosas (art. 1727, CCyCN, art. 901, CCiv.). Sobre tal norma —como bien observa Azar— se cimienta la "estructura del juicio causal"[(10)](javascript:void(0)).

Por tanto, el criterio de previsibilidad es el eje central de la causalidad jurídica pues en ella anida su fundamento: permite discernir la causa a partir de lo anticipable o esperable, operatoria que en justicia permite identificar al autor del daño y fijar el alcance de la reparación.

No se toma en cuenta el punto de vista del propio autor del hecho, lo que éste conocía o podía conocer (revelador de culpabilidad), pues el estudio de probabilidad se practica en abstracto, con un criterio objetivo, prescindiendo de lo que efectivamente ocurre en el caso concreto: el parámetro es el del "hombre promedio", o mejor aún, el "hombre razonable".

Ello no significa que sea la única teoría que recepta el Código Civil, pues en casos específicos recurre a la teoría de la conditio sine qua non con el propósito (de justicia) de asignarle a la "ocasión" jerarquía de "causa"[(11)](javascript:void(0)).

Resultan de interés los criterios elaborados en esta temática por el European Group on tort law en los "Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil"[(12)](javascript:void(0)).

**7. AUTORÍA**

Este análisis se orienta a la individualización del agente causante de daños.

Para ello se estudian los hechos, su "mecánica", y se los ordena de manera sucesiva, de manera lógica más que cronológica (ej. daños que se manifiestan tiempo después).

Se trazan líneas que unen puntos del pasado con otros del futuro, así se revela la "biografía" del daño (Mosset Iturraspe), su "trama", los antecedentes históricos de su ocurrencia. Se parte de la etapa previa al acaecimiento del primer daño ("km 0"): se indaga en dicho marco temporal, pues es el contexto en el que el sujeto actuó (u omitió) cierta conducta y cuyo resultado aparejó daño[(13)](javascript:void(0)).

El análisis de autoría revela una doble causalidad, material (concepto restringido) y jurídica (concepto amplio).

Autoría "material":

• constituye el primer análisis, su objeto es la "conducta" que provocó los daños: por su intermedio se identifica al agente que "aportó la causalidad física o material (imputatio facti);

• en este plano agotan su interés las ciencias naturales (como la física);

Autoría "jurídica":

• constituye un segundo estadio, requiere que antes se "resuelva" el problema de identificación anterior;

• se decide quién o quiénes son considerados autores jurídicos del "daño" en sí mismo para responsabilizarlos (imputatio iuris)[(14)](javascript:void(0)).

La categoría autoría jurídica es una construcción cuyo concepto se elabora sobre la base de la justicia y la equidad, diferente a la autoría material que responde a las reglas de la causalidad física[(15)](javascript:void(0)).

La autoría material no conduce necesariamente a la jurídica, pues ésta última "contrae", "dilata" o "prescinde" de aquélla:

• contrae - al operar un supuesto de "daño justificado" (legítima defensa, estado de necesidad, etc.) que excluye o limita la responsabilidad, caso de daños que derivan de una fuerza irresistible, daños que no registran una conexión causal relevante y quedan fuera del "metro" del deber de resarcir;

• dilata - casos de responsabilidad refleja (principal por dependientes, padres por hijos), daños causados por la cosa de la que se es dueño o guardián, o producidos en el desarrollo de actividades riesgosas;

• prescinde - casos de causalidad en la omisión (pura), supuestos de responsabilidad colectiva y anónima (ej. "actividad peligrosa de un grupo")[(16)](javascript:void(0)).

**8. PARTICULARIDADES DE LA CAUSALIDAD OMISIVA**

a) Planteo

Este tema despierta gran interés en los juristas, pues presenta rasgos que la tornan especialmente compleja.

Corresponde partir en el razonamiento lógico que los hechos negativos no tienen per se aptitud para modificar la realidad exterior: ex nihilo nihil fit ("de la nada, nada resulta") (Goldenberg). Pero ello sólo es así en la dimensión de las ciencias naturales, no en el derecho.

Una omisión, en sentido genérico, literalmente no es nada en absoluto. La omisión de asesinar no es una "forma fantasmagórica" de asesinato; "es como un elefante ausente, que no es un elefante en absoluto" (Moore).

Los daños pueden originarse en no hacer lo que impone el derecho, por lo que constituye una "modalidad de manifestación" de la causalidad jurídica. Se trata de una omisión relevante (trascendente) por la existencia de un mandato de actuación positiva.

b) Modalidades

Debe distinguirse entre:

• "comisión por omisión" - una persona, como consecuencia de un acto suyo (aquí la clave), crea un riesgo del que se derivan daños que pueden evitarse ejecutando un acto que se omite; como el médico que en una operación corta una arteria y al no ligarla deja que el paciente muera (Bustamante Alsina), la madre que no amamanta al hijo y provoca su muerte, etcétera;

• "omisión pura" - el daño se produce por obra de circunstancias totalmente ajenas a quien, pudiendo intervenir para evitarlo, se abstiene y no hace nada, como p. ej. no auxiliar a otro sin riesgo para la propia persona (Orgaz)[(17)](javascript:void(0)). Aquí hay una causalidad preexistente respecto de la cual el agente es ajeno.

El art. 1710, CCyCN al normar el deber general de evitar causar un daño no justificado ("deber de prevención del daño"), impone un deber positivo de actuación que se fundamenta en la buena fe. Esta norma confiere sustento a la causalidad con finalidad preventiva.

Las omisiones que no encuadran en una de las categorías señaladas, son intrascendentes para el derecho de la responsabilidad civil[(18)](javascript:void(0)), por ello la omisión considerada en sí misma no es relevante (a contrario de lo que sucede en el derecho penal con los delitos en grado de tentativa y los de peligro)[(19)](javascript:void(0)).

Como se desarrollara precedentemente en el capítulo sobre "función preventiva", en el aspecto más profundo existe una evidente "tensión" pues: por un lado toda persona tiene derecho a abstenerse, en la dimensión aquiliana "la regla es la libertad", mientras que por el otro sobre todos pesa el "deber de no dañar a otro".

c) La prudencia y la "normatividad acentuada"

¿"Cuándo" existe entonces "concretamente" el "deber de actuar"?, en la vida en sociedad el "derecho de abstenerse" se encuentra lejos de ser absoluto. No se puede premiar el egoísmo, lo que no significa que deba aceptarse una tesis amplia pues se corre el riesgo de esperar del sujeto una ilimitada —e inexigible— disponibilidad al sacrificio (Bueres, Mayo)[(20)](javascript:void(0)).

En el ámbito de la causalidad omisiva, el alterum non laedere adquiere una particular configuración.

La virtud de la prudencia es la que fija límites para su demarcación pues:

• una obligación genérica e indeterminada que obligue a todo sujeto a prevenir o evitar la producción de un perjuicio a otro, sería francamente insostenible, una carga excesiva con afectación de la libertad individual;

• la formulación opuesta que confiere relevancia jurídica a las conductas omisivas según las concretas y específicas hipótesis tipificadas, implica una inmovilidad del sistema para aprehender nuevas modalidades lesivas, y la imposibilidad de resolver con justicia la protección de intereses merecedores de tutela (De Lorenzo, Picasso).

El análisis de las consecuencias que produce la omisión de cierta conducta nos introduce inevitablemente en el terreno de la causalidad (no en el de la antijuridicidad), y de lo conjetural o hipotético: si el sujeto hubiera actuado, ¿habría evitado el daño?

En la omisión pura el omitente se abstiene de realizar una conducta que le exige el ordenamiento, pero respecto de un proceso causal preexistente al que el agente resulta extraño o ajeno, al que permanece inerte o pasivo, no actúa, debiendo hacerlo (Bueres).

Debido a dicha preexistencia de causalidad, el omitente no es quien "aporta" la causa material del perjuicio, por lo que la causa adecuada (jurídica) únicamente puede ser "normativa" (no "material" como en la acción): quien omite no provoca el daño, por lo que sólo la ley puede determinar la impu­tación de esa causalidad. Como explica Zavala de González, si quien no sabe nadar se cae al río, se ahogaría igual a pesar de la ausencia del omitente.

d) Configuración específica del alterum non laedere

Como se advierte, es compleja la determinación del deber de actuar (o "dejar de no hacer"), las normas no fijan confines claros, en el sentido de puntuales o concretos. Cualquier pretensión superior constituye un anhelo infundado, la "normatividad" de nuestra disciplina auxilia con dicho alcance, hasta allí su radio de utilidad u operatividad.

Para la exigibilidad de la realización de determinada conducta (la que podría evitar el daño) se cuenta con una ingeniería jurídica basada en normas amplias (como el citado art. 1710, CCyCN), cláusulas abiertas, y a la luz de ellas debe alcanzarse la solución de justicia para cada caso.

¿Es causa idónea la pasividad de un individuo que ve avanzar un tren en un paso a nivel y que no hace señas al conductor de un automóvil que se lanza al cruce inadvertidamente?: en justicia no se puede "atar" la solución del caso a la existencia de una disposición legal específica. La respuesta desde luego es positiva: el mínimo de solidaridad humana y amor al prójimo generan un deber de actuación inexcusable, esa falta de aviso es una de las condiciones adecuadas para que el daño se produzca (Bustamante Alsina, Bueres).

**9. PARTICULARIDADES DE LA CAUSALIDAD CONTRACTUAL**

La problemática de la causalidad sólo se verifica en su plenitud en la dimensión aquiliana, no en la contractual donde sus funciones o utilidades se ven menguadas: la identificación del sujeto que habrá de responder, es decir, la pesquisa en torno a la autoría (material de la conducta y jurídica del daño) en principio no resulta necesaria ya que el causante es el propio contratante incumplidor[(21)](javascript:void(0)).

