

## Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad.

### i) Definiendo y describiendo la responsabilidad en la ciencia jurídica

Vamos a empezar a desarrollar el concepto de responsabilidad a partir de una definición más o menos clásica para luego ir viendo las particularidades y pormenores de uno de los conceptos más trascendentes del derecho.

En su obra conjunta, Pizarro y Vallespinos se refieren a la responsabilidad como “... *el sistema de normas y principios que regula la prevención y reparación del daño injusto*”.<sup>1</sup>

Esta escueta definición nos permite ver que la responsabilidad tiene una vinculación inescindible con otro concepto: el daño injusto. En efecto, la teoría general de la responsabilidad tiene dos objetivos primordiales. Uno, reparar el daño injusto, injustamente padecido por un sujeto al que llamaremos ‘víctima’. El otro, que ciertamente es más importante, consiste en prevenir los daños para evitar que ocurran.

Es que, si el sistema (es decir, el Estado) no actúa sobre la prevención de los daños y no crea mecanismos para obligar que ellos sean prevenidos y evitados, indirectamente estará tolerando que vuelvan a ocurrir. Así, no resulta difícil pronosticar que la situación dañosa ocurrirá tantas veces como el agente dañador pueda pagar su indemnización consolidándose, de esta manera, un sistema caracterizado por la insuficiencia individual de las indemnizaciones y por su escaso valor en términos sociales.

El verdadero desafío del sistema legal consiste en evitar que los daños ocurran; y si es inevitable que sucedan debe impedir que se repitan tan asiduamente. Esta tarea supera ampliamente a los sistemas indemnizatorios tradicionales cuyo anacronismo favoreció que los daños se extiendan en lugar de retroceder. Ello ocurre por una razón bastante sencilla de comprender: es mucho más económico pagar una indemnización que invertir en mecanismos preventivos del daño. Dicho en otras palabras: es más barato indemnizar a una víctima que hacer más seguro un producto.

Cuando las reglas de la economía prevalecen sobre los principios del derecho y la seguridad jurídica sobre la equidad, la noción misma de Derecho se desvanece.

Fernando Ubiría, hablando específicamente de prevención de daño y su vinculación con el principio *alterum non laedere*, señala que si el sistema no obliga a prevenir los daños indirectamente los tolera, idea que resulta inaceptable en términos de equidad e incompatible con un sistema normativo que se precie de ser justo.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2017, T 1, p.6.

<sup>2</sup> *En sintonía con anterior principio -que lo comprende y desborda -, la prevención también identifica, ordena y orienta al sistema en torno a la adecuada contemplación de su eje: en este caso el mandato consiste específicamente en anticiparse y evitar el acaecimiento del perjuicio.... Se razona con acierto que si el sistema permaneciera impávido ante la inminencia de un daño o de su agravación, si sólo se ‘activara’ cuando se produce el perjuicio, importaría tanto como crear el derecho de perjudicar....* (Ubiría, Fernando Alfredo, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015, p.32

## ii) Las reglas económicas implicadas en la teoría general de la responsabilidad.

Al presentar los principios más esenciales y genéricos de la teoría general de la responsabilidad, debemos reconocer que poco o nada hemos dicho que no se supiera. Pues no resulta difícil entender que quien padece un daño injusto tiene derecho a requerir, de quien se lo ocasionó, el resarcimiento legal correspondiente. Y tampoco es complejo entender que un sistema legal debe tener por finalidad prevenir que los daños ocurran o se repitan. Hay, sin embargo, mucho más que eso en la teoría general de la responsabilidad.

Para nosotros, la responsabilidad es, además de lo dicho, un mecanismo jurídico mediante el cual se permite una transferencia de tipo económico entre el patrimonio de un sujeto llamado *agente dañador* y el patrimonio de otro sujeto llamado *víctima*.

Veamos esto un poco más detenidamente. Un hecho dañoso, de cualquier naturaleza que sea, provoca un perjuicio económico que, como tal, puede ser tasado o calculado en valores dinerarios. Por ejemplo, si el daño consistió en un accidente habrá que analizar si hubo daños patrimoniales, físicos, morales, etc., siendo lo más probable que dicho accidente sea causa eficiente de todos esos daños. Luego, y aún con algunas dificultades, ese daño injustamente provocado por el agente dañador e injustamente padecido por la víctima, puede ser tasado para calcularse cuál será la suma de dinero necesaria para compensarlo. Si no existiera ese mecanismo transferencial que describimos en el párrafo de arriba, todos los efectos económicos del daño injusto deberían ser soportados por el patrimonio de la propia víctima que lo padeció.

Esto nos permite sostener que la teoría general de la responsabilidad es una creación jurídica que permite que las consecuencias de un daño injusto no sean soportadas por el sujeto que las sufre (víctima) sino por quien las causa (agente dañador). Para que esa transferencia ocurra se establece que, bajo determinadas circunstancias, las consecuencias económicas de un hecho dañoso sean soportadas por quien ocasionó el daño y no por quien lo padece.

Como corolario de esta transferencia patrimonial entre dos sujetos que hemos descrito, es posible -y hasta podría decirse que es inevitable-, pensar a la responsabilidad jurídica como una regla de la economía articulada, para su aplicación en el ámbito del derecho privado, por principios propios de la ciencia jurídica. Esta idea, por supuesto, no es original y ya fue tratada por importantes autores nacionales y extranjeros.

Pizarro y Vallespinos, citando a Diez-Picazo, señalan: *“Decir que el daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes”*<sup>3</sup>.

Pues bien: en eso consiste la transacción económica involucrada en la teoría general de la responsabilidad

---

<sup>3</sup> Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I ... p.12

### iii) Los factores atributivos de responsabilidad.

Una vez explicado este sistema de raíz jurídica y articulación económica cabe preguntarte: ¿en qué condiciones y bajo qué circunstancias se opera la transferencia patrimonial que describimos antes.

Nos anticipamos a decir que la primera condición es que el daño sea injusto. Esto quiere decir que no haya un motivo legal que lo justifique, porque si ese fuera el caso las consecuencias de ese *daño legal* no podrían ser endosadas a ningún otro patrimonio.

Esto significa, hasta donde hemos visto, que la transferencia patrimonial que explicamos requiere dos elementos esenciales: el primero es la existencia del daño que se quiere resarcir. El otro, está dado por la necesidad de que el daño sea *injusto*, en el sentido de que no haya ningún motivo legal que exima al agente de su obligación resarcitoria respecto del sujeto que ha padecido el daño.

Algunos autores, sin embargo, no hablan de daño injusto, sino de daño injustamente causado. Así, los citados Pizarro y Vallespinos sostienen que: *“Nosotros pensamos que la responsabilidad por daños plantea en esencia, no sólo una cuestión de injusto padecimiento del daño, sino de injusta causación del mismo, y de la consiguiente atribución de sus consecuencias a un tercero: el responsable”*.<sup>4</sup>

Sin entrar a considerar en profundidad los pormenores implicados en dividir el daño injusto de la causación injusta, que más adelante esperamos desarrollar con mayor extensión, es posible coincidir en que la teoría general de la responsabilidad requiere, además de la existencia de un daño injusto, de un factor de atribución de responsabilidad, sin el cual no sería factible concretar la transferencia patrimonial implicada en la operación resarcitoria. Es decir, la operación indemnizatoria requiere que la ley autorice el endoso o, mejor dicho, atribuya a un sujeto la obligación de indemnizar a otro.<sup>5</sup>

Esta última operación atributiva de responsabilidad, como puede fácilmente advertirlo el lector, es conocida en nuestro sistema normativo como *factor atributivo de responsabilidad*. Sin atribución de responsabilidad no se pone en marcha el mecanismo legal indemnizatorio. Y ello ocurre porque, como bien señala Matilde Zavala de González, sin factor atributivo no hay designación legal del obligado al pago de la indemnización.<sup>6</sup>

La doctrina que venimos examinando se refiere a ella destacando que: *“Preferimos, por ende, hablar de daño injustamente causado, lo cual supone no sólo que haya un detrimento*

---

<sup>4</sup> Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I... p.10.

