
LA CAUSALIDAD:

UN REQUISITO CRUCIAL (¿E INSOLUBLE?) DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL^o

*Roberto Moreno Rodríguez Alcalá**

^o El presente trabajo forma parte de una colección de ensayos, *¿Quién responde? 8 ensayos accidentales sobre la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*, (en prensa) Asunción, 2009. Esta versión ha sido preparada para el *Seminario de Responsabilidad Civil* organizado por *La Ley Paraguaya*, a desarrollarse el 3 y 4 de setiembre de 2009, y para uso exclusivo de los participantes en el mismo. Será modificado en su versión definitiva con los comentarios enriquecedores del *Seminario*. Agradezco a *La Ley Paraguaya* y sus Directivos por la gentil invitación, y especialmente al infatigable trabajo de las abogadas *Carla Langanoni* y *Patricia Camp*.

* Master en Derecho y Derecho Comparado por la *University of Oxford*, egresado con distinción (*Distinction, First Class*, 2002-2003). Abogado por la Universidad Católica de Asunción (mejor egresado, 2000) y Notario Público por la Universidad Nacional de Asunción (2001). Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica, e invitado a la Escuela Judicial (2008-2009). Profesor invitado a la Universidad de Buenos Aires (2006-2007) y la *Princeton University* (2005). Árbitro, *Centro de Arbitraje y Mediación del Paraguay*. Socio, Estudio Jurídico *Moreno Ruffinelli & Asociados*. Quedo abierto al diálogo con los lectores al correo rmoreno@moreno.com.py.

LA CAUSALIDAD: UN REQUISITO CRUCIAL (¿E INSOLUBLE?) DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A causa de un clavo... el Imperio se perdió.¹

*Thus they in mutual accusation spent
the fruitless hours, but neither self-condemning,
And of their vain contest appeared no end.²*

Hacia fines de la década del noventa, un perro –de nombre “Cachi”– cayó accidentalmente del decimotercer piso de un edificio, golpeando la cabeza de una señora de apellido Fortunata. La señora murió instantáneamente. A continuación, una ronda de curiosos se comenzó a formar alrededor del cadáver; el grupo se hizo grande y desbordó la acera hasta ingresar a la calle. En ese punto, un ómnibus impactó sobre una señora de apellido Solá, quitándole la vida luego de arrastrarla por varias cuadras. El estupor que causó todo esto terminó en un ataque al corazón de un señor de edad que estaba en la rueda de curiosos. Murió minutos después, en la ambulancia que lo llevaba al hospital.³

Hacia el año 1959, en la campaña española, una vaca escapó de un campo y fue a morir al adyacente campo de un vecino. Se dio noticia de ello a varios empleados del mismo para transportar al animal muerto; sin embargo, como se sospechaba que la vaca había muerto de hidrofobia, se decidió someter a los trabajadores a un tratamiento médico antirrábico (posteriormente se demostró que la hidrofobia no existía). Inesperadamente, uno de los empleados empezó a sentirse gravemente mal, debiendo ser internado en un hospital al efecto. El desafortunado empleado terminó parálítico e incapacitado para trabajar por el resto de su vida.⁴

Hacia tiempos de la Segunda Guerra Mundial, una compañía inglesa de limpieza de ropas adquirió a una fábrica una máquina secadora de gran envergadura. La fábrica entregó la máquina en perfecto estado, pero con cinco meses de retraso. Por causa de ese retraso, la compañía de limpieza perdió un lucrativo contrato con el gobierno por no contar aún con la máquina secadora para operar. Demandó al fabricante no solo por los daños causados por el retraso, sino además reclamando los daños por el lucro cesante por la pérdida del lucrativo contrato que no pudo celebrar con el gobierno inglés.⁵

¹ Canción anónima inglesa referida a la batalla de Waterloo; incluida en el prólogo del excelente tratamiento del Prof. Isidoro GOLDENBERG, *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1984.

² John MILTON, *Paradise Lost*, Book IX, 1187-1190.

³ Noticia del caso en Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 187.

⁴ Reportado en R.A.J., 1483.

⁵ El caso es un célebre precedente inglés, *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. V. Newman Industries Ltd.*, reportado en KB 528 [1949].

En el año 1918, en una estación de ferrocarril en el estado de Nueva York, un apurado pasajero corría para alcanzar uno de los trenes en el andén norte; logró subir al mismo en movimiento pero quedó balanceándose en un estado que indicaba que iría a caer. Dos empleados de la estación, tratando de ayudar a este pasajero para que no cayese del tren, lo empujaron, pero con la escasa fortuna de que como consecuencia de ello el paquete que llevaba este señor en sus brazos, cubierto por papel de periódicos, cayó al andén de la estación. El paquete contenía fuegos artificiales (cosa que los empleados de la estación no podían saber, dada su cobertura), y al caer explotaron en forma violenta. La onda expansiva movió una báscula que se encontraba bastante lejos del lugar de la explosión, que cayó sobre una señora de apellido Palsgraf, causándole lesiones de importancia como consecuencia del accidente.⁶

Estos casos tienen en común el hecho de poner de manifiesto la crucial importancia –y la correlativa enorme dificultad de análisis– del más complejo y arduo presupuesto de la responsabilidad civil: la *relación de causalidad*.⁷

Sobre la segunda cualidad de la cuestión –su conocida complejidad– no pueden quedar dudas; basta con recordar que un jurista del tino e inteligencia de RIPERT la calificara de francamente “insoluble”, y que algún otro notable jurista la llamara sencillamente “teratológica”.⁸

En cuanto a la importancia del problema de la causalidad, por otra parte, creo que la misma tampoco puede ser puesta en duda. Por el contrario. Me animaría a decir que, de los requisitos de la responsabilidad civil, estamos ante el que tiene un carácter más crucial o determinante. Si bien el daño en sí es el eje que dispara la maquinaria de la responsabilidad –*pas de responsabilité sans dommage*–, y el factor de riesgo (subjetivo u objetivo) ofrece no pocas dificultades de análisis, creo que, al menos en el derecho paraguayo, la causalidad se presenta como el requisito más relevante a la hora de imputar o no una responsabilidad puramente civil.⁹

¿Por qué esta afirmación tan tajante?

⁶ *Palsgraf v. Long Island Railroad Company*, 248 NY 339 (1928). Ver William L. PROSSER, “Palsgraf Revisited”, 52 Mich. L. Rev., 1953, págs. 1 y ss., que lo llama el “más célebre de todos los casos del *tort law*”. Una nota interesante, contemporánea al fallo, es la del gran realista norteamericano, Leon GREEN, “The Palsgraf Case”, 30 Colum. L. Rev. 789 (1930).

⁷ La bibliografía es inmensa; me limitaré a remitir al paciente y completo tratamiento del Prof. Isidoro GOLDENBERG, n. 1; el excelente y juicioso estudio del Prof. Roberto BREBBIA *Hechos y actos jurídicos*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1979 (que, dicho sea de paso, en sus págs. 101-102, toma nota de la distinción entre causalidad física y jurídica [con cita a los juristas italianos CARBONE y Gino GORLA] pero termina rechazándola por “confundir” las cosas; en este trabajo, se sostiene justamente lo contrario); la señera obra de Alfred ORGAZ, *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 1970, y el excelente análisis del Prof. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, (además de las otras obras citadas en el resto del trabajo).