En efecto, los contratantes construyen la causalidad del contrato al "moldear" la relación obligacional conforme a sus respectivos intereses: negocian y fijan un camino a seguir ("plan prestacional"), prevén contingencias, se anticipan, acuerdan un régimen de consecuencias aplicable para el caso de eventual incumplimiento, etc. Campean aquí los principios de "autodeterminación" y "autorresponsabilidad" dentro del amplio marco de libertad negocial (art. 958, CCyCN).

Entre la voluntad de las partes plasmada en el contrato y las normas indisponibles, se delinea el "camino" a recorrer, las reglas de conducta que deben observar las partes, que desde luego resultan más claras y específicas que las que emanan del amplio y vago alterum non laedere.

Se "espera" del deudor que cumpla con "su" prestación (una suerte de "tipo" semejante al del derecho penal), por lo que la "previsibilidad" de las contingencias dañosas adquiere otra dimensión.

Según los contornos de "esta" causalidad y la naturaleza de los intereses comprometidos es la entidad de las obligaciones asumidas por las partes.

Los parámetros son útiles para precisar:

• los "contornos del objeto obligacional" que constituye el interés del acreedor, extremo que permite discernir si el deudor compromete diligencia o más aun resultados (sobre esta previsibilidad se apoya la clasificación que distingue a las obligaciones como de medios y de resultado);

• el alcance de los daños indemnizables (extensión del resarcimiento).

Con sujeción a estas reglas específicas deben proceder las partes en el marco de todo contrato, como una compraventa inmobiliaria, una locación de servicios profesionales, etc. y lo mismo acontece entre los partícipes de una dispu­ta deportiva pues deben ajustar su conducta al reglamento aplicable: el jugador de fútbol que muerde al rival, el boxeador que golpea por debajo de la cintura, se sale de los "confines causales" y consecuentemente genera su deber resarcitorio[(22)](javascript:void(0)).

**10. VALORACIÓN DE LA CONDUCTA**

a) Planteo

Se abordará aquí el procedimiento de análisis de conducta a los fines de determinar si existe o no una relación causal que fundamente en justicia el deber de responder (estudio de autoría).

Como se dijera, se practica en torno al patrón de la "previsibilidad", tópico que invariablemente presenta un doble cariz: en materia de causalidad es objetivo, y en materia de criterio de impu­tación aplicable puede ser objetivo o subjetivo[(23)](javascript:void(0)).

Así por ejemplo:

• si una persona asusta a otra para hacerle una broma y muere de un infarto, el resultado no es adecuado porque debe repu­tarse imprevisible, pero si el agente conocía la debilidad cardíaca de la víctima, lo previó o lo pudo prever (dolo o culpa), y por tanto nace el deber reparatorio;

• si una piedra arrojada desde una zona peligrosa contigua a las vías del ferrocarril, impacta en un pasajero y lo daña, el resultado es previsible y revela un ineficaz gerenciamiento profesional de la actividad, una inadecuada administración de los riesgos (riesgo creado - seguridad).

b) Parámetros

El extenso art. 1725 brinda coordenadas para la "valoración de la conducta" del sujeto que son válidas para ambas órbitas de la responsabilidad.

En general dicha norma sigue las pautas normadas en el Código Civil (arts. 902 y 909), y se analizarán seguidamente en sus tres párrafos:

• 1º párrafo - Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (su antecedente es el sabio art. 902 del CCiv.).

El deber legal de previsión pesa invariablemente sobre todo sujeto, se trate de génesis obligacional (contractual) o aquiliana, pues siempre se debe actuar con cuidado para poder anticiparse a las probables consecuencias dañosas.

Se consagra aquí un "estándar de la previsibilidad" exigible al agente que cuenta con conocimientos específicos, como los profesionales universitarios, especialistas, técnicos, científicos, proveedores profesionales de bienes y servicios en el ámbito de las relaciones de consumo, etc. Cuentan con mayor "control de la causalidad"[(24)](javascript:void(0)). (Goldenberg), y puede leerse en clave objetiva (causalidad) o subjetiva (culpa).

Es justo que, ante el mayor grado de previsibilidad que tiene el agente acerca de las consecuencias que se derivan del curso normal y ordinario de las cosas (art. 1727, CCyCN), sea más rigurosa la valoración de su conducta desde el plano abstracto y objetivo de la causalidad y concreto de la culpabilidad.

Se trata de un supuesto de responsabilidad agravada, y confiere sustento a la llamada obligación de medios "reforzada".

• 2º párrafo - Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las personas (plasma lo regulado en la 2º parte del art. 909, CCiv.).

Cuando existe una "confianza especial" se toman en cuenta —además de la naturaleza del acto— factores individuales del agente como su desarrollo intelectual, su cualificación, grado de conocimiento, etc. Parece contradictorio con lo regulado en el tercer y último párrafo del art. 1725, CCyCN, pero como se verá no lo es.

• 3ª párrafo - Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente (prácticamente reitera lo que el CCiv. normaba en el 1º párrafo del art. 909).

Si bien es notoria la oscuridad de su redacción —también criticada al texto velezano—, no promedia contradicción con el párrafo anterior sino que lo repite innecesariamente: en resumen, la condición "especial" o "particular" y la "facultad intelectual" de la persona (3º párr.) son parámetros que sólo se aplican en los contratos que suponen una "confianza especial" (2º párr.).

**11. EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO**

a) Planteo

La otra función que cumple la causalidad es la determinación de los daños resarcibles, que puede tener lugar tanto en la dimensión ex ante (preventiva) como en la ex post (indemnizatoria)[(25)](javascript:void(0)).

En este último caso (ex post), los daños causados pueden resultar muy extensos, algunos se encuentran próximos al obrar del agente, otros más alejados. Las repercusiones directas e indirectas de un hecho suelen ser infinitas. Como razona Borda, ocurre lo mismo que con la caída de una piedra en el agua: las ondas se van expandiendo más y más hasta perderse casi en el infinito. ¿Hasta dónde responde el autor del hecho?

En este segundo tramo lógico-histórico, se establecen las consecuencias perjudiciales que se encuentran dentro del límite legal y comprometen la responsabilidad del sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Es menester practicar un corte, delimitar la cadena causal para determinar "hasta dónde" se responde, la impu­tación total de las consecuencias dañosas desborda lo que en justicia corresponde.

La clave aquí vuelve a estar en la "previsibilidad".

Para el derecho las cadenas causales producen efectos válidos (daños resarcibles) durante tramos limitados, pues más tarde o más temprano es destruida por la ramificación, la convergencia o la discontinuidad (Goldenberg). A medida en que los efectos dañosos se alejan, mayormente los hechos no se presentan "puros" o "simples" sino mezclados con otros acontecimientos o condicionados por otros eventos concurrentes (Mosset Iturraspe).

La praxis revela que este análisis de impu­tación de consecuencias dañosas se practica mayormente en función de pautas empíricas, descansa en el sano criterio o "tacto" del juez, no se buscan soluciones en el plano conceptual-científico. Los arts. 1726/1728, CCyCN alcanzan a ser meras pautas orientadoras de razonamiento, vagas o difusas porque adolecen de precisión y certeza.

En el iter analítico los pasos que deben darse progresivamente son:

1) analizar el nexo causal a nivel autoría - la causalidad material (conducta dañosa) y la causalidad jurídica (daño);

2) abordar el caso a la luz del criterio de impu­tación aplicable - aunque la extensión del resarcimiento se mide "objetivamente", si el daño se produjo dolosamente se agrava la situación del deudor contractual (art. 1728, CCyCN)[(26)](javascript:void(0));

3) sólo después es posible establecer los daños reparables.

b) Clasificación de las consecuencias

El art. 1727 del CCyCN (que sigue lo normado por el art. 901, CCiv.) formula una categorización o clasificación de los efectos. Distingue:

• consecuencias inmediatas - son las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas: aquí se verifica la adecuación en su máxima pureza, debe necesariamente ser representada en la mente de cualquier hombre normal (Bueres); por ejemplo, en el incumplimiento de un contrato de mutuo la consecuencia que acarrea es la obligación de pagar intereses moratorios;

• consecuencias mediatas - son las que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, y también resultan previsibles pues habitualmente van relacionadas. La conexión causal es más distante, constituye un segundo escalón o grado de conexión con el evento dañoso; por ejemplo si un taxista sufre daños psico-físicos por los que debe guardar reposo, ínterin no podrá trabajar y generar ganancias (lucro cesante).

• consecuencias casuales - también son consecuencias mediatas pero no pueden preverse.

Así por ejemplo, un caso de mala praxis médica tiene lugar cuando el profesional transfunde a su paciente sangre portadora del HIV y lo contagia: la consecuencia inmediata es el referido contagio del paciente, el contagio de la esposa del paciente por vía sexual es consecuencia mediata previsible, y el suicidio del hijo del paciente a raíz de la depresión que le produce la enfermedad de sus padres es consecuencia mediata no previsible (casual) (Pizarro y Vallespinos).

c) Alcance

El CCyCN establece un régimen de impu­tación de consecuencias en sus arts. 1726/1728 ("extensión del resarcimiento") para determinar cuáles de todos los efectos resulta adecuado (justo) cargar al responsable (el CCiv. lo hacía en los arts. 520/521, 622, 901/906 y 909).

El nuevo Código ha variado el régimen respecto al previsto en el Código Civil, establece como principio que Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño (art. 1726, 1º párr., CCyCN), por lo que se desentiende de las "órbitas" y simplifica el régimen.