<sup>5</sup> *El factor de atribución es el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona.* (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I... p.40.

<sup>6</sup> *Los factores de atribución son razones que justifican la responsabilidad, al evidenciar como justo que el daño sea prevenido o reparado por determinadas personas. Constituyen la explicación axiológica de la obligación de resarcir el perjuicio. En su virtud dirigen esa obligación hacia determinados sujetos: apuntan a quién debe responder. Por eso, no hay atribución de un daño al responsable –según dice el precepto comentado, sino atribución de la una obligación de repararlo.* (Zavala de Gonzáles, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T° 1, p.594).

*sufrido por el damnificado de modo arbitrario, en derredor del cual se edifica el andamiaje de la responsabilidad por daños, sino también un responsable a quien se atribuye las consecuencias dañosas que ha causado por su propio obrar, o por el hecho de terceros por los cuales debe responder o por el de las cosas de las que es dueño o guardián”.*<sup>7</sup>

Sin decirlo aún, los autores sostienen que los factores atributivos de responsabilidad son dos. Uno de tipo subjetivo, y otro de tipo objetivo. El primero, asigna responsabilidad por el hecho propio (dolo o culpa) del agente dañador,<sup>8</sup> mientras que el segundo alude a una atribución de responsabilidad objetiva que no se basa en el obrar del propio agente que responde, sino en acciones de terceros (dependientes del agente pagador) o en el riesgo implícito en las cosas que están bajo su guarda.<sup>9</sup>

Para esta concepción, entonces, hay sólo dos factores atributivos de responsabilidad; uno subjetivo y el otro es objetivo. No podemos soslayar que esta teoría tiene un apoyo muy firme en los artículos 1721 y 1722, normas que, expresamente, consagran el doble sistema atributivo de responsabilidad.<sup>10</sup>

#### **iv) Hacia un sistema de responsabilidad más abarcativo.**

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, a lo largo de este trabajo vamos a intentar explicar cómo esta concepción binaria de la responsabilidad ha sido superada a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil son, con algunas reticencias, aceptadas por la doctrina. Es fácil advertir el advenimiento de una teoría general de la responsabilidad más orientada a la reparación del daño. Las corrientes escolares vanguardistas empiezan a entender que el daño es una cuestión social que, como tal, requiere una mayor injerencia del Estado tanto para prevenirlo como para exigir su reparación. La responsabilidad civil, que implica la reparación de los daños que cada uno de nosotros puede sufrir en su vida social es, definitivamente, una cuestión de agenda pública y política estatal.

Advertimos con beneplácito una renovada concepción del orden público que procura que la mayor cantidad de daños sean reparados evitando, de esta forma, la injusticia que supone

---

<sup>7</sup> Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I... p.11.

<sup>8</sup> *Los factores subjetivos de atribución son el dolo y la culpa (art. 1724). En nuestro sistema, ambos presuponen que el agente sea autor material del ilícito contractual o del incumplimiento obligacional, y la causa inteligente y libre de ese comportamiento.* (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I... p.40).

<sup>9</sup> *Los factores objetivos de atribución...se caracterizan por fundar la atribución del hecho ilícito stricto sensu o de incumplimiento obligacional en parámetros objetivos de imputación, con total abstracción de la idea de culpabilidad. De allí que la denominada responsabilidad objetiva sea mucho más que mera responsabilidad sin culpa: ella tiene un elemento positivo, axiológico, que la justifica y determina su procedencia. Comprende supuestos de responsabilidad tanto por autoría propia como por autoría ajena.* (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I... p.41).

<sup>10</sup> Art. 1721.- Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

Art. 1722.- Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.

la existencia de víctimas que no accedan a una reparación justa del daño que padecieron. La doctrina explica, acertadamente, que nos encontramos frente de una especie de *socialización de los riesgos* y una mayor *objetivación* de la responsabilidad. *Los mecanismos de socialización de los riesgos han estimulado el desarrollo y transformación del derecho de daños, a punto tal que algunos creen ver el paso de una responsabilidad civil individualista a otra más socializada.*<sup>11</sup>

En sentido similar, pero referido a los daños que más se repiten en las sociedades modernas (accidentes de tránsito), Matilde Zavala de González sostiene que se debe avanzar hacia un sistema de reparación social que, a diferencia de los seguros privados que procuran dejar indemne el patrimonio del asegurado, se ocupen de la reparación integral de la víctimas de dichos accidentes.<sup>12</sup>

Nosotros sostenemos que el Estado, a través de la creación de leyes apropiadas debe lograr que la mayor cantidad de daños sean reparados limitando, lo más posible, las eximentes de responsabilidad. O en su caso, buscar soluciones alternativas para que haya menos daños. El daño debe ser entendido no solo como un perjuicio individual sino también social. Zavala de González, con quien volvemos a coincidir, explica que el daño que primeramente recae sobre individuo, termina afectando, indefectiblemente, el funcionamiento de la sociedad.<sup>13</sup>

La mayor injerencia del Estado en los negocios jurídicos privados es un fenómeno innegable que, sin embargo, no debe inquietarnos porque esa mayor participación oficial es absolutamente con el ámbito de libertad individual concebido desde la Constitución Nacional. Empero, esa libertad individual, para que no sea paródica, debe ser ajustada a las necesidades actuales de mayor protección de los sujetos más vulnerables del sistema.<sup>14</sup>

En ese orden de ideas, no podemos soslayar un tema de gran importancia como es la participación de los jueces en estos procesos de cambio que, reiteramos, son impulsados desde la sociedad hacia el derecho. No nos parece abundante señalar que la mayor intervención legislativa debe ser acompañada por una complementaria actividad judicial. Pensamos que es hora de terminar con los modelos procesales de *juez árbitro* del pleito, en los cuales el magistrado se parece más a un *umpire* que dirige un apacible partido de tenis, antes que a un funcionario de la República dotado, por la propia Constitución Nacional, de jurisdicción y competencia. Esos sistemas alientan una exasperante neutralidad del juez a la que llaman *garantía del debido proceso* y la contraponen con la figura del juez, supuestamente autoritario, que rechazan por ser

---

<sup>11</sup> Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*,... p.56.

<sup>12</sup> *En siniestros graves y reiterados, como los producidos en la circulación automotriz, procede sustituir, o al menos complementar sin desnaturalizarlo, el seguro obligatorio de responsabilidad civil, que tiene prioritariamente en vista la protección económica del asegurado por otro autónomo, para tutelar ante todo a las víctimas.* (Zavala de González, Matilde, *La responsabilidad civil*...T° 1, p.147).

<sup>13</sup> Zavala de González, Matilde, *La responsabilidad civil*...T° 1, p.147.