⁸ Para el calificativo de RIPERT, véase GOLDENBERG, *La relación...*, *Introducción*; para el término “teratológica”, que corresponde al gran penalista argentino Sebastián SOLER, ver BREBBIA, *Hechos y actos...*, pág. 88.

⁹ No he omitido a la antijuridicidad por un mero *lapsus*; por el contrario, entiendo que se trata de un presupuesto absolutamente prescindible y de escasa –o nula– operatividad. Ver *Arqueología de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo* (en prensa, Asunción, 2009), para una fundamentación de este aserto. Sí he omitido por otra parte al “deber de cuidado”, no sólo por su aún discutida ciudadanía en nuestros sistemas continentales, sino también porque puede comprendérselo dentro del estudio del concepto de culpa.

Por dos razones.

En primer lugar, porque entiendo que el sistema de responsabilidad civil de nuestro país es eminentemente *atípico*, con lo cual no existe un catálogo *a priori* de conductas prefiguradas que conlleven la obligación de reparar el daño. Esta apertura sin límites visibles del sistema debe encontrar su necesario contrapeso; para ello interviene justamente la idea de la causalidad (especialmente, en el sentido normativo o jurídico que se explicará más abajo).

En segundo lugar, y quizás aquí sea todavía más importante, la idea de la causalidad encuentra su preeminencia en virtud del acogimiento del factor de atribución objetivo “riesgo” por parte de nuestro Código Civil. A este hecho, de por sí suficiente para dar un papel principal a la causalidad, hay que agregar el dato que la regulación del Código del factor riesgo ha sido a todas luces excesiva (y defectuosa), con lo cual constituye prácticamente una cláusula general: de hecho, toda conducta puede ser reconducida al texto del art. 1847 del Código.¹⁰ La onda expansiva que supone esta visión harto porosa del factor objetivo de atribución, nuevamente, implica un llamado de urgencia a buscar un coto de limitación. Nuevamente, aquí la causalidad juega (y jugará) un rol fundamental.

Es decir, aún cuando el Código Civil inexplicablemente no incluya a la causalidad explícitamente como presupuesto de la responsabilidad¹¹, no pueden haber dudas sobre dos cosas: (i) que efectivamente se trata de un presupuesto, aún cuando no esté mencionado en el explícito texto legal; y (ii) que es un requisito crucial para la imputación de responsabilidad civil.

En lo que sigue de este ensayo, intentaré dar unos primeros pasos en esta compleja materia. Estaría demás decir que no lograré descubrimiento novedoso alguno; tampoco pretenderé resolver muchos (siquiera alguno) de los infinitos problemas que ella supone; ni intentaré dar de alguna forma la palabra final sobre la cuestión. Me interesa, por sobre todo, dar los primeros pasos sobre la causalidad en el Código Civil de 1987¹²; por tanto, la mayoría de las afirmaciones que aquí se encuentren serán “bastonazos en la oscuridad”, por así decirlo. De todas maneras, y a pesar de su carácter no ambicioso, el trabajo propondrá ciertas tesis sobre la causalidad: en primer lugar, la recomendación de acoger la distinción *analítica* entre la causalidad meramente fáctica y la jurídica; en segundo lugar, un análisis de la normativa aplicable en el *Anteproyecto* de Luis DE GÁSPERI –tanto en materia contractual como extracontractual–; para pasar ahí a estudiar la harto deficiente regulación del Código en la materia. El ensayo concluirá con algunas reflexiones generales y tentativas sobre la causalidad; particularmente, la necesidad de refinar los futuros análisis en base a las doctrinas más novedosas sobre el tema, y, asimismo, la tesis (para nada revolucionaria), que a la postre, las directrices del legislador en este punto son parámetros apenas específicos, por lo que gran peso del trabajo recaerá sobre el juez. Justamente por esta razón, un entendimiento cabal de la dificultad de la materia es imperativo; como guía para la obtención de decisiones justas y razonables que ni ensanchen ni limiten excesivamente la responsabilidad de un individuo en el azaroso mundo del contacto social.

¹⁰ Nuevamente remito a las páginas (críticas) al respecto en la obra citada en la nota anterior, *Arqueología de la responsabilidad civil...*

¹¹ El art. 1834 –que sólo se ocupa de los ilícitos culposos, por lo demás– no menciona a la relación causal como presupuesto. Un análisis de este precepto y sus fuentes en la obra citada en las dos notas anteriores.

¹² Es muy poco lo que se ha escrito sobre el tema en nuestro país bajo el nuevo Código. Apenas algunas páginas (siempre agudas) del Prof. SILVA ALONSO, *Derecho de las obligaciones*, Edit. Intercontinental, Asunción, 2006.

PARTE I

LAS “VIEJAS” TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD Y LOS “NUEVOS” CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

Breve repaso a las “viejas” teorías de la causalidad

Tradicionalmente, el estudio de la causalidad está precedido de la enumeración de una serie de teorías que sobre la misma se han escrito en los últimos (digamos) doscientos años. Estas elucubraciones sobre la causalidad, debe decirse desde ya, se caracterizan por dos rasgos: en primer lugar, las mismas surgen ante la liberación de análisis más “metafísicos” de la causalidad, especialmente prohijadas por la visión naturalista (positivista) propia del decimonónico¹³; y, en segundo lugar, obligan a dejar a un lado su orgullo, y reconocer que el grueso de la aportación al estudio de la causalidad ha provenido del mundo penal.¹⁴ Es mucho lo que se ha aprendido –y lo que se puede aprender– en este punto de los penalistas. Antes que acogerse a las artificiales distinciones académicas, lo que debe hacerse aquí es buscar, por sobre todo, la experiencia y respuestas basadas en la razonabilidad – no en rótulos.

El objetivo en este punto del ensayo no es el de realizar una detallada exposición de las teorías, sino todo lo contrario; apenas daré unos contornos superficiales de las mismas.¹⁵ La idea es demostrar la insuficiencia de las “viejas” teorías para lograr un análisis cabal de la materia. Esta insuficiencia permitirá la apertura a las nuevas ideas –nuevamente provenientes del mundillo dogmático-penal– sobre la imputación objetiva, que enfocan la cuestión desde una óptica sensata: no naturalística, sino evaluativa.

(a) Teoría de la equivalencia de condiciones (sine qua non)

Es la teoría clásica, por así decirlo, influida especialmente por el empirismo de John STUART MILL y el positivismo propio del siglo XIX. Esta teoría considera como causa de un hecho a toda condición que, si es mentalmente suprimida, ocasiona la desaparición del resultado. De ahí que se la considere asimismo la teoría de la *condicio sine qua non*, o en la jerga anglosajona, “*but for*” – si no fuese por la condición X, no hubiese sucedido el hecho en cuestión. En otras palabras, la teoría responde a la pregunta: “¿es cierto que sin el hecho o la falta en cuestión, el daño no se habría producido?”