El 2º párrafo especifica que Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles: allí radica en principio la medida de toda reparación.

Pero corresponde distinguir:

• en materia de responsabilidad por incumplimiento obligacional - agrava la situación del deudor que incumple con dolo (art. 1728, CCyCN), aquí la excepción;

• en materia responsabilidad aquiliana - no se produce tal agravamiento.

En esta última dimensión no resultan impu­tables las consecuencias mediatas imprevisibles (las llamadas "casuales") como sí lo hacía el Código Civil, solución desacertada porque no se aplica mayor rigor a pesar de la intencionalidad dañosa[(27)](javascript:void(0)).

Como se dijera ello no alcanza a la materia obligacional (contractual), pues el art. 1728 determina otros parámetros para determinar las consecuencias resarcibles: En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

Resultan aquí de aplicación las consideraciones que se efectuaran en el acápite anterior: hay una cadena causal creada y "asumida" por las partes del contrato, que se integra a través de la comunión de las voluntades comunes —pacta sunt servanda— más la operatividad de las disposiciones legales imperativas que resulten den aplicación.

Esta previsibilidad se construye a partir de conductas autoimpuestas por las partes, quienes determinan entonces lo que "tienen derecho a esperar", y por tanto la ejecución de la prestación debe ordenarse en tal sentido (siempre desde luego en respeto de las normas imperativas y el principio angular de la buena fe).

En el ejemplo del contagio de HIV, si el designio final del agente (médico) era infectar a su paciente (padre) "para" provocar la muerte del hijo (que se suicida por depresión), también responderá por esta consecuencia.

Aquí de manera acertada se previó un tratamiento agravado para el incumplidor contractual doloso.

En resumen, de la lectura de tales normas se deduce que:

• las consecuencias "inmediatas" se impu­tan siempre, pues son las que están en un primer grado de conexión (no podría responderse por menos);

• las "mediatas" sólo son impu­tadas si resultan previsibles, no en caso contrario ("casuales"), salvo que se trate del incumplimiento doloso en materia obligacional (ej. contractual).

**12. PRUEBA**

En principio la acreditación de la relación causal pesa sobre aquél que la alega como basamento de su pretensión resarcitoria. Así surge del art. 1736, CCyCN que establece que La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de incumplimiento, recae sobre quien la invoca.

Dicha solución es aplicable tanto en el terreno contractual como en el aquiliano, lo que resulta consistente con el principio que rige en materia procesal (art. 377, del CPCCN).

La señalada "presunción de causalidad" constituye una novedad, y por nuestra parte consideramos que no existe tal presunción: si se trata de supuestos de responsabilidad subjetiva, la presunción no podría ser sino de culpabilidad, y si se trata de casos de responsabilidad objetiva —riesgo— en realidad no se presume la causalidad sino lisa y llanamente la responsabilidad.

Así por ejemplo:

• en materia de responsabilidad del principal, de los padres, del titular de establecimiento educativo, se requiere la prueba causal que ha sido el dependiente, el hijo, un alumno, quien causó materialmente los daños (arts. 1753, 1754 y 1767, CCyCN);

• en caso de responsabilidad del dueño y guardián por el riesgo o vicio de la cosa, es menester la demostración de la participación activa de la cosa y los daños consecuentes (art. 1759, CCyCN), y si se trata de riesgo de la actividad, es necesario probar que el daño se produjo en el desarrollo de una actividad riesgosa o peligrosa (art. 1758, CCyCN);

• en los supuestos de responsabilidad colectiva y anónima, es menester la demostración de la identidad de los sujetos que integran un determinado grupo, aunque no sea posible la del autor material de los perjuicios (arts. 1760/2, CCyCN).

Sección VI - Eximentes

**INTRODUCCIÓN**

En los capítulos anteriores se han analizado supuestos en los que un incumplimiento obligacional (ej. un contrato) o derechamente la violación del alterum non laedere, resultan jurídicamente impu­tables al sujeto, por lo que derivan en su responsabilidad (art. 1716 y ss., CCyCN).

El nuevo Código contempla a las eximentes en dos tándem separados:

• por un lado las "causas de justificación" que enervan la antijuridicidad: ejercicio regular de un derecho, legítima defensa, estado de necesidad, asunción de riesgos y consentimiento del damnificado (arts. 1718/1720);

• y por otro los supuestos integrantes del casus que alteran el nexo de causalidad: hecho del damnificado, del tercero extraño y caso fortuito - fuerza mayor (arts. 1729/1733).

Metodológicamente, hubiera correspondido un tratamiento conjunto, pues en definitiva todos son "eximentes", y así es como procederemos en esta obra[(1)](javascript:void(0)).

**Capítulo XIX - Daño justificado (I): Generalidades**

1. PLANTEO

Hay supuestos en los que el sujeto produce daños que le son enteramente impu­tables desde el plano material-causal, pero igualmente la obligación de resarcir no nace porque no son injustamente sufridos por el damnificado (no es víctima jurídica), o bien operan razones de equidad que conducen a una reparación que puede ser parcial.

Algunos ejemplos de daños justificados son los siguientes:

• un sujeto hiere a otro al defenderse de una agresión ilegítima;

• un futbolista "traba" el balón en dispu­ta y fractura a su adversario;

• un sindicato realiza una huelga y perjudica al empresario;

• un policía mata a un delincuente en ocasión de reprimir un delito;

• una persona rompe la vidriera de una farmacia para poder socorrer de urgencia a quien se encuentra herido de gravedad en la calle.

Se trata de conductas permitidas, lícitas, pues en definitiva traducen el ejercicio regular de derechos o el cumplimiento de deberes, o bien son hechos no reprobados por el ordenamiento.

No obstante no emana de tal licitud la fuerza jurígena de los efectos que producen (la irresponsabilidad), sino de la exacta determinación de los límites o contornos del daño injusto o daño justificado.

Así como no existe un "derecho a dañar", en ocasiones la causación de perjuicios no significa la violación de la regla alterum non laedere.

Hay conductas que aparejan daños, pero no hay fundamento alguno para responsabilizar al sujeto que aporta la causalidad material.

Así es que se le niega acción reparatoria al sujeto agresor que sufre perjuicios por parte de quien se limita a defenderse, al futbolista fracturado producto de una contingencia propia del juego, al empresario perjudicado patrimonialmente por la huelga de sus empleados, a los familiares del delincuente abatido por el policía, mientras que al dueño de la farmacia sólo se le reconoce derecho a una reparación que puede ser parcial.

Se trata de supuestos fácticos excepcionales que autorizan a intervenir en los bienes jurídicos ajenos sin merecer un juicio de desaprobación (Mosset Iturraspe).

Como se advierte, no todos los supuestos de justificación del daño producen el mismo resultado:

• en general revisten entidad suficiente para eximir de toda responsabilidad al causante, los perjuicios que sufre el sujeto se encuentran completamente excusados;

• en algún caso se retacea el derecho a una reparación plena, pues aunque el daño se encuentre justificado, razones de equidad fundamentan una reparación que puede no ser integral (estado de necesidad).

2. ESQUEMA DE CONTEMPLACIÓN BAJO EL "HAZ" DE LA ANTIJURIDICIDAD

Tradicionalmente se las denomina "causas de justificación", y son concebidas como determinadas circunstancias que cuentan con virtualidad suficiente para redimir la ilicitud a un acto dañoso.

Se considera que niegan la antijuridicidad, pues el sujeto actúa lícitamente, conforme a derecho.

Explica Boffi Boggero, que la justificación tiene lugar cuando median circunstancias particulares que permiten considerar lícito a un acto que tiene todos los caracteres de ser lo contrario, es decir, ilícito. Se dice que hay un sacrificio de un bien menor en salvaguardia de otro mayor, cada norma jurídica entraña la opción entre valores, con sacrificio del que ostenta menor entidad (según el criterio de quien emitió o acuñó esa norma). Pero en los casos de justificación ello es de mayor evidencia.

El sujeto no cruza el umbral de lo lícito, la conducta traduce una "no antijuridicidad", por lo que no nace la obligación de reparar (Calvo Costa).

Mientras en el acto ilícito hay antijuridicidad en la conducta e injusticia en el daño, aquí la conducta es lícita y por tanto el daño también lo es: constituyen el aspecto negativo o contracara de la antijuridicidad.

3. INSUFICIENTE CAPTACIÓN EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ

El Código Civil carecía de una norma que contemplara a las causas de justificación de manera integral y sistemática.

El único artícu­lo era el 1071, reformado recién por la [ley 17.711](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3DiE2DCA3D2D3A84CA09DFD5C630C438964): El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Para salvar dicha laguna, por vía de analogía se acudía al Código Penal, aplicándose mutatis mutandis los criterios allí consagrados que expresamente prevén acciones no punibles de esta índole (art. 34 incs. 4º, 6º y 7º).

4. PÉRDIDA DE CENTRALIDAD DEL TÁNDEM "LICITUD-ILICITUD"

Se sostiene que la antijuridicidad no ha desaparecido del nuevo Código (art. 1717), aunque se la relega al campo de las causas de justificación (López Herrera).

Los arts. 1718/1720, CCyCN justifican a los "hechos" que causan daños en las siguientes circunstancias:

• ejercicio regular de un derecho;

• legítima defensa propia o de terceros;

• estado de necesidad;

• asunción de riesgo;

• consentimiento del damnificado;

• cumplimiento de un deber legal (art. 10)

Como se explicara en el capítulo anterior, la recta interpretación del nuevo sistema, de lege lata considerado, transita por carriles alejados del presupuesto antijuridicidad, que ha sido mantenido "en la letra" pero consagrado "vacío de contenido".