<sup>14</sup> *Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado tienden, en estos temas, a diluirse sensiblemente. Asistimos hoy a un fenómeno de relevante aproximación entre el derecho civil ...y el derecho constitucional. Poco importa la denominación...La compatibilidad es absoluta y todos los aportes ... conducen a similares resultados. Finalidad perseguida: asegurar y garantizar eficazmente la tutela de los derechos humanos, en todas sus manifestaciones.* (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I... p.45 - 46).

antidemocrático.<sup>15</sup>

El debido proceso es solo aquel que conduce a una sentencia justa; el objeto terminativo del procedimiento es el dictado de una sentencia justa antes que la pureza exagerada de un procedimiento. No hay debido proceso que culmine con una sentencia injusta, ni derecho procesal que prevalezca sobre el Derecho sustantivo. El derecho procesal está, en todos los casos, subordinado al derecho sustantivo de donde parten los principios generales. Mabel De los Santos, entre otros autores señalan esta dicotomía entre debido proceso y sentencia justa.<sup>16</sup>

Las divisorias tajantes, sin embargo, nunca aclaran los temas difíciles y casi siempre dejan el debate en un interminable empate que suma más rencores que ideas. Es preciso buscar puntos de equilibrio pues, como bien dice Gustavo Calvino, (autor que está más cerca de los sistemas de menor activismo judicial) deben buscarse líneas de equilibrio entre el intervencionismo judicial autoritario y la neutralidad exasperante y siempre funcional a quien menos necesita la protección del sistema. Así, Calvino dice: *“Estamos de acuerdo en que el procesalismo debe dar respuestas para los casos urgentes y extremos. Y puede darlas perfectamente sin tener que llegar a extirpar la garantía del proceso. Demostraremos que una cosa no quita a la otra”*.<sup>17</sup>

Para nosotros, es preciso evitar que el procesalismo exagerado –moneda corriente en nuestro sistema procesal - eche por tierra los grandes propósitos del derecho. Porque, como bien dice Mabel De los Santos: *“De este modo también varía el rol del juez en este nuevo esquema, pues la norma deja de ser un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados o completados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto: “la coherencia es a posteriori, no legislativa, sino judicial” De allí que el nuevo Código contenga numerosas instituciones en las que se confieren potestades al magistrado, a los fines de la interpretación y aplicación de la ley y como sujeto que tiene a su cargo asegurar la operatividad del derecho sustancial”*.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> En verdad, ciertas figuras que se instauran buscando celeridad a toda costa sólo pueden lograr sus fines por medio de actos de autoritarismo –y no de autoridad–. El precio de la rapidez se paga suprimiendo o restringiendo el derecho fundamental de defensa en juicio y desterrando la garantía del proceso. El común denominador de estas creaciones que sólo son procedimiento, tal como expresáramos, es el agravante de que su resolución afectará a una persona ajena al trámite. En consecuencia, se verá perjudicada por la conculcación de su derecho de defensa en juicio o por la necesidad de ejercer su derecho de acción procesal para demostrar su inocencia. (Calvino, Gustavo, *La Procedimentalización posmoderna*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, n° 39, 2013, p.11 a 31.

<sup>16</sup> Conforme una segunda interpretación, existe un debido proceso si éste está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren obtener decisiones justas. Desde esta óptica no es posible reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento del que ella se deriva. La justicia de la decisión depende de la concurrencia conjunta y necesaria de las siguientes condiciones: a. que la decisión sea el resultado de un proceso justo, en el que se hayan respetado las garantías procesales, b. que haya sido correctamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como criterio de decisión, pues no puede ser considerada justa una decisión que no haya sido dictada conforme a derecho y c. que se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que ninguna decisión puede ser justa si se funda en hechos erróneos. (De los Santos, Mabel Alicia, *El debido proceso ante los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, La Ley, 09-04-2012-, Buenos Aires, La Ley 2012, B, 1062).

<sup>17</sup> Calvino, Gustavo, *La Procedimentalización posmoderna*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, n° 39, 2013, p.11 a 31.

<sup>18</sup> De los Santos, Mabel Alicia, *Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 15-11-2017- Cita Online: AR/DOC/2684/2017.

Con relación al llamado exceso rigor formal en los procedimientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado su posición favorable a ser más flexible evitando que un formalismo excesivo termine siendo un obstáculo para lograr el dictado de una sentencia justa.<sup>19</sup>

Pero volviendo al tema que estamos examinando, referido al ensanchamiento de la responsabilidad, en el sistema vigente encontramos casos en los que ni siquiera se admite como eximente de obligación de reparar a la ruptura del nexo causal. Veamos esto cuidadosamente.

El art. 1733 CCyC comienza estableciendo que... *"Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos..."*<sup>20</sup>

A nuestro modo de ver, este texto legal le abre la puerta a una nueva concepción de la responsabilidad que excede el ámbito objetivo. El enunciado de la norma dispone que, en algunos casos que luego enumera, se va a privar al deudor de la eximente basada en la existencia de un caso fortuito. En otras palabras, pensamos que el Código Civil y Comercial contempla en el art. 1733, supuestos de responsabilidad absoluta. Sin llegar a ese punto extremo, reconocida doctrina señala la importancia de esta norma destinada, a nuestro modo de ver, a producir grandes cambios en la teoría general de la responsabilidad.

Sebastián Picasso, con quien no coincidimos en el tratamiento que hace del art. 1733 CCyC<sup>21</sup>, admite que la norma trae novedades de importancia relacionadas al tratamiento de los

---

<sup>19</sup> *Previamente al examen de las pruebas recibidas, la Corte precisará los criterios generales sobre valoración de la prueba y algunas consideraciones aplicables al caso específico, la mayoría de los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal. Con respecto a las formalidades requeridas en relación con el ofrecimiento de prueba, la Corte ha expresado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. En un tribunal internacional como es la Corte, cuyo fin es la protección de los derechos humanos, el procedimiento reviste particularidades propias que le diferencian del proceso de derecho interno. Aquél es menos formal y más flexible que éste, sin que por ello deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.* 51. Lo anterior permite al Tribunal una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante él sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Considerando 95 y 96).

<sup>20</sup> **Art.1733 CCyC: Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:** a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) **si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;** f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

<sup>21</sup> El autor, al comentar el art. 1733 del CCyC conecta, creemos que erróneamente, el caso fortuito con el vicio de la cosa y así presenta diversos ejemplos en los que se dan una combinación de un hecho ajeno (la tormenta, niebla) con un vicio de la cosa (defecto del sistema de frenos del automóvil, vicio en el sistema de iluminación). Para nosotros, la imposibilidad de alegar el caso fortuito no está, en el caso del inc. e) del art. 1733, relacionado con vicios de la cosa sino con el riesgo. El riesgo que asume el conductor en el medio de una tormenta es que el automóvil frene y si no puede hacerlo, por efecto de la inusual lluvia, por más que el sistema de frenos esté en perfecto estado, no podrá alegar el casus. Veamos el ejemplo que propone Picasso para que se entienda mejor la crítica que le formulamos: *Por caso, no hay ajenidad, v.gr., si un automóvil se desplaza y daña a un tercero en el contexto de una fuerte tormenta, pero la imposibilidad de controlar el vehículo obedece también a un vicio de los frenos, o si la colisión es desencadenada en medio una intensa niebla, pero el automotor carecía de luces suficientes, o si una lancha que sufre un desperfecto técnico naufraga y causa la muerte de un pasajero....* (Ver: Picasso, Sebastián – Cicchino, Paula en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 405).

riesgos por desarrollo, tema sobre el que nosotros volveremos en los capítulos venideros.<sup>22</sup>

Y, algo parecido puede señalarse con relación al art. 1757, en tanto esta norma establece que: ....*”Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.*

En el caso del art. 1757, si bien la norma señala que existe una responsabilidad objetiva y que por la tanto están disponibles las eximentes causales, se restringe la posible exoneración porque no se permite que deudor alegue haber actuado conforme lo disponían las resoluciones administrativas específicas. Tampoco se admite, como eximente, invocar haber tomado todos los recaudos preventivos necesarios para evitar el daño. En estos supuestos, el ordenamiento jurídico parece alejarse del sistema de responsabilidad civil y acercarse a un método de seguridad social o de amortización colectiva del daño. Pizarro y Vallespinos describen a este fenómeno como *‘socialización del derecho de daños’*<sup>23</sup>.