La teoría es atrayente por su brillante simpleza y aparente efectividad; pero su defecto es igualmente evidente: al decir del Prof. MARTÍNEZ MILTOS, esta doctrina *per se* “extiende ilimitadamente” la responsabilidad por un hecho¹⁶, hasta el infinito en verdad.¹⁷ En buena ley, terminaríamos imputando de todo hecho a Adán y Eva, ya que si suprimimos mentalmente su existencia no hubiese efectivamente acaecido mal alguno posterior (alegóricamente). De ahí

¹³ Ver al respecto BREBBIA, *Hechos...*, pág. 88 y ss.; o YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, pág. 189 y ss.

¹⁴ Como recuerda el Prof. BREBBIA, *Hechos...*, pág. 88, el estudio de la causalidad en la Argentina (y por consecuencia, en nuestro país), recién se da con BIBILONI y AGUIAR, es decir, bien entrado el siglo XX. Ni MACHADO, ni LLERENA, ni SALVAT ni LAFAILLE estudiaron la causalidad. Decisivo resultó ser el aporte del gran penalista argentino Sebastián SOLER, y el señero y profundo trabajo de ORGAZ, *El daño...*, la primera obra civilista argentina que da un tratamiento serio al tema.

¹⁵ La exposición entera ocuparía innumerables páginas, por supuesto; como informa JIMÉNEZ DE ASÚA, citado por MARTÍNEZ MILTOS, existen no menos de ¡35 teorías de causalidad (con subdivisiones)! MARTÍNEZ MILTOS, *Derecho Penal*, Tomo I, Edit. Intercontinental, pág. 102.

¹⁶ MARTÍNEZ MILTOS, *Derecho Penal...*, pág. 104.

¹⁷ SOLER, citado por BREBBIA, *Hechos...* pág. 90.

que la crítica de BINDING, según la cual en esta teoría “todo el mundo es culpable de todo”, si bien áspera, es certera.¹⁸

(b) Teoría de la causalidad eficiente

Como mecanismo para limitar el exceso de imputación infinita de la teoría de la equivalencia de condiciones, surgió el esfuerzo denominado de la teoría de la “causalidad eficiente”. En esta doctrina,

*las condiciones que conducen a un resultado no son equivalentes, y existe siempre un antecedente que en virtud de un intrínseco poder cualitativa o cuantitativamente apreciado, es la verdadera causa del evento. Causa sería, pues, para esta teoría la que tiene un intrínseco poder de producción del fenómeno.*¹⁹

Si bien la doctrina pretende dar una salida elegante a la excesiva extensión de responsabilidad a la que conllevaba la teoría *sine qua non*, no quedan dudas que en realidad no se ha dado solución alguna al problema. La razón es sencilla: en ningún momento se establece una pauta o patrón medianamente objetivo o racional para determinar cuál condición causal tiene un “intrínseco poder” para llevar a cabo el resultado en cuestión. La teoría incluso peca de misticismo, pues sólo con esta conexión mística se podría llegar a determinar cuál es la condición con el “poder intrínseco” para haber traído a realidad el hecho dañoso.

Al no hacerlo, la teoría de la causalidad eficiente cae en una suerte “empirismo” práctico, que en realidad antes que resolver el problema simplemente lo difiere.²⁰

(c) Teoría de la causa próxima

La doctrina anterior tiene un parecido con la doctrina de la causa próxima, denominada en el derecho anglosajón *proximate cause*, en tanto ambas tratan de individualizar una de las condiciones del hecho (de ahí su nombre de “teorías individualizadoras”). Sus inicios se retrotraen comúnmente a Francis BACON, quien destacó en sus *Maxims of Law* que como existen infinitas causas para determinar cuál de ellas llevó al resultado en sí, debe considerarse la causa inmediata o próxima (*proximate cause*), sin necesidad de remontarse a un grado más distante, pues las mismas serían ya remotas – *too remote*.²¹

Además de efectuarle la misma crítica que se le puede hacer a la teoría de la causa eficiente, a la de la causa próxima se le suma una objeción todavía más importante: no siempre la última condición es tenida en cuenta por el derecho como la más relevante. Para repetir el ejemplo de ORGAZ: una enfermera suministra al paciente una medicina por vía intravenosa (*condición próxima*), ignorando que un tercero había introducido una sustancia tóxica que causa daño a la víctima.²² Obviamente, sería absurdo imputar a la enfermera del daño.

¹⁸ Citado por BREBBIA, *idem*.

¹⁹ BREBBIA, *Hechos...*, pág. 93 (nota interna omitida; ahí deja anotado los nombres de BIRKMEYER, STOPPATO y KOHLER como propulsores de la idea).

²⁰ Ver críticas de BREBBIA, *Hechos...* pág. 94.

²¹ GOLDENBERG, *La relación...*, pág. 25 (ahí utiliza el rótulo de “teorías individualizadoras” para estudiar a estas doctrinas).

²² ORGAZ, *El daño...*, pág. 67.

(d) *La teoría de la causalidad adecuada*

Como respuesta a las numerosas dificultades que las doctrinas tradicionales habían presentado –y que aquí, reitero, he tocado muy superficialmente– a fines del siglo XIX surge con fuerza una teoría que se presenta como superadora de todas las anteriores, por su rigurosidad y por no caer en los excesos de las anteriores. Se trata de la teoría de la “causalidad adecuada” o “adecuación causal”.

La doctrina, elaborada fundamentalmente por un fisiólogo, J. VON KRIES (anticipado con menor claridad por el jurista VON BAR) parte de dos ideas firmes: en primer lugar, el rechazo a la teoría de equivalencia de condiciones, pues no toda condición es equivalente, ya que alguna es la preponderante que debe ser considerada “causa” del hecho; y, en segundo lugar, la idea –influida por un fuerte naturalismo– de que los hechos no ocurren una sola vez, en el caso singular, sino que debe hacerse recurso a una regularidad suficiente para determinar lo que realmente ocurre en el curso de los acontecimientos. Si los hechos sucedieran solo una vez, no podría afirmarse que existe entre ellos una relación de causa y efecto; debe existir una cierta regularidad para poder afirmar que algo causa otra cosa.

De esta última idea, la de la regularidad de los acontecimientos, la teoría infiere la noción básica de lo que ocurre “normalmente”; por ello, lo crucial es determinar la probabilidad de que el hecho haya sucedido. Como explica certeramente BREBBIA, “*para saber si un hecho es causa de otro debe realizarse un juicio de probabilidad: ¿era por sí mismo idóneo para producir normalmente ese evento?*”²³

La idea del juicio de probabilidad priva de todo contenido metafísico a la noción de causalidad, al tiempo de otorgarle una suerte de juicio “objetivo”: la fuerza de probabilidad que suceda un hecho tiene en cuenta cuestiones de estadísticas, y toma en consideración uniformidades naturales y sociales que pueden ser establecidas científicamente. Así,

*el pensamiento fundamental de la teoría de la causalidad adecuada es, de este modo, que para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición *sqn* del daño, sino que es necesario además que, en virtud de los referidos juicios de probabilidad resulte una causa adecuada para ello.*²⁴

No quedan dudas que la teoría ofrecía menos amplitud que la *sqn*, al tiempo de evitar el empirismo/subjetivismo de las teorías de la causa eficiente; en tiempos científicos, qué mejor que recurrir a las estadísticas, las observaciones neutrales, etc. Por ello, no debe sorprender que se hubiera convertido en la doctrina dominante en la civilística no sólo germánica, sino también argentina (y por ende, aunque invisiblemente, paraguaya).²⁵ Pero su popularidad no puede esconder sus problemas. Particulares dolores de cabeza causó la determinación del momento y la perspectiva a partir del cual debía formularse el juicio de probabilidad: ¿antes o después del hecho? ¿Desde una perspectiva concreta, esto es, la posición del dañante en particular, o mejor, una perspectiva abstracta, que aprecie según el hombre normal, corriente, etc.?²⁶

²³ BREBBIA, *Hechos...*, pág. 97.