Del análisis del articulado en su conjunto del nuevo Código se desprende que el tándem "licitud-ilicitud" ha perdido centralidad, ya no es el prisma a través del cual se mide la conducta (acción u omisión: causa) que aporta el agente ni tampoco del perjuicio que sufre el damnificado. No hay allí una suerte de "filtro" para repu­tar injusto un daño, el "umbral" no está en el carácter lícito o ilícito de la conducta del sindicado responsable.

Esa era la mirada que se desprendía del Código Civil, su iusfilosofía sancionatoria fue plasmada por Vélez Sarsfield en el siglo XIX por influencia del derecho penal, de allí que se acudiera —de manera distorsiva— a dichas coordenadas, embebidas de represión, y por tanto no completamente aptas para construir soluciones ajustadas a un sistema de reparación.

La noción de daño injusto no puede ser derivada, de manera refleja, de la conducta injusta (De Lorenzo).

No se trata excusar el antecedente que es el hecho que ocasiona los perjuicios, sino en todo caso el consecuente que son los mismos daños.

Resulta claro que para el nuevo Código no se requiere la existencia de un "momento de antijuridicidad", y ya se ha explicado que el art. 1717, CCyCN recepta el fenómeno del daño injusto o no justificado.

Por tanto, la norma siguiente que recepta las causas de justificación, en lugar de prever supuestos de "justificación del hecho" debió establecer casos de "justificación del daño".

5. ANCHURA Y DENSIDAD DEL DAÑO INJUSTO (DETERMINACIÓN DE LOS CONFINES DEL ALTERUM NON LAEDERE)

La clave del sistema pasa por la determinación de la injusticia del daño sufrido, por lo que si promedia una causa que lo justifique, no nacerá la responsabilidad, por eso hablamos de "daño justificado".

En el supuesto de afectarse un interés digno de tutela, la determinación de su protección no puede depender de una previa calificación, para que sólo si la conducta resulta ilícita se deriven consecuencias jurídicas. En todo caso, si la conducta es lícita o ilícita se presumirá que su consecuente, el daño, sigue la misma suerte.

Por tanto, en el análisis de los hechos no corresponde prescindir de la calificación binomial "licitud-ilicitud", coordenadas originadas en la apriorística ponderación general efectuada por el legislador, competente para establecer las reglas que ordenan y dirigen el comportamiento: es la base normativa misma.

Está claro que no existe un "derecho a dañar", todo daño como menoscabo de un bien ajeno y lesión a un interés no reprobado en principio es injusto, y una excepción está dada por los casos de daño justificado.

Precisamente el legislador ha sido el que definió que el eje sistémico radicara en el daño injusto, y la determinación de sus confines se canaliza a través de las previsiones legales que consagra como eximentes.

Sección VI - Eximentes

**INTRODUCCIÓN**

En los capítulos anteriores se han analizado supuestos en los que un incumplimiento obligacional (ej. un contrato) o derechamente la violación del alterum non laedere, resultan jurídicamente impu­tables al sujeto, por lo que derivan en su responsabilidad (art. 1716 y ss., CCyCN).

El nuevo Código contempla a las eximentes en dos tándem

separados:

• por un lado las "causas de justificación" que enervan la antijuridicidad: ejercicio regular de un derecho, legítima defensa, estado de necesidad, asunción de riesgos y consentimiento del damnificado (arts. 1718/1720);

• y por otro los supuestos integrantes del casus que alteran el nexo de causalidad: hecho del damnificado, del tercero extraño y caso fortuito - fuerza mayor (arts. 1729/1733).

Metodológicamente, hubiera correspondido un tratamiento conjunto, pues en definitiva todos son "eximentes", y así es como procederemos en esta obra[(1)](javascript:void(0)).

**Capítulo XXI - Causa ajena (I): Hecho del damnificado y del tercero por quien no se debe responder**

1. PLANTEO

Aquí también se verifican supuestos dañosos que no originan responsabilidad, pero por motivos diferentes a los desarrollados en el anterior capítulo.

La "causa ajena" —casus— es el hecho o acontecimiento extraño al sindicado como responsable que altera —suprime o desvía— el nexo causal, que lo exonera o atenúa su responsabilidad.

Abarca tres especies:

• hecho del damnificado;

• hecho de un tercero por quien no se debe responder;

• caso fortuito - fuerza mayor.

Ya se ha explicado que la captación jurídica de los acontecimientos se practica a la luz o prisma de lo justo con aplicación de las reglas de la causalidad adecuada, lo que deja en evidencia las diferencias con la causalidad material, pues el sistema normativo contrae, dilata y hasta prescinde de la mera causalidad física propia de las ciencias naturales (capítulo XI sobre relación causal).

Esta categoría de eximentes comprende las tres especies referidas, unidas por el requisito clásico de la extraneidad: en ninguna hay autoría ni por tanto relación causal entre el hecho del presunto agente y el daño. Varía entonces la etiología de los daños, no ha sido su conducta la verdadera o única causal del resultado (Mosset Iturraspe).

Es el estudio de autoría, se aborda a la relación causal completa (iter):

• si se produce una fractura total del nexo causal, al no promediar víncu­lo idóneo entre la conducta del supuesto autor y el daño, no se origina el deber de responder;

• si la interrupción o fractura es solo parcial, opera una concausa y la impu­tación se bifurca, desplazándose hacia otro centro en la medida de su incidencia.

Como observan Pizarro y Vallespinos, la temática asume particular importancia en los supuestos en que promedian presunciones de responsabilidad objetiva, pues al sindicado como responsable sólo le es permitido liberarse demostrando la incidencia de una causa ajena. En cambio, en el terreno de la responsabilidad subjetiva, ya la ejecución de la diligencia debida por el deudor representa pago (fuente obligacional), o directamente obsta al nacimiento de la reparación.

2. HECHO DEL DAMNIFICADO

a) Concepto

Constituye una de las especies del género causa ajena.

Tiene lugar cuando la conducta del damnificado origina los daños que sufre, al ser autor material de sus propios perjuicios, en principio debe soportarlos pues no existe posibilidad de responsabilizar a otro sujeto.

Es lo que sucede por ejemplo, si un bañista se arroja al mar desde un acantilado en una zona no habilitada, si cruza el paso a nivel ferroviario a pesar encontrarse la barrera baja y la chicharra sonando.

En tales casos no puede seriamente sostenerse que la municipalidad del lugar o la empresa ferroviaria, hayan aportado la causa adecuada de los perjuicios. No son daños injustamente sufridos, son "auto-daños".

En caso que se reclame reparación, se impone su rechazo pues la autoría de los daños no se ha desplazado, permanece en cabeza de quienes los sufren. No se ha violado la regla alterum non laedere.

No obstante, es menester detenerse en las circunstancias fácticas en las que se originan los perjuicios, pues es posible que promedien razones válidas para endosarlos a otros, justificándose una impu­tación.

Ello puede suceder en tanto y en cuanto el sujeto a quien se responsabiliza haya aportado "cierta" causalidad, basamento para practicar la señalada traslación de daños.

Siguiendo con los ejemplos antes citados, si el bañista que se arroja al mar lo hace desde una plataforma habilitada pero construida en un lugar inadecuado (peligrosa en bajamar) la responsabilidad de la municipalidad es completa, si el conductor decide cruzar las vías del tren porque esa barrera y chicharra funcionan siempre mal, se produce una interrupción parcial por el hecho de la víctima.

La clave pasa por un elemento objetivo como es la causalidad, y ello mismo es lo que se desprende de la contemplación legal: La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial (art. 1729, CCyCN).

La nueva previsión legal acierta al denominar al sujeto como "damnificado" en lugar de "víctima", aquél tiene la ventaja de ser un término neutro, objetivo, no adelanta criterio en torno a la viabilidad de la acción indemnizatoria, mientras que la expresión víctima ya sugiere la existencia de otro a quien responsabilizar por los perjuicios, lo que puede suceder o no.

b) La clave de la causalidad

Es justo que quien produce su propio daño soporte las consecuencias. El damnificado no puede quejarse sino de él mismo.

Su hecho opera como una causa extraña a la que aporta el sindicado autor, pues suprime o desvía el curso de los sucesos y genera una relación causal propia.

Así por ejemplo, si una persona se trepa y cruza el alambrado perimetral de un predio en el que se encuentra una piscina a la que se cae y ahoga, no habrá elementos para impu­tar responsabilidad al dueño, este no puede ser considerado autor de tales perjuicios, acreditada dicha mecánica, la pretensión indemnizatoria debe ser rechazada. Tal carga probatoria pesa sobre quien la invoca (art. 1736, CCyCN).

Ahora bien, ha sido largo hasta aquí el debate en torno a si esta eximente debe basarse en la "culpa" de la víctima o si alcanza con su mero "hecho".

El Código Civil requería que promediara culpa para su configuración (arts. 1111 y 1113), decisión que no tenía como propósito restringir la operatividad de esta causal en beneficio de las víctimas[(1)](javascript:void(0)), sino que se originaba en que la culpa era confundida con el sistema mismo de responsabilidad[(2)](javascript:void(0)).

El nuevo Código con acierto consagra como principio al mero "hecho" de la víctima, lo que evidencia una ampliación o ensanchamiento de su virtualidad exoneratoria, solución ya propiciada por la doctrina como interpretación posible de las normas del Código Civil[(3)](javascript:void(0)).

En función de la matriz causal, para que produzca efectos eximitorios debe tener lugar en el momento en que se produce el evento dañoso.