Matilde Zavala de González le agrega a este planteo solidarista de la reparación de daños, que compartimos en líneas generales, un sistema de acciones de regreso que permite, a quien se encargó de indemnizar a la víctima perseguir, por vía de la repetición de lo pagado, al *‘verdadero’* dañador; es decir, a quien le correspondía hacerse cargo del daño injusto padecido por la víctima. De esta forma, se hace compatible un método de solidaridad social con otro que impute a quien corresponda las consecuencias de un daño injusto.<sup>24</sup>

---

Nosotros pensamos que, en los dos ejemplos dados por el autor, la responsabilidad objetiva no depende ni se conecta de ningún modo con el estado de los frenos del vehículo ni con el sistema de iluminación, ni con los desperfectos de la embarcación. Es que, a nuestro ver, por más que el sistema de frenos y el de luces estuvieran en perfecto estado no se podría alegar el caso fortuito porque el art que comentamos impide, precisamente, esa invocación en los casos dados en los ejemplos. En síntesis, nosotros sostenemos, a diferencia de Picasso y Cicchino, que el vehículo debe frenar por más que llueva y, en todo caso, asume el riesgo (y sus consecuencias) de que se produzca una lluvia inesperadamente intensa que haga imposible el frenado. Y lo mismo cabe decirse del segundo ejemplo referido al naufragio de la lancha. En definitiva, hacemos esta crítica porque vemos que el tratamiento que propone el autor esteriliza la norma porque hace depender su aplicación de la existencia de un vicio de la cosa, extremo que la norma no requiere.

<sup>22</sup> *En segundo lugar, la exterioridad también impide alegar como caso fortuito un hecho que constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad, según resulta del art. 1733, inc. e) del CCCN... La introducción expresa de esta última precisión en el Código Civil y Comercial tiene para nosotros una importante incidencia en –al menos– dos situaciones que hasta ahora habían suscitado posturas contrapuestas en la doctrina y la jurisprudencia. Nos referimos a los denominados ‘riesgos de desarrollo’ y a la responsabilidad por infecciones intrahospitalarias. (Picasso, Sebastián – Cicchino, Paula en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 405 -406).*

<sup>23</sup> *En este marco los principios y las funciones mismas de la responsabilidad civil son controvertidos, pues en tales ámbitos de dañosidad, se implementan mecanismo de socialización del riesgoso, más aún, de seguridad social destinados en primer lugar mitigar el rigor de tales detrimentos, a través de una cobertura más o menos inmediata, a cargo de un responsable solvente, y en segundo término a diluir el costo del daño estadísticamente previsible en toda la comunidad o en una parte importante de la misma. La socialización de ciertos riesgos y del perjuicio estadísticamente previsible que dimana de los mismos. En tales supuestos, dice Tunc, particularmente cuando se trata de daños corporales, la responsabilidad civil tiene papel puramente secundario. (Pizarro – Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I... p.55).*

<sup>24</sup> *Algunos se preguntan si la responsabilidad por daños desaparecerá cuando, con el recurso de los impuestos, la sociedad repare todos o casi todos los perjuicios que sus miembros sufren injustamente. Un sistema de seguro social llegaría a reemplazar al régimen tradicional de responsabilidad... Esta solución, lejana en términos generales y quizás*

En pocas palabras: ni el obrar lícito del deudor, ni sus esfuerzos diligentes y preventivos para evitar el daño lo liberan de la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1757 del CCyC.

Este tipo de casos, donde hay un obrar lícito que no exime de responsabilidad se dan, con bastante frecuencia, en el ámbito de la farmacología cuando, por ejemplo, al salir a la venta un remedio se desconoce que posee uno o varios efectos adversos. Este desconocimiento hace que las autoridades federales autoricen su venta al público; empero, si luego llega a descubrirse que el remedio es nocivo, el laboratorio no podrá excusarse invocando que la venta del fármaco fue autorizada por la agencia oficial de contralor.

Esto nos permite afirmar que la norma que analizamos, ajusta un poco los términos de la responsabilidad objetiva, al hacer responsable a quien ajustó su obrar a las normativas jurídicas vigentes. En suma: en el actual sistema normativo se acentúa la existencia de supuestos de responsabilidad sin antijuridicidad. Se trata, como dicen muchos autores nacionales, de supuestos de responsabilidad derivadas de hechos lícitos.<sup>25</sup>

Más allá de los casos puntuales de la farmacología, el art. 1757 del CCyC asume un rol de suma importancia cuando se examinan los daños que ocurren porque se permitió la entrada en el mercado de un bien o servicio que, al momento de su lanzamiento, se ignoraba su dañosidad. Para nosotros este artículo, que supone una innovación en la teoría general de la responsabilidad, es de suma importancia porque ejerce una potente función preventiva del daño. Ello así porque se concibe una forma de atribución de responsabilidad a conductas que no son antijurídicas y que, por lo tanto, son en principio lícitas.

De esta forma se advierte, como bien señalan Vallespinos y Pizarro, un ensanchamiento de la noción de antijuridicidad, abarcando conductas que no son contrarias a ninguna norma jurídica.

Estamos, sin dudas, asistiendo a una época en donde la antijuridicidad material es más importante que la meramente formal siempre restringida y acotada a la prohibición de vulnerar una norma específica.<sup>26</sup> Alcanza, como bien dice, Fernando Ubiría, que se introduzca

---

*utopía, no eliminará los principios básicos de la responsabilidad por daños, que seguirán funcionando para un resarcimiento pleno –sobre todo si hay culpa – o siquiera para la acción de repetición contra el verdadero obligado a asumir, en definitiva, la cara de la indemnización.* (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T° 1, p. 46-47).

<sup>25</sup> *En estos últimos supuestos la falta de antijuridicidad no obsta a la posibilidad de resarcimiento, pues a veces, por distintos motivos, el ordenamiento jurídico no deja a la víctima librada a su suerte y descarga las consecuencias dañosas en un tercero o en toda la comunidad por medio del Estado, pese a no poderle formular juicio de antijuridicidad alguno en su conducta.* (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I... p.238).

<sup>26</sup> *En materia de antijuridicidad hemos pasado de un sistema que tomaba como paradigma a la antijuridicidad formal a otro que pone epicentro en la antijuridicidad material. Una acción es formalmente antijurídica cuando contraría una prohibición jurídica de hacer u omitir formalmente dispuesta por la ley. La antijuridicidad material, en cambio, tiene un sentido diferente, sensiblemente más amplio, comprensivo de las prohibiciones por implicancia, que son aquellas que se desprenden de los principios fundamentales que hacen al orden público en sus diferentes manifestaciones y alcances, a la moral y a las buenas costumbres.* (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T I... p.39).

un riesgo en la sociedad para que se ponga en marcha el sistema de responsabilidad objetiva.<sup>27</sup> Finalmente, la ilicitud no se define como una violación normativa, sino como la concreción de un daño injusto. En eso consiste la primacía de la antijuricidad material sobre la normativa que consagra el Código Civil y Comercial en el art. 1717.<sup>28</sup> El art. 1757 es coherente con el principio establecido en ese texto legal porque se concentra en el daño producido sin considerar, siquiera como atenuantes, las prevenciones, obviamente insuficientes, tomadas para evitarlo.

Así, según pensamos, el art. 1757 del CCyC crea un fuerte estímulo para que los proveedores (sobre todo quienes producen productos para la salud) extremen sus investigaciones y recaudos antes de lanzar un nuevo producto al mercado, sabiendo que deberán responder incluso ante la falta de conocimiento real de la potencialidad dañosa del producto que ponen en el mercado.<sup>29</sup> Es que, si la responsabilidad es verdaderamente objetiva resulta indiferente que se sepa o se ignore que el producto es dañoso; alcanza con que materialmente lo sea para encender los mecanismos resarcitorios.<sup>30</sup>

El sistema exige no dañar injustamente al otro y esa exigencia es tan intensa que no alcanza con ajustar la conducta a la norma para eximirse de responsabilidad. La obligación de prevenir los daños en el sistema actual, es un imperativo sustancial que no requiere un obrar antijurídico para que la omisión engendre responsabilidad.

Es en ese sentido que volvemos a compartir la opinión de Fernando Ubiría cuando señala que: *“A tenor de la literalidad del art. 1711, CCyCN, cabe preguntarse si en la dimensión preventiva (y a diferencia de lo dispuesto para la resarcitoria), se exige la comprobación de antijuridicidad. Consideramos que no... En todo caso, la transgresión normativa... será un dato relevante que podrá dar mayor fuerza, una más clara justificación a la adopción de medidas preventivas”*.