²⁴ DíEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Edit. Civitas, Madrid, pág. 338.

²⁵ Por todos, BREBBIA, *Hechos...*, pág. 96.

²⁶ Las complejidades están bien estudiadas por BREBBIA, *Hechos...*, pág. 97 y ss.; GOLDENBERG, *La relación ...*, pág. 30 y ss.; y especialmente DíEZ-PICAZO, *Derecho de daños...*, pág. 339 y ss.

De todas maneras, no me interesa aquí entrar en estos entretelones teóricos; más bien me interesa apuntar que, en todas estas doctrinas (salvo la primera), hemos pasado ya a otro tipo de análisis, que está más bien alejado de la causalidad en sí.

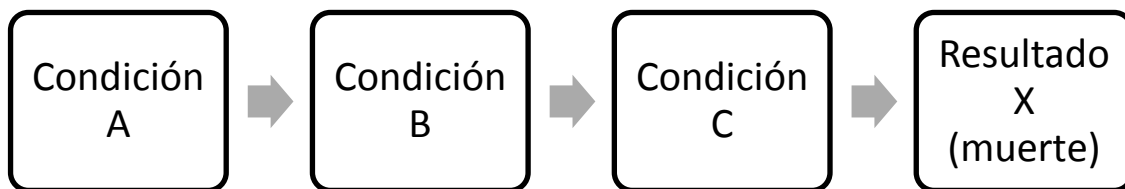
La distinción analítica entre la causalidad puramente física y la jurídica (o imputación objetiva)

En efecto: la teoría de la causa adecuada o adecuación no es tanto equivocada desde el punto de vista estrictamente jurídico, sino que demuestra por lo demás un hecho innegable: no se trata de una teoría de causalidad *propriamente dicha*.

Y es que, desde el punto de vista empírico, es innegable que el hecho en cuestión es “uno más” de los múltiples hechos que llevaron al acontecimiento dañoso. Pero la determinación de si el mismo ha sido o no “adecuado” para ser tenido en cuenta por el juzgador a la hora de imputar responsabilidad o no ya no es una cuestión de mero análisis fáctico o empírico; requiere de una valoración por el juzgador: “el hecho es(no es) adecuado para imputar la responsabilidad”.

Para poner un ejemplo.²⁷ Un sujeto aplica un cachetazo a otro en una discusión. El cachetazo para nada suponía un riesgo a una persona normal; a lo sumo, le hubiese dejado el rostro con una leve hinchazón. Pero el receptor del cachetazo tenía una extraña condición médica –desconocida por el agresor– que llevó a que el simple cachetazo le quitara la vida. La decisión de no imputar la responsabilidad por la muerte no se basa en una cuestión causal –no hay duda que sin el cachetazo no hubiese habido fallecimiento– sino un juicio de valor particular que, en ese supuesto, y consideradas todas las cosas, el cachetazo no debería llevar a la imputación de la responsabilidad al sujeto.

Gráficamente:



La condición A es la enfermedad preexistente desconocida; la B es la presencia del sujeto con la enfermedad y la C es el cachetazo.

Causalmente, la condición C (cachetazo) llevó al resultado; jurídicamente, el mismo es tenido por causa “no adecuada” y no se imputa la responsabilidad. Pero esta no-imputación no se basa en un juicio de causalidad, sino en realidad en un juicio valorativo, normativo.

Fue mérito de la doctrina penalista el haber apuntado este hecho; es decir, que hemos pasado del ámbito de la causalidad física a otro de valoración. En palabras de DÍEZ-PICAZO, explainándose sobre anteriores páginas del notable penalista teutón Claus ROXIN:

²⁷ Es el caso alemán sobre el cual describiré BIBILONI; ver más abajo, al tratar sobre la peculiar norma incorporada al *Anteproyecto* y el Código Civil (art. 1857).

la teoría de la adecuación puso de relieve que el propósito que se persigue no es el de una genuina teoría causal, sino una teoría de la imputación. Dicho de otro modo, no se busca establecer si un elemento de hecho es la causa de un resultado, sino que se intenta dar respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación del hecho a una determinada persona.²⁸

En consecuencia,

si el problema se plantea en términos estrictos y genuinos de causa, no es posible salir del cerco de la teoría de la equivalencia de condiciones o *sqn*. Si el problema es, en cambio, una cuestión de relevancia jurídica de los elementos causales, la cuestión cambia de sentido y pueden ser puestos en juego factores y razones de otro tipo.²⁹

De esta forma, surge de manifiesto que el problema de la teoría de la causa eficiente, o de la adecuación causal, no es tanto que son equivocadas *per se*, sino que no son teorías de causalidad en sentido estricto. No hay dudas que el cachetazo fue condición para la muerte; sí que ello sea relevante para imputar responsabilidad al que lo dio. La única teoría causal posible, como dice el Prof. DÍEZ-PICAZO, es la de la equivalencia de condiciones; la teoría de adecuación en todo caso es una teoría de “responsabilidad” o de “relevancia jurídica” para atribuir un resultado a un sujeto.³⁰

La dilucidación de esta cuestión lleva a despejar gran parte de la complejidad del tema de la causalidad; en efecto: en esta sede se han confundido tradicionalmente dos cuestiones que deben ser separadas nítidamente –desde el punto de vista analítico al menos– para una mejor elucidación.

En este sentido, los estudios civilísticos usualmente han englobado bajo el rótulo de “relación de causalidad” no sólo la “causalidad física” –*valedicet*, que el agente a quién se imputa el hecho haya causado efectiva y físicamente con su acción el daño–, sino también la “causalidad jurídica” o “imputación objetiva” de los daños –es decir, la determinación de cuáles daños serán imputados al agente y cuáles no, cuestión que no es, *strictu sensu*, físico-empírica.

Obviamente, y si bien hay una relación estrecha en muchos casos entre ambas preguntas, estamos ante cuestiones distintas. Esto no ha escapado al universo del *common law*, en el cual ambas cuestiones han venido siendo estudiadas hace bastante tiempo en forma separada bajo los nombres de “*causation in fact*” y “*causation in law*” (o “*proximate cause*”), respectivamente, lo que ha facilitado grandemente el análisis.³¹ Últimamente, y a partir de un soberbio trabajo del Prof. PANTALEÓN PRIETO (con influencia de la doctrina penalista/civilista germana y también anglosajona³²), puede distinguirse ahora también en el mundo civilista de habla hispana entre la relación de causalidad en sentido puramente *físico*,

²⁸ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños...*, págs. 340 y 341. Cita la edición española de 1997 de *Derecho Penal, Parte General* de ROXIN. También el influyente trabajo de Günther JAKOBS, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Ad-hoc (en su edición española).