Por ejemplo, si una persona se lanza a cruzar una calle por la mitad de cuadra y se interpone sorpresivamente en la marcha de un rodado que circula con luz verde a su favor y a velocidad reglamentaria, embistiéndolo, no hay duda acerca de la incidencia causal que dimana de aquella conducta, más allá que no se pueda formular un juicio de reproche en su contra por ser menor de edad o incapacitado por una alteración mental grave.

No puede seriamente considerarse al conductor del vehícu­lo como autor jurídico de los daños que materialmente causó, no se sostiene ninguna impu­tación a título objetivo ni subjetivo. Como razonan Pizarro y Vallespinos, la saludable intención de proteger a las víctimas no puede llevar a atribuir las consecuencias dañosas a quien no es su autor.

En suma, la clave radica en la materia causal, en principio debe asignarse al simple hecho virtualidad suficiente para provocar la fractura —total o parcial— del nexo, pues afecta el presupuesto de la causalidad del que subyace la autoría.

c) Superación del plano causal en supuestos de excepción

La heterogeneidad de supuestos dañosos pone en evidencia que la respuesta del sistema no pueda ser única o uniforme. Como la captación de los hechos se practica desde el plano de lo justo (ius), en ciertos casos es menester una contemplación diferente.

Con impronta tuitiva así lo ha entendido el legislador, que en el art. 1729 in fine del CCyCN se aparta de la regla, considera insuficiente al mero hecho del damnificado y consagra como excepción la posibilidad que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.

Así por ejemplo las leyes que regulan los accidentes y enfermedades laborales (24.557) y los espectácu­los públicos (23.184, modif. por la 24.192) han creado subsistemas autónomos que resultan particularmente protectorios de los trabajadores y espectadores respectivamente.

Al obrero que por una acción negligente o imprudente se corta un dedo mientras está operando una máquina que pertenece a su empleador, se le confiere derecho a reclamar reparación, la que pierde solo en caso de dolo o fuerza mayor extraña al trabajo (art. 6º, inc. 3º a), [ley 24.557](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di4B9931495FC14D2EA1A3B0D6D608B846)).

Lo propio acontece con el espectador que se cae del para-avalancha en el que se encontraba ubicado en la tribuna del estadio, pues sufre daños que tienen lugar "en ocasión" del espectácu­lo deportivo, y no se le permite a los organizadores ampararse en la culpa de la víctima —que en el ejemplo resulta palmaria— para evadir su responsabilidad ([art. 51](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di0693294AFF204B019B9F991F0D5F3EEE), [ley 24.192](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di0693294AFF204B019B9F991F0D5F3EEE))[(4)](javascript:void(0)).

Inciden en esta decisión distintas variables socioeconómicas que se ponderan en la dimensión político-jurídica, pues en definitiva se trata de administrar los riesgos de una manera justa y eficiente, colocándolo sobre las espaldas de uno u otro según los intereses en juego. El caso de la famosa ley francesa "Badinter" es por demás elocuente[(5)](javascript:void(0)).

d) Diferentes vicisitudes causales

Abordaremos seguidamente tres diferentes circunstancias que operan en la mecánica causal, cada una de las cuales conduce a resultados diferentes en materia de impu­tación:

• si el hecho del damnificado resulta impu­table al demandado;

• los daños se originan en una sola causa u operan concausas;

• por el hecho del damnificado se agravan los daños que le ocasiona otra persona.

Respecto a lo primero, si el hecho del damnificado resulte impu­table al demandado, si este es quien lo provoca, la acción de aquél debe considerarse como una mera consecuencia o derivación, por lo que resulta inepta para liberar al sindicado como responsable[(6)](javascript:void(0)).

Es decir, no hay hecho del damnificado cuando resulta forzado por circunstancias que son "puestas" por el demandado, no resulta justo asignarle al hecho virtualidad liberatoria.

Según Pizarro en materia de daños en el transporte ferroviario, si los pasajeros son forzados a viajar de manera peligrosa, la falta de adopción de medidas de seguridad puede repu­tarse demostrativa de una causalidad que fundamenta la impu­tación de responsabilidad a la empresa[(7)](javascript:void(0)).

Será menester, desde luego, diferenciar los casos, pues no es lo mismo quedar aprisionado cerca de una puerta que permanece abierta o que se abre por la cantidad de personas que ejercen fuerza, que viajar ubicado sobre el techo, o sentado en la ventanilla.

En cuanto a lo segundo, es menester distinguir si los daños se originan por una sola causa o si operan con-causas que requieren una distribución de la responsabilidad.

Si los perjuicios que sufre la víctima reconocen como antecedente adecuado su propio hecho de manera exclusiva, el efecto que produce será la total eximición del demandado, quien no resulta alcanzado: por ejemplo, si un ascensor con capacidad para cuatro personas es utilizado por más, o si son cuatro pero van saltando; si el peatón cruza corriendo la avenida a mitad de cuadra, los daños no han sido causados por el riesgo o vicio de la cosa sino por la conducta temeraria de los damnificados.

Pero la exoneración parcial tiene lugar si los daños derivan de la acción relevante de dos causas que operan de manera concurrente, la que aportan la víctima por un lado y el demandado por otro. Corresponde distribuir la responsabilidad de conformidad con la "gravitación" o incidencia causal de cada hecho en la producción de los perjuicios, sea cual fuere el criterio de impu­tación aplicable (culpa, riesgo, etc.), lo que habrá de impactar en el quantum del resarcimiento (Pizarro y Vallespinos). Por ejemplo, el peatón rezagado que aparece sorpresivamente y resulta embestido antes de terminar de cruzar la avenida, cuando el semáforo acaba de cambiar a verde para el tránsito vehicular[(8)](javascript:void(0)).

Si lo que concurren son riesgos, como los que aportan dos vehícu­los en movimiento que colisionan (art. 1757, CCyCN), los mismos no se "neutralizan" entre sí, por lo que una vez dilucidada la mecánica dañosa del siniestro, se aplicarán las correspondientes presunciones sobre las que operan las eximentes.

Si promedia culpa de la víctima y dolo del demandado, se entiende que aquélla resulta irrelevante ya que el dolo absorbe la totalidad del daño (Orgaz), así por ejemplo si el conductor espera a que el peatón cruce la avenida —que lo hace sin contar con semáforo a su favor— para poder atropellarlo.

En tercer y último lugar, una situación particular se presenta cuando el hecho del damnificado agrava los daños que le ocasiona otra persona, es decir, cuando el acreedor de un resarcimiento no adopta las medidas conducentes para evitar mayores perjuicios a los ya sufridos. Se configura el llamado "daño agravado por el acreedor" que contempla el art. 1710, incs. b) y c) del CCyCN (capítulo 5, acápite n. 11).

Así ocurre, por ejemplo, si una persona que sufre una herida por una patada en una competencia deportiva no se asea adecuadamente, o no se hace atender, y por ello los gérmenes le producen una infección que conduce a que finalmente le deban ampu­tar el miembro.

La víctima está precisada a desplegar una conducta preventiva de mayores daños, la propia que se espera de un hombre razonable, caso contrario su comportamiento incidirá en el quantum indemnizatorio pues no tendrá derecho a la reparación de los nuevos daños que se deriven de esa conducta omisiva.

El alterum non laedere exige que se respete el alcance de los perjuicios que resultan impu­tables al agente, no más.

e) Asunción de riesgos

El nuevo Código incorpora al derecho positivo esta figura que ha sido tradicionalmente controvertida por la doctrina vernácula.

El art. 1719, CCyCN establece que La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal...

La norma contempla específicamente los daños que se producen en situaciones de especial o extraordinario peligro, en los que la eventualidad (probabilidad) dañosa se presenta notoria, evidencian una mayor previsibilidad de consecuencias perjudiciales.

Así por ejemplo, los perjuicios que tienen lugar cuando el sujeto se tira en paracaídas, se lanza en parapente, practica boxeo o cualquier otro "deporte extremo", etcétera.

En el aspecto valorativo, la puja de intereses propia o connatural a toda interrelación dañosa, la justa impu­tación de responsabilidad requiere de una adecuada administración de los riesgos involucrados.

Como razonan Pizarro y Vallespinos, conocer un riesgo no importa su aceptación, ni mucho menos someterse a él mansamente, sin posibilidad de formular reclamo alguno de las futuras consecuencias dañosas.

La denominada "asunción de riesgos" abarca entonces los casos en los que el damnificado, de manera plenamente consciente, se expone a situaciones de extremo peligro: en caso que se produzcan daños carece de acción para reclamar reparación si su conducta alcanza entidad (si califica) como "hecho del damnificado" pues interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

Según Bustamante Alsina, es menester distinguir entre los riesgos que son propios de la actividad, de aquellos otros extraordinarios y que no se producen normalmente en la misma: puede decirse que acepta los primeros, por lo que no nace responsabilidad, debe soportar los daños; respecto a los segundos, si se exceden los límites de lo que constituye la ley del juego, hay un autor responsable.

Si una persona muere por paro cardio-respiratorio al lanzarse de una avioneta en paracaídas, la empresa no responderá en caso de haber comprobado su aptitud médica, si informó acabadamente los riesgos que apareja su desarrollo y si las condiciones climáticas eran la adecuadas para la práctica de la disciplina, pero nacerá la obligación de reparar si no chequeó la aptitud médica o si el salto tuvo lugar en una jornada de fuertes ráfagas que hacían ingobernable el paracaídas[(9)](javascript:void(0)).

A nuestro entender es una figura que responde a los parámetros de la culpa de la víctima, con la que se superpone o confunde. Si allí anida la causa o concausa del daño que sufre, queda comprendida perfectamente en la previsión general del art. 1729, CCyCN.