---

<sup>27</sup> La misma línea sigue el nuevo Código a tenor de la redacción de sus arts. 1757/8, que le confieren al riesgo creado un marco fáctico aún más extenso pues también corresponde –ahora de manera expresa– a las actividades riesgosas. En efecto, resulta suficiente con que se introduzca en el medio social un factor generador de riesgo para terceros para que deba responderse objetivamente, se beneficie o no el sujeto. La responsabilidad se sostiene en por la misma generación del riesgo, no por el eventual beneficio que se derive de ella, de cualquier tipo. (Ubiría, Fernando Alfredo, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p.199).

<sup>28</sup> Siguiendo las tendencias antes aludidas, el Código Civil y Comercial consagra una antijuridicidad objetiva y material. En efecto, el art. 1717 establece que es ilícita cualquier acción u omisión que ocasione daño, con lo que para se configure este presupuesto basta con que se viole el deber genérico de no dañar al otro. Así las cosas, ya no existe ninguna deuda en cuanto a que la ilicitud civil, a diferencia de la penal, es atípica, pues no es necesario que la ley describa, en cada caso, con detalle, la conducta prohibida. (Calvo Costa, Carlos - Sáenz, Luis R.J., *Obligaciones. Derechos de Daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 125).

<sup>29</sup> Muchas veces, en los supuestos en que se repute responsabilidad a quien ejecuta, se sirve u obtiene un provecho de una actividad peligrosa o riesgosa, resulta difícil determinar con exactitud a qué causa en particular se debe el perjuicio generado. Sin embargo, sí puede ocurrir que sea claro e indudable que el daño sufrido por la víctima deviene como consecuencia de la actividad desplegada, o ello pueda inferirse de las características del hecho ilícito. Lucchesi, Mauro – Saénz, Luis, en, Bueres (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 611)

<sup>30</sup> El defecto existe al momento de la introducción en el mercado, sin que en nada modifique dicha conclusión el hecho de que el estado de los conocimientos técnicos o científicos no permita detectarlos. De allí que deberían distinguirse dos realidades que no pueden ser confundidas: una cosa es la existencia del defecto y otra, muy distinta, la posibilidad de conocerla. Esto último, dentro de un contexto de responsabilidad objetiva, nada agrega o quita a la defectuosidad genética del producto. (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, T II... p.494).

La norma en comentario incluye otra novedad de importancia: la inclusión de las actividades riesgosas como sustento de la responsabilidad objetiva. De esta manera, el sistema de responsabilidad deja de poner la lupa en los vicios o riesgos de la cosa y detiene la mirada en las actividades riesgosas.

El concepto de actividad riesgosa es, desde luego, más claro y abarcativo y que el de cosa riesgosa que, además, subsiste en la norma. En suma, la norma pone en un pie de igualdad, a los efectos de atribuir responsabilidad, que el daño se haya originado en los riesgos de la cosa o en los incorporados a la sociedad por medio de una actividad que es riesgosa en la medida que aumenta la posible ocurrencia de un daño. La norma es, a nuestro ver, muy acertada y la doctrina la recibió con buenos comentarios.<sup>31</sup>

#### **v) La causalidad como sostén de toda la teoría general de la responsabilidad.**

En el transcurso de las muy amenas reuniones que solía tener con el Profesor Ubiría en su oficina de la Universidad Católica de Buenos Aires, en los días en lo que yo era un doctorando y él el Director de mi tesis doctoral, Fernando solía decir algo que aún recuerdo: *“En las ciencias sociales hay tres cuestiones esenciales que nunca deben perderse de vista: Primero, los hechos, segundo los hechos y tercero, los hechos.”* La anécdota no solamente describe la cordialidad y el humor de esos encuentros académicos, sino que pone sobre el tapete una verdad que, por más que parezca evidente, es harto difícil de descifrar con precisión. Ubiría, desde luego, no sólo hablaba de los hechos, sino también de los hechos que los causan o anteceden. Es decir; hablábamos del inasible fenómeno causal, que como acertadamente dice Luis Horacio Cuervo, es la problemática más ardua del derecho.<sup>32</sup>

Es que son los hechos y no las teorías, los que nos llevan directamente a la causa que los engendran y sin la cual no existirían en este mundo. En resumen: el fenómeno causal, que describe la génesis de los hechos, es el punto más importante de la ciencia jurídica. Hasta podría decirse, en coincidencia con autores como Silvia Tanzi y Juan M. Papillú, que el dilema de la causalidad es el punto de encuentro más cercano entre la ciencia jurídica y la filosofía.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> *La incorporación de esta fattispecie de la responsabilidad extracontractual constituía un arduo reclamo de la doctrina a lo largo de las últimas décadas, y las razones de su incorporación aparecen innegables: quitarle a la responsabilidad por riesgo el corset de la necesidad de que intervenga una cosa viciosa o riesgosa en el hecho ilícito para que resulta aplicable este factor de atribución. Es que, muchas veces, la responsabilidad por riesgo no se circunscribe a la noción de cosa riesgosa, pues el peligro no emana tanto de la cosa que interviene en el suceso, sino que el riesgo deriva de ciertas actividades. La responsabilidad por la actividad riesgosas busca superar, entonces, el rígido marco de la exigencia de una cosa como presupuesto necesario para la configuración de la responsabilidad objetiva.* (Lucchesi, Mauro – Saénz, Luis, en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 611).

<sup>32</sup> *El problema de la relación de causalidad en el derecho de daños, siempre ha cautivado a la doctrina y ha dificultado el trabajo de los jueces por lo complicado que resulta su estudio y análisis, dificultad que ha hecho a muchos afirmar que es la problemática más ardua en el campo del derecho, una galería de espejos invertidos, una selva, un laberinto, una cuestión insoluble, sin perjuicio de lo cual, el problema ha constituido a través de la historia... un verdadero desafío que resulta necesario afrontar.* (Cuervo, Luis Horacio, *La relación de causalidad y la previsibilidad contractual en el CCCN*, publicado en Revista RYD República y Derecho, ISSN 2525-1937, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2017).

<sup>33</sup> *La noción de causalidad trasciende el ámbito de la responsabilidad civil como también la de derecho en general. Se proyecta a filosofía, la física, las matemáticas, a lo jurídico, etcétera. Es sabida la complejidad que encierra este presupuesto de la responsabilidad civil, lo que ha dado lugar a que muchos autores lo calificaran como un problema*

En efecto, alcanza con realizar un superficial estudio etimológico del término ‘*causa*’, para caer directamente en el mundo de la filosofía. Ferrater Mora, en su famoso diccionario de filosofía enseña que “*El término griego, traducido por causa tuvo originariamente un sentido jurídico y significó acusación o imputación*”.<sup>34</sup> Este origen, por más que sea sumamente parcial e incompleto es relevante. Después de todo, la causa, en sentido figurado, *acusa* a un suceso de ocasionar a otro que, sin esa intervención, no se hubiera manifestado.<sup>35</sup>

En el marco teórico más acotado de este trabajo vamos a estudiar a la causa en sentido jurídico. Para ello, será necesario simplificar el abordaje del tópico y centrarnos más en la relación de causalidad que en el fenómeno causal propiamente dicho.