²⁹ *Idem.* anterior.

³⁰ DÍEZ-PICAZO, pág. 341. Estas páginas, hay que decirlo, fueron decisivamente influidas por el trabajo de PANTALEÓN PRIETO, *infra* n. 32.

³¹ Por ejemplo: DEAKIN y MARKESINIS, *Tort Law*, 4ta. Edición, Clarendon Press, Oxford, 1999, citado en el excelente resumen comparatista de VAN GERVEN *ET AL*, *Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, pág. 408 y ss.

³² Me refiero al *agenda setting essay* “Causalidad e Imputación objetiva: criterios de imputación”, en el Centenario del Código Civil, Madrid, 1990, págs. 1561 y ss.

idea ligada a lo empírico o fáctico, de la imputación objetiva o causalidad en sentido *jurídico*, noción esta última neta y claramente *normativa*.

Consecuentemente, en este ensayo se acogerá dicha distinción analítica entre estas dos cuestiones que, si bien están relacionadas, son claramente distintas (y distinguibles).³³ Así:

La *primera* es la cuestión de hecho –*quaestio facti*– de si existe una relación entre el daño, el sujeto que lo causó y el que lo sufrió. En otras palabras, si el daño X ha sido causado, desde el punto de vista físico, por A. En el caso puntual de la responsabilidad contractual, de determinar si el deudor de la obligación contractual fue quién incumplió el contrato. Se trata de una investigación empírica, por así decirlo.

La *segunda* es una cuestión jurídica o incluso valorativa –*quaestio juris* (mejor: cuestión jurídico-valorativa)– de responder a la pregunta de si bajo las circunstancias del presente caso, A deberá responder por los daños X, Y y Z que ha causado a B, o si sólo lo hará por el daño X, o por X y Z, o si no responderá por ninguno de esos daños. Es decir, en este punto se dilucida la imputación de las consecuencias perjudiciales del acto que ha disparado la investigación.

Así como la primera es una cuestión absolutamente físico-empírica (podría ser resuelta por un científico, para ponerlo de un modo), la segunda es una materia manifiestamente cargada de valoración, que no puede ser resuelta sin aplicar ideas sobre la justicia y equidad – tarea normativa que por excelencia permanece en el campo del operador jurídico. En otras palabras, además de la reconstrucción meramente fáctica de los hechos, que permanece en un primer estadio por así decirlo, debe luego tomarse una decisión valorativa en segundo término, para determinar si serán o no puestas a cargo del sujeto los daños causados.³⁴

Como ha dicho ilustrativamente el Prof. DELGADO ECHEVERRÍA:

- a) *de una parte, tenemos la relación de causalidad en sentido propio, es decir, el que tiene en la lógica y las ciencias de la naturaleza. Causa, entonces, es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido... su dilucidación es cuestión de mero hecho, no mezclada con razonamientos o valoraciones jurídicas.*
- b) *Pero el ordenamiento no hace responder al sujeto de cualquier consecuencia dañosa de su conducta, por alejada e inesperada que sea. El problema de determinar cuáles de los eventos dañosos casualmente ligados a la conducta del responsable pueden ser puestos a su cargo y cuales no es una "cuestión de derecho", que debe responderse a criterios explícitos o implícitos*

³³ Lo que no significa que sea una distinción universalmente aceptada, ni mucho menos. Por citar un solo ejemplo, extraordinariamente sofisticado e influyente, puede recordarse a H.L.A. HART y T. HONORÉ, quiénes en su majestuoso *Causation in the law*, 2da. Edición, OUP, Oxford, 1985, defienden la tesis de la causalidad como físico-normativo al mismo tiempo (una condición necesaria en el conjunto de condiciones suficientes para producir el resultado: “*a condition may be necessary just in the sense that it is one of a set of conditions jointly necessary sufficient for the production of the consequence*” (pág. 106), que confrontan como superior a la “*but-for*” o *sine qua non*). Estos maestros no aceptan la bifurcación tajante entre ambas ideas de la causalidad física y jurídica. Profundícese además en T. HONORÉ, *Responsibility and Luck*, Hart Publishing, Oxford, 2002, y R. WRIGHT, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts” 73 *Iowa Law Rev.* 1001 (1988).

³⁴ Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Munchen, Beck, 1998, pag. 438.

*valorativos de cada ordenamiento jurídico. A esto se llama en ocasiones “causalidad jurídica”, pero más precisamente “imputación objetiva” (objektive Zurechnung en la doctrina alemana).*³⁵

En suma: una cuestión es que exista una pura “causalidad física” entre el daño y la acción del dañante; otra es la de determinar si ese daño será puesto a cargo del causante, y hasta qué punto o extensión será responsable el mismo.

La teoría de equivalencia de condiciones como suficiente en el sentido físico/fáctico

A la luz de lo aquí afirmado, no quedan dudas que la única teoría de la causalidad aceptable, en sentido estrictamente físico, es la de la equivalencia de condiciones, *sine qua non* o “*but for*”.

Y es que, como enseña PANTALEÓN PRIETO, en cuestiones de causalidad física, “los operadores jurídicos no son productores sino consumidores de leyes causales”, bastándonos al efecto la denominada teoría de equivalencia de condiciones o *sine qua non* (“*but for*” en la jerga anglosajona), según la cual de suprimir mentalmente uno de los factores concurrentes, el daño no se habría producido.³⁶

Siguiendo esta línea de pensamiento, nada encontraremos a este efecto –y con razón– en un cuerpo legal-normativo como el Código Civil, consumidor y no productor de leyes de la naturaleza. Desde el punto de vista fáctico de la causación de daños, el problema no es jurídico sino, como ya se ha apuntado, físico-empírico.

Pero sí encontraremos, por el contrario, reglas que sirvan de pautas de valoración para la causalidad jurídica o “imputación objetiva” de los daños causados. Todo sistema dirige –o debe dirigir– a sus operadores a ciertas formas de valoración y limitación de la extensión del resarcimiento por daños acaecidos en la vida social. De no ser así, como afirma HONORÉ, el tráfico jurídico sería prisionero de una esquizofrenia:

*si toda condición causalmente relevante (causación física, causation-in-fact) fuera tratada como suficiente fundamento para imputar la responsabilidad por los resultados por los cuales son causalmente relevantes, el alcance de la responsabilidad jurídica se extendería en forma infinita.*³⁷

Para evitar ello, se necesitan criterios jurídicos, de *causalidad jurídica* o *imputación objetiva*.

³⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil*, II, pág. 485-86.