Subirse a un automóvil no significa aceptar el riesgo con el alcance de renunciar anticipadamente a un reclamo resarcitorio si acontece un siniestro vial; en cambio, dejarse llevar en un automóvil que corre picadas, o conducido por una persona notoriamente ebria o drogada, evidencia una plena consciencia del especial o extraordinario riesgo emergente.

En suma, la figura es artificiosa y su regulación autónoma carece de fundamento. Lo que corresponde es indagar la actitud que asume la víctima desde el plano causal y culpabilístico, y en función de su entidad, se tratará o no de un hecho de la víctima con afectación de su derecho a la reparación.

f) Acto de abnegación y altruismo

Los contempla la misma norma, el art. 1719, CCyCN, pero en su 2º párrafo: Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido.

Explica Bustamante Alsina que aquí no hay deber jurídico de auxiliar (art. 108 CPen.), sino que se trata de un acto voluntario y espontáneo de sacrificio, pues existe riesgo grave para la vida del sujeto, y en caso de sufrir perjuicio en principio se repu­ta consecuencia de su propio hecho (volenti non fit iniuria).

Así por ejemplo, fruto de una pelea una persona resulta empujada por otra que cae a un río revuelto, y al pedir auxilio alguien se arroja y la rescata (o no), aunque sufre daños en el salvataje.

En cuanto a la reparación del perjuicio, la norma habilita la acción tanto contra quien creó la situación de peligro como contra el beneficiado por el acto de abnegación, aunque distingue el alcance de la responsabilidad:

• respecto al primero tiene derecho a una reparación plena;

• contra el segundo en la medida del enriquecimiento del socorrido.

Como razona Borda, el límite es la "razonabilidad" de la conducta del autor del acto, porque el peligro que se quiere evitar debe ser proporcionado con el fin perseguido: por ejemplo, si se pone en peligro la propia vida para salvar una vida ajena, es un acto de altruismo pues resulta razonable y proporcionado, pero si se la arriesga para salvar una cosa o un animal perteneciente a otro, la conducta dejar de ser razonable y se convierte llanamente en imprudente.

3. HECHO DE TERCERO

a) Concepto

El "tercero" es la persona de cuya actuación se producen daños que no originan una impu­tación refleja en el sindicado responsable.

Se trata de un tercero por quien no se debe responder, para el derecho de la responsabilidad civil es un extraño. Es por ejemplo lo que acontece si un amigo daña a un tercero, o un hijo que alcanzó la mayoría de edad, etcétera.

Esta calidad no se da cuando el sistema, por motivos de orden protectorio, impone a una persona afrontar las consecuencias dañosas que otras producen, con fundamento en el riesgo, la seguridad u otro criterio de impu­tación. En estos casos, garantizan la reparación de los perjuicios que se ocasionan, sin perjuicio a su vez de la responsabilidad personal del causante material.

Así sucede por ejemplo con:

• el dependiente que se encuentra en ejercicio u ocasión de sus funciones respecto al principal (art. 1753);

• los hijos que se encuentran bajo responsabilidad parental de sus padres y habitan con ellos (art. 1754);

• los alumnos menores de edad respecto a la autoridad escolar, cuando se hallan o deban hallarse bajo su control (arts. 1755 y 1767);

• el guardián que conduce el vehícu­lo respecto a su dueño (arts. 1758);

• los terceros introducidos para la ejecución de una obligación por el deudor contractual (art. 732);

• los integrantes de la cadena de producción respecto al consumidor material si el daño se origina en el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio ([art. 40](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di88E8C855818946D0A2FA84531E5263F9), [ley 24.240](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di88E8C855818946D0A2FA84531E5263F9)).

El Código Civil consagraba a esta figura como la "culpa" de un tercero por quien no se debe responder, y lo hacía dentro del régimen de responsabilidad por riesgo o vicio de las cosas (art. 1113, 2º párrafo, 2º supuesto).

El nuevo Código, con mejor criterio, le dedica una norma autónoma que ubica dentro del tándem de las eximentes que importan fractura del nexo causal.

Según el art. 1731, CCyCN: Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder, debe reunir los caracteres del caso fortuito.

En caso que los daños sean causados por un tercero extraño, se produce un desplazamiento de la atribución material hacia este, que es a quien —en definitiva— se le impu­tará responsabilidad.

En lo que respecta al demandado a quien se pretende responsable, opera una "causa ajena", el curso de los sucesos se ve suprimido o desviado para generar una relación causal propia, respecto de la cual es ajeno.

Al igual que con la especie anterior de casus (hecho del damnificado), aquí también acierta el nuevo Código al regular al "hecho" (y no la culpa) del tercero, pues no es menester demostrar que su conducta ha sido voluntaria ni que merezca reproche, basta con probar el impacto sobre la causalidad.

Su operatividad difiere de acuerdo a la fuente del deber reparatorio:

• en materia obligacional, la presencia de este hecho obstaculiza o impide el pago por parte del deudor, por lo que el incumplimiento material no es impu­table;

• en el terreno aquiliano provoca la fractura del nexo respecto al sindicado responsable, por lo que la obligación directamente no nace, en todo caso su autoría es solamente presunta.

La carga de su prueba pese sobre quien la invoca (art. 1736, CCyCN), por lo que será el demandado quien estará precisado a demostrarlo si lo alega en defensa de la pretensión formulada en su contra.

Así por ejemplo, si una piedra que es arrojada desde el medio del campo impacta en la humanidad de un pasajero del tren, la empresa de ferrocarriles estará precisada a demostrar las circunstancias en las que se produjeron los daños, que en el caso obedecen al dolo o culpa grave del tercero extraño; lo mismo acontece si el usuario de una autopista es quien sufre daños por parte de sujetos que ingresan a la calzada para robar.

En sintonía con lo desarrollado en el anterior acápite, aquí también se entiende que el hecho del tercero no debe ser impu­table al demandado (Kemelmajer de Carlucci), éste debe permanecer ajeno a la producción de los daños, no contribuir a generarlos, caso contrario será responsabilizado.

En los ejemplos dados, si el piedrazo que se arroja al tren proviene de una zona peligrosa, o si el ingreso de los malvivientes acontece por un sector en donde se encuentra una villa miseria adyacente a una autopista citadina, la empresa de ferrocarriles y la concesionaria del corredor vial son responsables porque debían adoptar medidas de seguridad idóneas (ej. la colocación de un cerco o alambre de protección, un mejor sistema de iluminación, etc.).

b) Requisitos de procedencia

Sin perjuicio que el hecho del tercero se mida en función del impacto que produce sobre la relación causal, no alcanza con cualquier comportamiento de su parte, aunque tenga una incidencia de tal índole.

En efecto, el art. 1731 in fine, CCyCN establece que para producir efectos exoneratorios, el hecho del tercero "debe reunir los caracteres del caso fortuito".

Para considerar fracturada la relación causal, aquí la ley es severa pues sólo libera al sindicado responsable si el hecho del tercero resulta imprevisible, inevitable y ajeno al demandado[(10)](javascript:void(0)).

Aquí el Código practica una diferencia respecto al régimen asignado al hecho de la víctima, pues para esta última no se impone que reúna los requisitos propios del caso fortuito (art. 1729, CCyCN).

Como advierte López Herrera, lo que se concede a la víctima por el lado del tercero (esto es que cobre salvo que el hecho del tercero sea inevitable), por otro se lo quita al determinar que su solo hecho con incidencia causal resulta suficiente para dejarlo sin indemnización.

Dicha solución responde perfectamente a la "lógica" del nuevo Código, que es la acertada.

Como razona el autor tucumano, el nuevo régimen parte de la base de fomentar la prevención, por lo que pone la obligación en cabeza de quien puede evitar los daños de la mejor manera o al menor costo. Si cualquier hecho del damnificado, sea o no culposo, hace que este pierda su crédito indemnizatorio, es claro que elevará su nivel de prudencia.

A partir de esta disposición, se deberá estar más atento que antes a las posibles imprudencias o reacciones de los terceros y tratar de prevenir, con los medios razonables al alcance, los daños. Si se sabe que no cualquier mínima falta del tercero lo excusa, seguramente incrementará las medidas de prevención, con innegable beneficio general[(11)](javascript:void(0)).

Por ejemplo, si personas armadas que viajan en un ómnibus de larga distancia roban a los demás en el medio de la ruta, la empresa de transporte no es responsable; a la misma solución se arriba si unos pasajeros atacan a otro dentro de un colectivo, sin que nada hiciera prever dicha situación; pero la solución es diferente si los agresores, antes de subir al ómnibus, ya estaban haciendo desmanes en la parada, pues en tal caso el chofer no debió permitirles el ascenso.

**Capítulo XXII - Causa ajena (II): Caso fortuito y fuerza mayor**

1. CONCEPTO

El caso fortuito y la fuerza mayor son hechos que no pueden preverse, o que si lo son, no pueden evitarse. Ello es lo que se desprende del art. 1730, CCyCN que sigue los parámetros de los arts. 513/514, CCiv.

Sus orígenes se remontan al Digesto romano, y debido a su anchura conceptual, su operatividad se extiende hacia casi todas las relaciones jurídicas (Lafaille), por lo que su desarrollo profundo y sistemático se ha elaborado dentro de la teoría general de las obligaciones.

El caso fortuito ha sido tradicionalmente asociado con hechos de la naturaleza, fenómenos que por su fuerza salen de lo común como terremotos, huracanes, erupción de volcanes, inundaciones, etc. La fuerza mayor con hechos del hombre como guerra, huelga (ilegal), acto de autoridad pública ("hecho del príncipe" como la expropiación).