Para el Derecho, la causa es un elemento que vincula, en primer término, a un hecho con sus consecuencias y, en segundo lugar, con la imputación de esas consecuencias. Esto determina que, para el derecho, la relación causal es el elemento más importante en la elaboración de una teoría general de la responsabilidad. Ello así, porque al atribuirle responsabilidad a un sujeto el sistema jurídico realiza, inevitablemente, un ‘*corte causal*’ y determina que ‘*esa causa*’ y no ‘*otra causa*’ fue la determinante del suceso, y que fue ese sujeto y no otro quien debe hacerse cargo de sus consecuencias.<sup>36</sup>

Como bien explicaba Llambías, hace ya mucho tiempo, el derecho *ajusta* el fenómeno causal a una noción de equidad para lo cual, arbitrariamente, acorta o alarga la secuencia causal para atribuir o eximir de responsabilidad.<sup>37</sup>

Como señala Isidoro Goldemberg: “*La relación de causalidad, en cambio, supone establecer el ligamen existente entre un acto y sus consecuencias. No interesa ya el substrato psíquico del obrar, sino su repercusión externa. De este modo, puede mediar relación causal adecuada entre el hecho de un inimputable y el daño por él ocasionado...La acción del agente constituye, de conformidad con lo ya expuesto, el factor unificador que aglutina los diversos elementos imbricados en el proceso de imputación: acto-sujeto-consecuencias, que desembocan en el instituto de la responsabilidad civil*”.<sup>38</sup>

Por su parte, Fernando Ubiría, al referirse al fenómeno causal explica que: “*La*

---

*insoluble, complejo, tormentoso, angustioso, enigmático, multiforme, ambiguo o de extrema dificultad, entre otras calificaciones que se orientan en el mismo sentido.* (Tanzi, Silvia y Papillú, Juan en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 314-315).

<sup>34</sup> Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, Barcelona, Ariel Filosofía, 2004, T° A-D, p.510.

<sup>35</sup> *Como la causa permite explicar que un cierto efecto se ha producido, se supuso muy pronto que la causa era, o podía ser, asimismo una razón o motivo de la producción del efecto. Las ideas de causa, finalidad, principio, fundamento, razón, explicación y otras similares se han relacionada entre sí con mucha frecuencia, y en ocasiones se han confundido.* (Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía,... T° A-D, p.511).

<sup>36</sup> *Existe consenso en la doctrina en señalar que hay que romper la cadena de causalidad en algún eslabón, para no llegar tan lejos que nos coloquemos –al decir de Lafaille – fuera del campo jurídico. Es obvio que las dificultades se presentarán a la hora de determinar dónde se hace el corte del desarrollo de los acontecimientos.* (Tanzi, Silvia y Papillú, Juan en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 314.

<sup>37</sup> *Pues ya sabemos, el derecho guiado por el prisma de la justicia, acorta o alarga esa relación causal, para la consecución de sus fines.* (Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1982, T° 3, p. 713).

<sup>38</sup> Goldemberg, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 40.

*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”.*<sup>39</sup>

A su turno, Vallespinos y Pizarro señalan que, *“La relación causal vincula jurídicamente, de manera directa, el incumplimiento obligacional o el hecho ilícito aquiliano con el daño, y en forma sucedánea e indirecta, a éste con el factor de atribución. En el ámbito preventivo, también permite establecer un vínculo razonable y necesario entre la amenaza de daño y el hecho que la genera. Se trata de resolver si un resultado dañoso determinado puede ser materialmente atribuido (o sea imputado fácticamente) a una persona”.*<sup>40</sup>

Llambías, casi sin prolegómenos, va al punto que vincula las causas materiales con las obligaciones jurídicas. Vale la pena leer este párrafo por más que sea un poco extenso: *“Para que surja la responsabilidad de alguien sea en área contractual como extracontractual, es menester que exista conexión causal jurídicamente relevante entre el hecho del que aquél es autor y el daño sufrido por quien pretende su reparación. Ya hemos distinguido la casualidad material de la jurídica... Para apreciar la primera atendemos a las enseñanzas de la filosofía y según ella aceptamos que determinado daño es efecto de determinado acto humano. Pero ello todavía es insuficiente para definir si ese efecto dañoso debe ser reparado por el autor del hecho, que ha sido la causa material del daño, a título de responsabilidad suya. Para concluir en ese sentido es necesario que el derecho haya categorizado esa relación causal como jurídicamente relevante”.*<sup>41</sup>

Si analizamos con más cuidado las tres reflexiones tomadas de los doctrinarios citados, vamos a notar que en todas hay un común denominador que destaca: en el Derecho la causalidad no pretende explicar el insoluble principio que categoriza a la causa como la ‘razón suficiente’, sino que la ciencia jurídica prioriza la búsqueda de una relación imputativa para atribuirle las consecuencias de ese hecho a un sujeto.

Es por eso que Llambías distingue la causalidad material, cuyo examen más profundo atañe a la filosofía, de la causalidad jurídica que permite concluir que tal o cual hecho dañoso, por ser imputable a tal o cual sujeto, debe ser reparado por éste.

El Derecho examina las causas de un hecho para luego poder imputarle a un sujeto sus consecuencias. Pues bien; en eso consiste la responsabilidad: en atribuir las consecuencias de un hecho a un sujeto. Goldemberg ya había explicado esta relación inseparable que debe existir entre la causalidad y la teoría general de la responsabilidad.<sup>42</sup> Esto significa que sin un adecuado

---

<sup>39</sup> Ubiría, Fernando, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 136

<sup>40</sup> Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*,... T 1, p.341.

<sup>41</sup> Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1982, T° 3, p. 713.

<sup>42</sup> *Antes de establecer cuándo un el individuo debe responder jurídicamente por un resultado...es necesario precisar si tal consecuencia ha sido efectivamente producida por su acción u omisión, es decir, hay que examinar la atribución*

tratamiento del fenómeno causal la imputación -que es un fenómeno puramente jurídico - pierde sentido o, peor, se convierte primero en una cuestión discrecional y luego, inevitablemente, arbitraria.

La causa es un fenómeno complejo que requiere pasar el riguroso examen de *por qué* ocurren los hechos (causa eficiente) y *para qué* ocurren (causa final).<sup>43</sup> El resultado de un hecho responde a una cadena sucesos (fácticos y/o jurídicos) que lo anteceden y que deben ser analizados con detenimiento e inteligencia.

En muchas ocasiones es realmente difícil determinar, en medio de la sucesión continua de hechos (en eso consiste la vida), cuándo uno es causa de otro y no su consecuencia. En el ámbito de la educación escolar, por ejemplo, es muy común decir que los niños se desconcentran, y muy poco frecuente decir que las clases son aburridas. Este sencillo ejemplo nos muestra la complejidad del asunto causal. Es posible que el niño sea 'desatento', pero también es posible que el tedio de una clase haya sido la verdadera causa del aburrimiento. Entonces, lo difícil es determinar si el niño tiene dificultades de concentración o si es el docente quien las tiene a la hora de afrontar la difícil tarea de educar. Lo mismo ocurre con los docentes, incluso del nivel universitario que, con gesto de inverosímil frustración, se lamentan del fracaso académico de sus alumnos sin preguntarse si el fiasco no fue, en verdad, más propio que ajeno.

Es muy fácil pensar, erróneamente, que un hecho ocurrió por otro con el que, en verdad, no tiene ninguna conexión causal.

Es por eso que cuando se realiza un análisis causal es muy importante no caer en lo que Daniel Kahneman<sup>44</sup> (Universidad de Princeton, Premio Nobel de economía, 2017) describe como una especie de 'intuición causal'. La causalidad intuitiva, a la que alude Kahneman, es un fenómeno de la conciencia que se pone en funcionamiento automáticamente en nuestra estructura el pensamiento cada vez que analizamos una cadena de hechos. Esta 'intuición causal' hace que *realmente* lleguemos a pensar que un hecho ocurrió por un antecedente (fáctico o jurídico) que, en verdad, no tiene ninguna conexión verificable con el hecho que analizamos.

Kahneman presenta, a modo de ejemplo de cómo utilizamos la intuición predictiva, una sencilla escena que ocurre en un parque de Nueva York. Este brillante autor nos muestra cómo elaboramos, sin ninguna evidencia comprobable, verdaderos guiones causales más parecidos a una ficción literaria que a una descripción fáctica idónea para explicar un suceso.