³⁶ Ver al respecto las aseveraciones de PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e imputación...*, pág. 1563 y ss. Debe recordarse, con Tony HONORÉ, que si bien ha sido sustentada por notables filósofos, como John MACKIE (en su *Cement of the Universe, A Study of Causation*, Oxford, 1974), o juristas, como Leon GREEN (*The Rationale of Proximate Cause*, Kansas City, 1927), no se trata sin embargo de una tesis incontrovertible. El propio HONORÉ –con su enorme autoridad– la controvierte con sólidos argumentos. Ver su excelente y reciente análisis, Tony HONORÉ, “Causation in the Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/causation-law/>>. La posición de PANTALEÓN, y la asumida en este ensayo, entraría dentro del “minimalismo causal”, criticado por HONORÉ en su larga y brillante carrera. Quizás pueda encontrarse un punto de contacto entre ambas posiciones: la distinción sería meramente analítica, y ahí tal vez pueda colapsar hasta encontrar puntos de contacto con la teoría que HONORÉ prefiere (imputación causal en base al uso ordinario de lenguaje), aunque me resulta imposible ahondar aquí sobre esta hipótesis. Y ver la n. __, *supra*.

³⁷ Tony HONORÉ, “Causation in the Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/causation-law/>>.

El desarrollo de la imputación objetiva o causalidad jurídica: algunas de los criterios de imputación elucidados

Los criterios de causalidad jurídica –o imputación objetiva– han sido elaborados particularmente por la dogmática penal más moderna; especialmente influyentes han sido los tratamientos del ya citado ROXIN, y, más decisivamente, la obra del penalista alemán Günther JAKOBS.³⁸

La importancia de las ideas desarrolladas en torno a la imputación objetiva para la responsabilidad civil son puestas de manifiesto –si bien implícitamente– por el propio JAKOBS. Éste reconoce que la mayor importancia de la imputación objetiva radica en los “delitos imprudentes”; como afirma, “no hay duda que disparar sobre un ser humano no está permitido, sin embargo, puede ser discutible cuáles han de ser las medidas de precaución a adoptar a la hora de circular marcha atrás con un automóvil”.³⁹ De ahí que la utilidad de la idea de la imputación objetiva es crucial en el derecho de daños: este es, en gran medida, derecho de hechos negligentes (culposos, imprudentes, etc.).

Ahora bien, va de suyo que el tratamiento de las complicadas –y no siempre paralelas o idénticas⁴⁰– preocupaciones del derecho penal sobre la imputación objetiva estaría grandemente fuera de lugar aquí. En vez de elegir este derrotero, seguiré aquí de cerca al brillante jurista español Fernando PANTALEÓN PRIETO, que ha escrito páginas memorables sobre la cuestión, “traduciendo” los conceptos propios de la dogmática penal (aunque no exclusivamente) al ámbito propio de la responsabilidad civil.⁴¹

Los criterios más relevantes de imputación objetiva de daños, en este sentido, serían los siguientes:

(a) El criterio del “riesgo general de la vida” (allgemeine Lebensrisiko)

El criterio de riesgo de la vida parte de una idea bastante sencilla: no todo riesgo de la vida social está prohibido. Por el contrario, la sociedad (especialmente la moderna) está construida sobre la base de que ciertos riesgos serán tolerados, incluso a pesar de que los mismos sean lo suficientemente intensos como para causar daño. Como dice JAKOBS, “todo contacto social entraña riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: a través de un apretón de manos, a pesar de todas las precauciones, puede transmitirse una infección”.⁴² De ahí que nadie puede plantear seriamente una sociedad sin riesgo; por el contrario, debe existir un riesgo que ha de ser “irremediablemente tolerado”; el “riesgo permitido”.

La tesis no es difícil de captar: existen daños y situaciones desagradables en la vida que ni el más perfecto sistema puede evitar y que necesariamente forman parte de la

³⁸ Especialmente su trabajo n. 28, *supra*, pero también un excelente tratamiento en su tratado de *Derecho Penal*.

³⁹ JAKOBS, *Imputación objetiva...*, pág. 23.

⁴⁰ Como afirma PANTALEÓN, que sean comunes a la responsabilidad penal y civil la necesidad de distinguir entre problemas de causalidad y de imputación objetiva, no implica necesariamente que las consecuencias resultantes de la aplicación de tales criterios hayan de ser idénticas en uno y otro campo. PANTALEÓN, *Causalidad e imputación ...*, pág. 1577.

⁴¹ Lo que sigue será, en parte, un resumen de su trabajo *Causalidad e imputación...*, salvo indicación en contrario.

⁴² JAKOBS, *La imputación objetiva ...*, pág. 43.

condición humana, tan cargada de penurias y sufrimientos como lo está. Con esta noción del riesgo de la vida se pretende

*negar la imputación de aquellos daños que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado: tanto los vinculados a formas de actuar que ordinariamente ocurren o que siempre cabe esperar en el normal transcurso de la existencia del afectado, como los que, con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, estén ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente.*⁴³

Un par de ejemplos quizás sirvan para aprehender la noción en juego. No cabe imputar al responsable de haber herido levemente a un sujeto los daños que éste sufre al ser atropellado cuando regresaba andando desde el hospital a su casa, tras ser atendido en sus heridas; o el taller que se ha retrasado en la reparación del vehículo y que ha obligado a su cliente a caminar o tomar taxis, no será responsable por los daños que sufra por un accidente de tránsito en los taxis. En ambos casos, pues los hechos en cuestión forman parte del “riesgo general de la vida”, es decir, riesgos como los accidentes de tránsito en las condiciones de la sociedad moderna (y en nuestras ciudades, ¡todavía más!), a los que todos estamos sujetos por igual. La solución, por otra parte, sería distinta si las heridas eran de una gravedad mayor y ello hubiera obligado a la ambulancia a ir a gran velocidad, y por ello hubiera tenido el accidente.

Tampoco puede imputarse el siguiente daño: al sujeto que causa a otro (negligente o dolosamente) que pierda un vuelo; y luego, en el siguiente vuelo que toma, muere a causa de un accidente; y así sucesivamente.

Otro supuesto –español nuevamente– se dio en torno al caso de una ciudadana que había sido arrollada mientras cruzaba el tren en una estación de Valencia. No existían problemas de señalización; además, el conductor del tren disminuyó la velocidad del tren hasta casi detenerlo. El Tribunal –sin utilizar empero terminología de imputación objetiva– determinó la no-responsabilidad, basándose en que la existencia misma de algo tan peligroso como una vía de tren en área urbana no puede ser suficiente para imputar la responsabilidad, ya que las mismas “son necesarias para el normal funcionamiento del servicio público”; una vez establecidas las medidas de seguridad legalmente previstas, no puede imputarse a la administración “la producción de accidentes por la inobservancia de las medidas por los usuarios”.⁴⁴ Es decir, la existencia de tales vías peligrosas es un “riesgo permitido” de la vida social.

Finalmente, debe mencionarse que la doctrina del riesgo general de la vida es usualmente utilizada en países como España, en los cuales la responsabilidad del Estado es excesivamente amplia (es objetiva; y por daños causados incluso en la actividad regular de la administración), como un mecanismo de limitar lo que serían en caso contrario daños innumerables contra la administración. Tal es el caso resuelto por una sentencia española de 1998: un joven se había arrojado al mar desde un rompeolas y murió ahogado. La madre demandó a la administración pública pues no había señalado al lugar como peligroso. La solución del Supremo español fue que el mar es siempre riesgoso –aunque no se lo señale– esto es; forma parte del riesgo general de la vida.⁴⁵

⁴³ MADRICH, *Das allgemeine Lebensrisiko* (1980), citado por PANTALEÓN, n. ____, pág. 1567.