Aunque sean distinguibles en el plano conceptual teórico, ambas figuras producen similares efectos o consecuencias jurídicas, la eximición total o parcial de la responsabilidad, de allí que el nuevo Código acierta al emplear los términos como sinónimos y establecer una regulación conjunta (art. 1730, CCyCN in fine). También en nuestro desarrollo los utilizaremos como sinónimos.

2. LA CLAVE DE LA PREVISIBILIDAD

Nadie está obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur), a anticiparse a lo que resulta casual, azaroso, a "lo que no se ve venir", desde luego no pueden exigirse virtudes adivinatorias.

El derecho concebido como "orden social justo" (Llambías), es un mecanismo de control y direccionamiento del comportamiento, por lo que sólo impone conductas posibles y necesarias para lograr una convivencia pacífica.

Desde el plano de lo justo, como criterio de solución se aplican las sabias y justas reglas de la causalidad "adecuada" (arts. 1726/8, CCyCN), el sujeto sólo responderá de las consecuencias de sus actos en tanto sean las "que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas" (art. 1727, 1ª parte, CCyCN). "No hay ciencia de lo accidental" (Aristóteles, Metafísica, libro VI, cap. II).

Si tiene lugar una causa ajena como un caso fortuito se desvía el eje o centro de la impu­tación, la "fuente" causal operante se encuentra más allá del sujeto, irrumpe desde afuera del radio u órbita de acción por la que está obligado.

El análisis que se practica sobre la autoría del daño se apoya en parámetros de "previsibilidad", se exige del sujeto una capacidad de anticipación propia de un "hombre razonable", patrón objetivo en el que se aplica el método comparativo.

Por tal vía se mide la conducta del sujeto en función del grado de previsión esperado, tal "modelo" impone un estudio abstracto de los hechos y constituye la "vara de exigibilidad" o estándar de conducta[(1)](javascript:void(0)).Así entonces, en las obligaciones de resultado agravadas (doct. art. 774, CCyCN) se exigirá una máxima previsibilidad, por lo que el deudor sólo se exime si opera una causa extraña calificada.

La aerolínea que posterga un vuelo debido a contingencias climáticas desfavorables no será responsable por los daños que puedan sufrir los pasajeros, lo mismo si obedece a una huelga del personal del aeropuerto de partida o de destino, pero la solución contraria se impone si la postergación radica en la existencia de desperfectos mecánicos de la aeronave, en una huelga de su propio personal (a menos que sea declarada ilícita), etcétera.

3. REQUISITOS GENERALES Y ESPECIALES

Los requisitos para que el hecho pueda ser considerado fortuito y eximir de responsabilidad no son establecidos por la ley.

De manera general es menester que el hecho reúna tres condiciones: que sea imprevisible, inevitable y ajeno, mientras que estrictamente en el terreno obligacional (ej. contractual) también debe resultar sobreviniente y tener actualidad.

Serán analizados seguidamente.

a) Imprevisibilidad

El art. 1730, CCyCN se refiere en primer término "al hecho que no ha podido ser previsto".

Un hecho es imprevisible cuando no puede ser anticipado, es decir, cuando acontece o tiene lugar sin que promedien señales que autoricen a considerar su ocurrencia como factible o probable.

Dado su carácter extraño, raro, singular, atípico, resulta inesperado, sorpresivo en función del devenir de los acontecimientos; de lo contrario, es posible tomar medidas preventivas para evitar el acaecimiento del perjuicio.

Por ejemplo, para la empresa de ferrocarriles resulta imprevisible la piedra que se arroja al tren desde el medio del campo y que hiere a un pasajero. Una inundación en el Delta del Paraná no es imprevisible, por lo que no configura casus, pero si adquiere contornos desacostumbrados, es un hecho extraordinario y por tanto fortuito (Alterini, Ameal y López Cabana).

b) Inevitabilidad

También surge de manera expresa del citado texto legal ("no ha podido ser evitado").

El hecho es inevitable cuando no se lo puede superar, impedir o sortear. No se trata de una mera dificultad, sino que debe resultar un obstácu­lo insalvable o invencible.

El derecho no espera del sujeto que actúe como un superhombre, como se dijera solo impone conductas posibles y necesarias.

Apunta Llambías que esta es una noción relativa, pues depende de las circunstancias personales del deudor: lo que es inevitable para uno puede no serlo para otro.

Lo que importa es que tal deudor, sin que le sea impu­table y enclavado en la circunstancia que le sea propia, haya sido impotente para evitar el hecho que obsta al cumplimiento de la obligación. La inevitabilidad es juzgada a la luz de la naturaleza y alcance del objeto obligacional, marco del interés del acreedor tutelado.

Aquí radica actualmente el requisito clave del caso fortuito, así como antes lo había sido la imprevisibilidad (Alterini, Ameal y López Cabana).

Si una persona armada ingresa a un restaurante y roba a los comensales, o lo mismo si sube a un colectivo y asalta a los pasajeros, o un coche-bomba estalla fuera de una empresa multinacional y causa destrozos, son eventos irresistibles que exorbitan el deber de prevención, por lo que en principio no puede exigirse que se esté en condiciones de repeler ataques de tal índole.

Lo mismo sucede con el granizo que daña la cosecha vendida, pues aunque pueda ser anticipado por algunas horas —o días en el mejor de los casos— no obsta a que categorice como caso fortuito si nada puede hacerse con la siembra que igualmente se arruinará.

La inevitabilidad del hecho dañoso debe reunir estos caracteres:

• total: porque si es parcial se debe cumplir la parte que resulta posible;

• definitiva: porque si es temporaria se puede cumplir tardíamente, salvo cuando se trate de una obligación de plazo esencial[(2)](javascript:void(0));

• absoluta o relativa: en el primer caso el obstácu­lo es insalvable para cualquier persona; en el segundo sólo al deudor de la obligación (la generalidad no es un requisito);

• física o moral: ejemplo de lo primero es la enfermedad que contrae el deudor de manera involuntaria; de lo segundo el caso del cantante que no brinda el show porque ese mismo día su esposa fue sorpresivamente internada en terapia intensiva.

Por el contrario, si el hecho solo provoca una "dificultad" de cumplimiento, no encuadra en esta figura, no resulta eximente. Así por ejemplo, si acontecimientos inevitables encarecen la prestación convenida por el deudor y se produce una distorsión del equilibrio negocial (sinalagma), la excesiva onerosidad sobreviniente habilita un remedio jurídico diferente como es la imprevisión que regula el art. 1091, CCyCN.

c) Ajenidad

El tercer y último requisito genérico radica en el carácter ajeno o extraño del caso respecto del sindicado responsable.

El agente presunto no debe haber colocado ningún antecedente idóneo para hacer posible el evento del que surgen daños, pues de lo contrario participaría de su ocurrencia y por tanto le serían impu­tables.

Así por ejemplo habrá responsabilidad por culpa si el vendedor de cosa cierta —p. ej., la pluma y el reloj que Dalmacio Vélez Sarsfield utilizó durante los años en los que proyectó el Código Civil— viaja en subterráneo para entregárselos al comprador, oportunidad en la que le son hurtadas o robadas.

En materia de responsabilidad objetiva, se considera que el hecho debe ser extraño a la cosa o a la actividad, debe producirse en el exterior de la esfera de acción por la que el deudor está obligado a responder (el acontecimiento debe irrumpir desde afuera y no del interior). En caso de tratarse de una contingencia propia de la actividad que se desarrolla, la causalidad jurídica se dilata o expande para alcanzar su responsabilidad[(3)](javascript:void(0)).

Por ejemplo, si el colectivo embiste a un peatón porque se revienta un neumático o se rompe la barra de dirección, la empresa igualmente responderá, y la misma solución se impone si el vagón del tren se incendia producto del cortocircuito de un fusible, pero no así en caso que obedezca a la caída de un rayo.

d) Sobreviniente

Se trata ya de un requisito específico, pues tiene lugar (y sentido) en el marco de una relación obligacional de fuente lícita, por ejemplo un contrato.

Si el hecho existía en la etapa genética o de conformación del acuerdo, los sujetos ya la conocían o bien obrando con diligencia estaba a su alcance conocerlo, por lo que no puede ser repu­tado fortuito o casual, no es imprevisible[(4)](javascript:void(0)).

Cuando esto sucede, la contingencia debe ser considerada como un elemento más, una variable que las partes han tenido en cuenta y ponderado para arribar a determinado acuerdo negocial, pues quien asume riesgos cuenta con un elemento de negociación que puede incidir en la fijación del precio.

Así por ejemplo, si a pesar de la inminencia de una guerra se decide igualmente celebrar un contrato cuya ejecución se posterga en el tiempo, la efectiva ocurrencia del enfrentamiento armado no puede considerarse distorsiva de la economía interna y justicia del acuerdo, por lo que el alza en el precio de los insumos utilizados no sustenta una causal de resolución contractual, no exime al deudor por fuerza mayor.

e) Actualidad

Es otro requisito que se amolda a la causalidad y dinámica propia de las relaciones obligacionales de fuente lícita.

Los efectos del caso fortuito deben verificarse exactamente en el momento en que se torna exigible el cumplimiento de la prestación, ni antes ni después, pues de lo contrario no tiene entidad para eximir de responsabilidad al deudor al no verse afectada su posibilidad de ejecución (pago).

En el ejemplo recién referido, si ya ha cesado el enfrentamiento armado que frustraba la entrega de la mercadería vendida en el lugar pactado, no hay razón para que el deudor no la efectúe. Si el artista cuya enfermedad inculpable le impedía trabajar se ha recuperado completamente para la fecha del debut, debe subir a escena. El vendedor de determinada mercadería importada no puede alegar fuerza mayor si las trabas que existían para el ingreso del producto al país fueron levantadas hacia la fecha pactada de cumplimiento.