---

*material... Una cosa es que el efecto pueda ser referido a la actuación de una persona y otra muy diferente el juicio de demérito que suscite ese comportamiento.* (Goldemberg, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 40)

<sup>43</sup> Goldemberg, analizando la teoría metafísica de Aristóteles explica que, *Es sin embargo, con Aristóteles que puede situarse el inicio del llamado 'casualismo científico'... Todo efecto, de acuerdo con su pensamiento, ha de ser producido por algo o por alguien (causa eficiente), para algo (causa final), de algo (causa material) y con introducción de algo.* Goldemberg, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 3

<sup>44</sup> Daniel Kahneman (Tel Aviv, Israel, 5 de marzo de 1934) es un psicólogo de nacionalidades estadounidense e israelí. En 2002, conjuntamente con Vernon Smith, fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel por haber integrado aspectos de la investigación psicológica en la ciencia económica, especialmente en lo que respecta al juicio humano y la toma de decisiones bajo incertidumbre.

En la escena, el autor describe un paseo por un parque de Nueva York atestado de gente. Al finalizar la caminata, el protagonista advierte que le falta su billetera. El auditorio, integrado por alumnos universitarios, fue interrogado acerca de qué creían que había pasado con la billetera. En su gran mayoría, el auditorio conjeturó como primera hipótesis que un carterista le había robado la cartera al paseante.

El mecanismo de la ‘intuición causal’ conectó –casi automáticamente– una gran ciudad, una multitud, las posibilidades de que entre los transeúntes haya uno o más carteristas, y un paseo distraído. Con esos elementos, intuitivos, se concluyó que un carterista, de los muchos que seguramente habría entre la multitud, aprovechó la distracción del paseante y le robó la billetera.

Lo singular del caso es que en el ejemplo ofrecido a los alumnos no había ni un solo indicio que, racionalmente, hiciera presumir la existencia de un robo. No obstante, pocos o ninguno de los participantes atinó a pensar que el paseante simplemente había dejado olvidada la cartera en el bar donde tomó se detuvo a tomar un café.<sup>45</sup>

Así funciona nuestra estructura de pensamiento: intuitivamente. Es importante saber esto porque los proveedores de bienes y servicios (que son los protagonistas excluyentes del actual derecho de daños) lo saben y pueden (de hecho, es lo que hacen) ‘fabricar’ escenarios causales que nos hagan pensar que un producto tiene capacidades que no tiene o que nos asegura una seguridad que, ciertamente, no puede asegurarnos. Coincidimos plenamente con Kahneman cuando afirma que, *“Es evidente que estamos predispuestos desde que nacemos a tener impresiones de causalidad que no dependen de razonamientos sobre patrones de causación”*.<sup>46</sup>

Sin embargo, esta reflexión por cierta que sea, no debe conforme. El fenómeno causal es determinante para que la teoría general de la responsabilidad funcione correctamente, ya sea para no imputar las consecuencias de un acto a quien sólo parece ser su causa, como para evitar que una imputación intuitiva termine liberando a quien fue realmente la causa de un acto.

Veamos esto con un sencillo ejemplo de la vida cotidiana de cada uno de nosotros. Comprar un producto inseguro, porque se piensa que es seguro puede, según cómo se calibre el elemento axiológico, hacer responsable al adquirente que no tomó los recaudos para comprobar la seguridad del producto o al proveedor porque *hizo creer* que su producto no era inseguro.

Lo cierto es que el fenómeno causal requiere un estudio meticuloso y un

---

<sup>45</sup> Léase esta frase: ***Después de pasar un día contemplando hermosas vistas en las calles atestadas de Nueva York, Jane descubrió que había perdido su billetera.***

*Cuando las personas que habían leído esta breve historia (junto con muchas otras) se las sometió por sorpresa a un test de memoria, la palabra ‘carterista’ apareció a la historia mucho más que la palabra ‘vistas’, a pesar de que esta última figuraba en la frase y la primera no. Las reglas de la coherencia asociativa nos dicen lo que sucedió. El caso de una billetera perdida pudo evocar muchas causas distintas: la billetera se cayó del bolso, quedó olvidada en el restaurante, etcétera. Sin embargo, cuando las ideas de una billetera perdida, Nueva York y la gente se yuxtaponen, conforman juntas la explicación de que un carterista fue la causa.*

Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Debate, 2018, p. 105.

<sup>46</sup> Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 106

conocimiento que no puede exigírsele al adquirente medio y que sí puede serle exigido al profesional que fabricó el producto.

No es suficiente para explicar un fenómeno causal lo que vemos a simple vista, o lo que parece ser de determinada forma. La confianza excesiva en lo que vemos o en lo que nos muestran es uno de las cuestiones más distorsivas el fenómeno causal. La confianza aumentada por mensajes publicitarios hace muy difícil, cuando no imposible, precisar que algo es menos seguro de lo que parece, o de menor calidad que la que aparente. Vuelve a acertar Kahneman cuando señala que, *“La confianza que los individuos tienen en sus creencias depende sobre todo de la cualidad de la historia que pueden contar acerca de lo que ven, aunque lo que ven sea poco. A menudo dejamos de tener en cuenta la posibilidad de que falte evidencia que podría ser crucial en nuestro juicio; lo que vemos es todo lo que hay”*.<sup>47</sup>

Ahora, piense el lector en una publicidad o en una campaña publicitaria en la que el anunciante invirtió millones de dólares en crear una historia acerca del producto. El relato, desde luego, viene acompañado de imágenes que ‘evidencian’ que lo que se dice coincide con lo que se ve. Así es como se crean las intuiciones causales.

Tiempo atrás, Lorenzetti advertía que la las campañas publicitarias constituyen un mecanismo idóneo para manipular tendencias individuales y sociales.<sup>48</sup> Por nuestra parte, en otro trabajo también señalamos los efectos distorsivos que las publicidades ejercen sobre la estructura del pensamiento. Allí explicábamos cómo, mediante una enorme campaña publicitaria, durante muchos años se hizo pensar a los fumadores que el mal llamado ‘tabaco light’ tenía menor incidencia que el tabaco tradicional en el padecimiento de enfermedades como el cáncer. Así, millones de fumadores pensaban que sus cigarrillos de bajo contenido en nicotina y alquitrán tenían eran menos nocivos que los cigarrillos regulares. Esto, por supuesto, no solamente esto resultó ser falso, sino que los proveedores de tabaco sabían perfectamente que estaban creando una conciencia falsa.<sup>49</sup>

En sentido similar, Nassim Nicholas Taleb (1960, Universidad de Nueva York, Matemática-financiera), al referirse a como se analiza comúnmente el fenómeno causal habla de *monstruosos errores* que tienen particular repercusión en nuestra vida individual pero también en la política y en la economía de una sociedad. Este autor, afirma que construimos historias causales completamente equivocadas y luego, en base a ellas, tomamos las decisiones más

---

<sup>47</sup> Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...* p. 120.

<sup>48</sup> *La inducción de conductas por miedo de la publicidad es un tema de la mayor importancia en el mundo actual, y un amplio campo de desarrollo en la responsabilidad civil. La publicidad puede actuar incentivando pulsiones inconscientes del individuo a los fines de orientarlo en determinado sentido, a lo cual se agrega la falta de información.* (Lorenzetti, *Consumidores...*, p 189).