⁴⁴ El caso es relatado por el Prof. SALVADOR CODERCH, *Causalidad y responsabilidad*, 3ra. Edición, www.indret.com., pág. 12.

⁴⁵ Así lo informa el Prof. SALVADOR CODERCH, *Causalidad...*, pág. 11.

(b) *El criterio de la “prohibición de regreso” (Regressverbot)*

El criterio de prohibición de regreso propone no imputar un daño a un sujeto a pesar de que el mismo haya iniciado el proceso que llevó al daño, si ínterin interviene la conducta dolosa o muy gravemente negligente de un tercero; salvo que esta última conducta se haya visto muy favorecida por la actuación del demandado.

Un caso ilustrativo es el conocido ejemplo del “Hotel Corona de Aragón”; en el día 12 de julio de 1979 un incendio causó la muerte de 76 personas en el citado hotel de Zaragoza, entre los cuales se encontraba una víctima de nombre Cristóbal. Sus sucesores reclamaron una importante indemnización al hotel. El incendio había iniciado en la freiduría del hotel, y se trataba de un fuego de escasas proporciones que podía ser fácilmente extinguido; sin embargo, como esa noche se hospedaría la viuda del Gral. Franco en el hotel, unos individuos introdujeron (inadvertidamente) un gas peligroso que hizo que ese pequeño fuego cause la catástrofe que se sucedió. El Tribunal Supremo español –si bien no utilizando explícitamente el rótulo de *prohibición de regreso*– decidió que no cabría imputar esos daños por la intervención de los terceros.

Otro caso interesante es uno de los años sesenta, también español: un sujeto dejó un tractor insuficientemente frenado, que terminó atropellado a dos personas y provocando su muerte. Sin embargo, había sido un niño el que había puesto en marcha el tractor; por lo que el Tribunal entendió que no cabía imputar los daños al dueño del tractor.

Por otra parte, en el caso de la “vaca”, descrito al inicio del trabajo, el Tribunal decidió finalmente imputar los daños al sujeto que había ordenado que se transporte a la vaca muerta. Esto, sin embargo, parece excesivo; especialmente si se considera que la conducta del sujeto no fue ni dolosa ni culposa (no conocía ni sospechaba que la vaca había muerto de hidrofobia; esto fue decidido por las personas que estaban a cargo del tratamiento antirrábico), criterio éste que exige la correcta aplicación de la idea de la “prohibición de regreso”.

(c) *El criterio de provocación (Herausforderung)*

Este criterio ha sido utilizado para resolver dos grupos de casos.

En el primero, una persona lesiona a un tercero en un accidente sufrido en la persecución de un delincuente (o dañante civil) que huía del lugar de los hechos. Los daños serán imputables al que huía de los hechos, siempre y cuando la persecución que derivó en accidente fue “provocada” por él; es decir, se la pueda considerar una conducta no irrazonable.

En el segundo grupo, el dañado asume el riesgo del que finalmente resulta víctima (o causa daño a tercero) en su intento de salvar su vida, integridad física o bienes ajenos, de una situación de peligro creada culpablemente por el responsable. Como afirma PANTALEÓN, también en este caso cabrá la imputación del daño, tenga o no éxito el intento de salvamento, salvo que el mismo haya de considerarse altamente irrazonable, en el sentido de existir una desproporción significativa entre el riesgo asumido y el valor del bien en peligro y la probabilidad de salvarlo.⁴⁶

⁴⁶ PANTALEÓN, *Causalidad e imputación...*, pág. 1576.

La idea subyacente a este criterio de imputación es entonces la siguiente: imputar el daño no a quién lo “causó” inmediatamente –al que intentó salvar la vida al niño; o al que colisionó con su vehículo al peatón en camino de la persecución– sino a quien “provocó” la necesidad del rescate o de la persecución.

(d) El criterio del “incremento del riesgo” (Risikoerhöhung) o de la conducta alternativa correcta

El criterio del incremento del riesgo –su otra denominación, la conducta alternativa correcta quizás sea más expresiva– propone la siguiente regla de limitación de daños resarcibles: no puede imputarse a una determinada conducta un evento dañoso si, suprimida hipotéticamente la conducta de este sujeto, el evento dañoso se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y siempre y cuando la conducta del sujeto no hubiera incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso.⁴⁷

En palabras de PANTALEÓN:

es razonable sostener que un evento dañoso no puede ser imputado objetivamente a la conducta negligente que lo ha causado, cuando, respecto de dicho evento, esa conducta no ha sobrepasado los límites del riesgo permitido... o dicho de otra manera, el hecho dañoso no es objetivamente imputable a la conducta negligente que lo ha causado, cuando, dada la configuración de los hechos a enjuiciar, dicha conducta, comparada con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión.⁴⁸

Un ejemplo quizás clarifique esta densa idea.

Un sujeto conducía un camión en una carretera bien estrecha; al tomar una curva sin visibilidad, redujo su velocidad a 30 km/h, y al aparecer un automóvil en frente, se ciñó más a la derecha y frenó. Pese a ello, ambos vehículos chocaron frontalmente, porque el otro automóvil venía a una velocidad excesiva y sin ajustarse a su derecha. Falleció el conductor del automóvil. El Tribunal resolvió señalando que, si se hacía la hipótesis de que el camión no solo hubiese bajado más la velocidad sino que incluso se hubiese detenido instantáneamente al tiempo de la colisión por un desperfecto mecánico, aún así se hubiese producido el accidente.

De esta forma, la conducta del sujeto no “incrementó” el riesgo de que se hubiese producido el accidente; ni suprimida su conducta hipotéticamente puede afirmarse que el daño no se hubiese producido.

(e) El criterio del “fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad” (Schutzzweck der Haftungsbegründenen Norm)

La idea del “fin de protección de la norma” es una expresión arquetípica del civilismo alemán; por ello, es difícil trasuntarla a términos más tropicales. Sin embargo, constituye una poderosa herramienta de limitación de los daños imputables, por lo que vale detenerse un momento sobre el mismo.

⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños...*, pág. 348.

⁴⁸ PANTALEÓN, *CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN...*, pág. 1578.

Según este criterio, no cabrá imputar objetivamente aquellos eventos dañosos que caen fuera del ámbito o fin de protección de la norma sobre la cual se pretende responsabilizar al causante. Un precedente español decidido por el Tribunal Supremo en febrero de 1946 da un buen indicio de esta idea.