En caso que circunstancias de esta índole tengan lugar una vez que el deudor incurrió en mora, al resultarle ya impu­table el incumplimiento material, en principio carecen de fuerza jurígena como eximentes (art. 1733, inc. c], CCyCN).

4. RELACIÓN CON LA CULPABILIDAD

a) Planteo

Hecho fortuito y culpa son nociones históricamente vinculadas de modo íntimo (Boffi Boggero).

Su interrelación pone de manifiesto una compleja problemática que es menester precisar, que —como se verá— no reside en el hecho que la culpa opere en el ámbito de lo subjetivo y el caso fortuito en una relación material o física carente de toda subjetividad.

En la pesquisa en torno al origen de los daños, es menester dilucidar en primer lugar la causalidad material, y en el siguiente paso ya se aborda la causalidad jurídica, de la que subyace la autoría sobre la que se formula la impu­tación de responsabilidad.

La ausencia de culpa equivale a caso fortuito cuando el criterio de impu­tación aplicable es subjetivo, caso en el que representan el anverso y reverso de una misma moneda: en las obligaciones en que la actividad del deudor se mide con criterio subjetivo (de medios), si despliega la diligencia que le resulta exigible en materia contractual constituye pago y por tanto la obligación se extingue, mientras que en el terreno aquiliano no puede dar nacimiento a una impu­tación de responsabilidad.

En efecto, como razona Llambías, si el deudor emplea la diligencia a la que se encuentra obligado y a pesar de ello no alcanza el resultado esperado, la ausencia de culpabilidad resulta sinónimo de caso fortuito.

No es posible exigirle una mayor diligencia que la que impone la naturaleza de la obligación en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar involucradas, de lo contrario se "elevaría la vara" a un nivel que sólo podrían cumplir superhombres.

El caso fortuito por tanto representa el marco o confín del plan prestacional. En materia de responsabilidad médica por ejemplo, si no hay culpa del deudor no hay causalidad jurídica. En tales casos el sujeto se encuentra obligado a desplegar determinada conducta —ejecutar "cierta causalidad" — que es precisamente la emergente de una conducta diligente, y sólo si no lo hace será responsable.

Así sucede con las enfermedades que no tienen cura al tiempo presente, como por ejemplo la que ocasiona el virus del Ébola: el médico cumple desplegando la diligencia científicamente posible y esperable (enmarcada en los elementos contingentes del caso concreto), pero no más, de lo contrario se ingresaría en el terreno de lo fortuito, de lo que no resulta posible superar o vencer.

El caso fortuito (al igual que el hecho del damnificado y de un tercero), constituye el límite exterior o marco de la causalidad necesaria para practicar la impu­tación: el casus altera el curso de los acontecimientos, no hay aporte de causalidad adecuada del sujeto. Si el resultado dañoso no proviene del sindicado responsable, no es su autor y por tanto no puede practicarse la impu­tación.

b) Distinción en función de los planos causales

Más allá de lo expuesto, es complejo el análisis en torno a si la culpa y el caso fortuito resultan conceptos antinómicos (contradictorios).

Cabe distinguir dos planos: en el de la causalidad "sucesiva" en donde son antinómicos, y el de la causalidad "simultánea", donde no lo son (es decir, pueden operar conjuntamente).

En efecto, si culpa y caso fortuito son colocados en un plano de causalidad sucesiva, está claro que una no puede tener lugar a partir o debido a la otra: si los daños acontecen por la culpa del deudor, le son impu­tables y originan su responsabilidad, excluye al caso fortuito; al revés, si los perjuicios tienen lugar por caso fortuito, allí estriba su origen y no en una conducta culposa impu­table[(5)](javascript:void(0)).

Veámoslo a través de un ejemplo, fraccionado para un mejor entendimiento:

• hechos - una imprudente falta cometida en un partido de fútbol conduce a que un jugador sufra una herida y pierda cuantiosa sangre debido a una enfermedad preexistente que lo lleva a su muerte;

• captación material - una causa (la patada) se apoya en la otra (enfermedad) para producir el desenlace fatal;

• captación jurídica - ¿cuál es la fuerza jurígena de la imprudencia del jugador que pegó la patada?:

- el agente habrá de responder sólo por la lesión, hasta allí llega el límite de la causalidad "adecuada" que aporta (su causalidad);

- no le es impu­table la muerte, pues esta no es el resultado que "acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas" (arts. 1726/7, CCyCN).

En el plano de la causalidad simultánea (concomitancia), se discute si pueden confluir y operar de manera conjunta.

Según una posición, el hecho no sería imprevisible y/o inevitable, lo que deja en evidencia la culpa del deudor; así el art. 1730, CCyCN prevé que "el caso fortuito y la fuerza mayor exime de responsabilidad", no sería posible determinar una concurrencia conducente a una distribución[(6)](javascript:void(0)).

No obstante, consideramos que la imprevisibilidad y/o inevitabilidad como rasgos identificatorios del caso fortuito, pueden tener una fuerza gravitatoria disímil, y por tanto el origen de las consecuencias dañosas no resultar completamente impu­tables al sujeto.

Negar esto es simplificar lo que resulta complejo: la existencia de una confluencia de causas (diversas) que originan los daños resarcibles.

Si inciden con-causalmente porque alteran el curso de los acontecimientos, corresponde captar dicha facticidad y ponderar la medida de la confluencia para formular la correspondiente impu­tación.

Así por ejemplo, si de manera imprevisible densos bancos de niebla dificultan severamente la circulación por una ruta, y antes que el conductor pueda abandonar su traza embiste a otro rodado que lo precedía en la marcha.

5. PRUEBA

En materia probatoria, su carga pesa sobre quien lo invoca para eximirse de la responsabilidad que se le atribuye (art. 1736, CCyCN).

Si se trata de un hecho notorio (p. ej., guerra, terremoto, etc.), igualmente es menester demostrar que dicha facticidad es la que ha alterado el nexo de causalidad de la relación obligacional, es decir, la relación impeditiva del hecho notorio con la ejecución prestacional, por ejemplo que la grave inundación afectó al campo y arruinó la cosecha vendida[(7)](javascript:void(0)).

6. EFECTOS

a) Principio

El art. 1730, CCyCN establece que El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario.

La solución legal obedece a que se destruye el nexo de causalidad, como los daños no resultan impu­tables a ningún título (subjetivo u objetivo), deben ser soportados por quien los sufre.

El caso fortuito y la fuerza mayor inciden en la determinación de la autoría "jurídica" de los daños, son factores relevantes que si intervienen en la producción de daños conducen a la exoneración del sujeto, a quien no se le puede impu­tar perjuicios que no causó.

Corresponde hacer un distingo de los efectos que produce en cada una de las esferas u órbitas de la responsabilidad:

• en materia contractual - provoca la extinción de la obligación por "imposibilidad de pago" del deudor[(8)](javascript:void(0));

• en la dimensión aquiliana - el nexo causal se enlaza sin la afectación del sujeto que no es su autor, por lo que no nace responsabilidad.

b) Supuestos de excepción

En algunos casos, aunque opere el caso fortuito, la responsabilidad igualmente nace, pues se les niega virtualidad eximitoria.

Ello surge del párrafo citado del art. 1730, CCyCN que establece "excepto disposición en contrario". Su régimen específicamente del art. 1733, CCyCN, y seguiremos en este análisis el orden allí establecido.

El deudor igualmente responde:

• si ha asumido el cumplimiento - las partes pueden celebrar un "pacto de garantía" en virtud del cual el deudor renuncia anticipadamente a la invocación del caso fortuito, asumiendo la contingencia o riesgo de su acaecimiento (p. ej. el granizo que puede afectar la cosecha). Reconoce como sustento la libertad negocial y encuentra su límite en la buena fe y el ejercicio regular de los derechos (arts. 958, 961, 988 inc. b], 1117 y concs., CCyCN);

• si surge de una disposición legal - por ejemplo, según la ley sobre accidentes nucleares, el explotador no se exime de los daños generados por una catástrofe natural de carácter excepcional, solamente si se deben directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección ([ley 17.048,art. IV](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3DiC061A8759D054CE588871D5F62133B82), ap. 3 a] y b])[(9)](javascript:void(0)).

• si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente - la mora del deudor produce el fenómeno de la "traslación de los riesgos" (situación que también se verifica en cabeza del acreedor si es éste quien incurre en mora); así por ejemplo, si el inquilino no restituye en plazo la tenencia del inmueble y éste luego resulta destruido como consecuencia de un bombardeo;

• si sobreviene por su culpa - es una excepción impropia, pues coloca a las figuras en un plano de la causalidad sucesiva (ver acáp. n. 4);

• si constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad - el evento tampoco resulta extraño al sujeto, y por razones de política legislativa se decide cargar sus consecuencias disvaliosas en el deudor (principio favor victimae); es el caso del colectivo cuya barra de dirección se rompe y por ello embiste a un peatón (arts. 1757/8, CCyCN), o de los asistentes a un espectácu­lo musical que sufren daños provenientes de una bengala arrojada por el mismo público que incendia el lugar (arts. 729, 774 inc. c], 961 y concs., CCyCN; art. 5º y concs., [ley 24.240](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di88E8C855818946D0A2FA84531E5263F9)).

• si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito - por caso, el ladrón no puede alegar caso fortuito consistente en la pérdida o destrucción inculpable de la cosa que robó.