<sup>49</sup> Uno de los principales problemas que enfrentamos como consumidores es que la publicidad ocupa el lugar de la información, y termina anulando el derecho a ser informados. Dicho de otro modo; si la persona que hace la publicidad de un producto es la misma que nos debe informar sobre las limitaciones de ese producto, el consumidor jamás va a estar correctamente informado. Porque la finalidad del fabricante es vender el producto, no informar que el producto que vende tiene ciertas limitaciones. En cierta medida, la mayor información limita las ventas... (Shina, Fernando, *Sistema legal para la defensa del consumidor*, Buenos Aries, Astrea, 2016, p. 36.

importantes de la vida. Es preciso entender que si no analizamos adecuadamente el fenómeno causal, todas nuestras decisiones serán, en el mejor de los casos, equivocadas y en el peor, catastróficas.<sup>50</sup>

Pero volviendo a nuestro tema más concreto, no debemos olvidar que el Derecho, a diferencia de la naturaleza, puede decidir arbitrariamente cuándo y cómo vincular a un sujeto con un hecho o un acto dañoso y luego hacerlo responsable de sus consecuencias.

A ese fenómeno jurídico se lo llama factor atributivo de responsabilidad. Es muy importante que los operadores jurídicos sepan por qué y para qué se aplican factores atributivos de responsabilidad en forma más amplia o más acotada. También es importante entender que aumentar los factores objetivos de atribución o hacerlos más severos, obstaculizando las eximentes de responsabilidad objetiva, es una cuestión que depende exclusivamente de la agenda política legislativa y también judicial. Si un gobierno determinado considera que más daños de los que ocurren en la sociedad deben ser reparados, más objetivos serán los factores de atribución de responsabilidad. Es decir: cuanto más objetivo sea el factor de atribución, más indemnizaciones habrá y menos eximentes de responsabilidad serán admitidas.

En definitiva: el derecho de daños está subordinado a un programa político determinado que, desde luego, puede variar con el tiempo. Si se analiza esa evolución en nuestro ordenamiento jurídico, desde la aparición del código velezano (1871) pasando por la reforma de la ley 17.711 (1968) hasta la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial (2015), se observará que los factores objetivos de atribución de responsabilidad han aumentado sin parar. Como señala Ubiría, es el legislador el que evalúa las necesidades de la sociedad y dicta las leyes sobre la responsabilidad que mejor se adapten a esa sociedad en ese momento determinado.<sup>51</sup>

Y, nos atrevemos a pronosticar, los factores objetivos seguirán avanzando porque el límite para incrementarlos no es una regla de la ética sino de la economía de cada país. Así, serán indemnizables todos los daños que el sistema pueda absorber sin poner en peligro al propio sistema. Esta condición, que subordina la responsabilidad jurídica a la macroeconomía de cada país explica, en parte, porque los daños punitivos son tan elevados en países como Estados Unidos y tan bajos en el nuestro.

En Argentina, además de una justicia muy conservadora y poco concedora del derecho comparado que siempre criticamos, hay razones macroeconómicas que hacen imposible que las empresas que soporten un peso demasiado severo de los daños punitivos. Sin embargo,

---

<sup>50</sup> *Pero actuamos como si fuéramos capaces de predecir los hechos o, peor aún, como si pudiésemos cambiar el curso de la historia. Hacemos proyecciones a treinta o más años del déficit de seguridad social y de los precios del petróleo, sin darnos cuenta de que ni siquiera podemos prever unos y otros para el verano que viene. Nuestros errores de previsión acumulativos sobre los sucesos políticos y económicos son tan monstruosos que cada vez que observo los antecedentes empíricos tengo que pellizcarme para verificar que no estoy soñando. Lo sorprendente no es la magnitud de nuestros errores de predicción, sino la falta de conciencia que tenemos de ellos.* (Taleb, Nassim Nicholas, *El cisne negro*, Buenos Aires, Paidós, 2018, p. 27).

<sup>51</sup> *El legislador 'capta' la realidad de la sociedad en la que vive, y en conocimiento de la dañosidad de su momento histórico consagra un sistema normativo de responsabilidad civil que será idóneo si resulta justo y eficiente, si sirve, alentando el progreso y el bien común.* (Ubiría, Fernando, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 162).

es innegable que en la actualidad se atribuye responsabilidad por hechos que antes no engendraban ninguna obligación resarcitoria; es indudable que se ha ampliado el universo de sujetos responsables. Como bien señala Ubiría: *“Las razones para imputar responsabilidad se encuentran ligadas a profundas concepciones socioculturales, políticas y económicas, por lo que el torbellino del siglo XX provocó la paulatina mutación de ciertas estructuras del sistema de ‘responsabilidad civil, que se fue transformando lentamente en el actual derecho de daños’*.”<sup>52</sup>

Veamos un ejemplo vulgar para resumir lo que venimos desarrollando en este extenso tópico. El hecho de que un rayo parta al medio un automóvil es un fenómeno de la causalidad material; pero, obligar a que un sujeto a que pague los daños causados por el rayo es un fenómeno jurídico de tipo imputativo o atributivo de responsabilidad.

La cuestión más relevante para la ciencia jurídica en general y para la teoría de la responsabilidad en particular, es determinar qué relación causal-imputativa tiene el hecho dañoso con quien lo padece y con quien debe repararlo. La clave de la teoría general de la responsabilidad son los factores atributivos de responsabilidad porque ellos se encargan de imputar o atribuir condición causal a determinado hecho.<sup>53</sup>

Solo resta, para concluir este punto, determinar qué criterios utiliza la ley para determinar que un hecho determinado es causa de otro. No se trata de determinar la causa propiamente dicha, sino de establecer nexos causales para determinar que un hecho es causa de otro.<sup>54</sup>

En ese sentido, y sin perjuicio de hacer un desarrollo más extenso un poco más adelante, se puede anticipar que el sistema que utiliza nuestro Código Civil y Comercial para establecer el nexo causal, se enrola dentro de la teoría conocida como ‘causalidad adecuada’ y que es receptada por el art. 1726 CCyC.

Para Ubiría la causalidad adecuada consiste en establecer una relación de previsibilidad o de posible ocurrencia entre un hecho antecedente y una consecuencia.<sup>55</sup> Habrá, entonces, causa adecuada cuando el hecho antecedente, de común, produce la consecuencia.

---

<sup>52</sup> Ubiría, Fernando, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial...*, p 162.

<sup>53</sup> *Desde el punto de vista filosófico la causa es el conjunto de los factores o fuerzas concurrentes que produce un determinado resultado. Sin embargo, en el ámbito del derecho no puede aplicarse tal concepto ya que, de hacerlo, todos seríamos responsables de todo y a nadie podría atribuírsele por completo un daño. Por ello, desde este punto de vista –del derecho – será necesario escoger de entre todas las condiciones cuál será erigida a la calidad de causa.* (Tanzi, Silvia y Papillú, Juan en, Bueres (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 318)

<sup>54</sup> *La relación de causalidad, como hemos visto, tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un resultado – un evento dañoso y sus consecuencias – puede ser imputado objetivamente a una persona como su autor; esto es, puede ser atribuido materialmente y de modo jurídico relevante a la acción u omisión de un sujeto, o a un hecho o cosa por las que debe responder.* (Méndez Sierra, Eduardo en Bueres (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 271).

<sup>55</sup> *También parte de la base que no es cierto que todas las condiciones sean equivalentes, pues tienen eficacia distinta: una causa adecuada (idónea, apta) a su efecto de acuerdo a la probabilidad de producirlo, según lo que sucede corrientemente, con normalidad o regularidad. 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).* (Ubiría, Fernando, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 144).

Ese encadenamiento sucesivo y repetido entre el hecho antecedente y la consecuencia determina que el primero sea causa adecuada del segundo.

Este tema, que es netamente jurídico, resulta ser el de mayor importancia en la teoría general de la responsabilidad. Es que, si no se examina correctamente el nexo causal se corre peligro de atribuir a una persona las consecuencias de un acto o de una situación que corresponde ser asumida por otro sujeto.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> *Es necesaria y fundamental la existencia y acreditación de la relación de causalidad ya que de otro modo se estaría atribuyendo a una persona, el daño causado por otra o por la cosa o actividad de otro. Es inadmisibles que la reparación del daño deba ser soportada por quien no ha contribuido a su realización.* (Méndez Sierra, Eduardo en Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 314).