Una serie de trabajadores había fallecido a consecuencia de la explosión de un polvorín que estaba cerca de la fábrica en la cual trabajaban. La demanda se dirigió contra la sociedad propietaria de la fábrica, alegando *inter alia* que los trabajos que las víctimas estaban realizando el día del accidente se encontraban en violación de las normas laborales sobre descanso dominical. El Tribunal desestimó la demanda, alegando que si bien el daño había existido y se había violado la ley de descanso dominical, este último hecho era irrelevante, por lo que aplicarla al caso sería “desviarla de su cauce jurídico”. En otras palabras, la violación de la ley de descanso dominical puede tener efectos en la relación contractual entre las partes o incluso de sanciones administrativas para la empresa; pero no para fundar la responsabilidad civil, pues ese no es el “fin de protección” de la misma.⁴⁹

Parecidamente, el hecho que un conductor no tenga en regla su carnet de conducir – que el mismo esté vencido por ejemplo– no implica *per se* la imputación de responsabilidad; el fin de la norma que exige el carnet no es evitar el accidente en cuestión, sino realizar un control administrativo sobre los conductores de vehículos. Este hecho es absolutamente indiferente a la hora de determinar si el conductor procedió con culpa/negligencia: la existencia del carnet es prescindible a la hora de determinar si el mismo había sido un conductor prudente/razonable, etc.⁵⁰

Es útil por ello el célebre caso inglés *The Empire Jamaica*⁵¹, en el cual se discutía la responsabilidad de los propietarios de un buque que lo hicieron navegar sin que el oficial de cubierta tuviera los certificados de aptitud. Al colisionar con otro buque, se plantea este hecho como relevante para imputar el daño; el tribunal inglés resolvió desestimar la demanda, pues a pesar de carecer de los certificados, el oficial era perfectamente competente para ejercer su función. No hay dudas sobre la sanción administrativa que debe existir; sí, sobre la responsabilidad puramente civil.

Como explica el Prof. SALVADOR CODERCH, al respecto de este tipo de casos, la idea subyacente es la siguiente:

*Con frecuencia, se presume la negligencia por el simple hecho de que el demandado haya incumplido el nivel de precaución exigido legalmente (negligence per se), sobre todo en el ámbito de los accidentes laborales derivados del incumplimiento de las medidas de seguridad por parte del empresario. Sin embargo, esta doctrina permite al demandado defenderse probando que el demandante no pertenecía a la clase de víctimas potenciales que la norma violada pretendía proteger.*⁵²

⁴⁹ Como explica el *Dean* PROSSER, citado por PANTALEÓN: “Existen muchas normativas, como las que prohíben la realización de varias actividades en domingo, que obviamente están solo destinadas a proteger intereses del Estado, o de la comunidad en general, tales como la tranquilidad públicas, la moralidad y el descanso... De ahí se sigue que, si un ferrocarril vulnera tal normativa haciendo circular un tren en domingo, un particular, por el propietario de una vaca muerta en las vías, no puede fundamentar una pretensión únicamente en dicha violación, sin ninguna otra prueba de culpa”. En la pág. 1582 (citando el *Handbook...* de PROSSER).

⁵⁰ Ver referencias de casos españoles en PANTALEÓN, *idem*. pág. 1585.

⁵¹ Reportado en [1957] AC 386.

⁵² SALVADOR CODERCH, *Causalidad...*, pág. 15.

Por último, conviene mencionar que el criterio de fin de protección de la norma funciona como elemento de imputación de daños en sede contractual (o al menos eso se defiende en este trabajo). En este sentido, la norma cuyo fin de protección debe encontrarse en el caso de la responsabilidad contractual es *el contrato mismo*; vale decir, las reglas de distribución de riesgos que las partes han decidido establecer en uso de su libertad contractual o autonomía privada. De ahí que lo que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de celebrar el contrato deba ser, como regla, el criterio de imputación objetiva de daños en sede de contratos.⁵³

(f) *El criterio de “adecuación” como criterio residual*

Por último, el Prof. PANTALEÓN propone mantener, como una suerte de criterio residual, al viejo criterio de “adecuación” o “causalidad adecuada”, para aquellos cursos casuales “completamente irregulares o anormales”, que no puedan ser resueltos rápidamente mediante un recurso a los demás criterios.⁵⁴

El famoso caso inglés *The Wagon Mound* es un típico ejemplo de causalidad adecuada, y por ello conviene recordarlo aunque sea brevemente.⁵⁵ Un barco queda varado en el muelle del puerto de Sydney; por negligencia de los operadores de dicho barco, se produce un derrame de petróleo en la bahía, extendiéndose sobre buena parte de ella, hasta llegar al muelle de los demandantes. Los demandantes eran armadores, y como tales, se encontraban trabajando, entre otras cosas, con soldaduras y otros aparatos similares. Los demandantes, creyendo que el aceite en cuestión que se había derramado no era inflamable, siguieron trabajando, hasta que un pedazo de metal caliente cayó del muelle, ardió al aceite y produjo un incendio que causó graves daños a los demandantes. Si bien no existían dudas respecto de que el fuego fue causado por el aceite derramado negligentemente por los demandados, el *Privy Council* no imputó los daños a los dueños del barco, por la sencilla razón de que los mismos eran “imprevisibles”.⁵⁶ La polución, sin dudas, era previsible; no así el incendio.

Por esta razón, el criterio podría ser utilizado en este orden de ideas para solucionar los “*freakish accidents*”; accidentes raros, altamente infrecuentes o erráticos.⁵⁷

La pluralidad de criterios de imputación objetiva: ¿un mal o un bien?

El breve repaso de los esfuerzos dogmáticos para establecer los criterios de imputación objetiva de daños realizado precedentemente ha dejado en evidencia algunas cuestiones que deben ser aquí tratadas aunque sea brevemente.

En primer lugar, queda claro que con las mismas no estamos más ante cuestiones puramente causales –en sentido físico o fáctico– sino ante criterios que resultan ser

⁵³ Esta posición la acogió indubitablemente el *Anteproyecto*; puede ser inferida de nuestro Código asimismo, pero con bastante esfuerzo hermenéutico.

⁵⁴ Ver PANTALEÓN, *Causalidad e imputación*, págs. 1590-91; compartido por Díez-PICAZO; YZQUIERDO TOLSADA lo pone al revés; y propone que sea el de adecuación el principal y los demás los residuales; *Sistema...*, pág. 196.

⁵⁵ Reportado como *Overseas Tankship (UK) v. Morts Dock and Engineering Co.*, en [1961] AC 388 (*Privy Council*). El caso había *overruled* o dejado sin efecto el anterior (y polémico) precedente: *In Re Polemis* [1921] 3 KB.

⁵⁶ El Prof. Tony WEIR sugiere utilizar el término “normalidad” antes de “previsibilidad”, por ser el primero menos subjetivo. T. WEIR, *An Introduction to Tort Law*, Oxford, Clarendon, pág. 83.

⁵⁷ Así lo refiere el Prof. SALVADOR CODERCH, *Causalidad...*, pág. 9.

valorativos o normativos. Esta distinción no es puramente baladí; por el contrario, permite discernir claramente los momentos en los cuales el juzgador realiza el juicio de valor para imputar (o no) responsabilidad, al tiempo de dejar a un lado la visión casi ficticia de que se trata una cuestión fáctica o avalorativa (neutral o “científica”).⁵⁸

Por otra parte, esta implicancia aparentemente teórica tiene también una importante ramificación en la práctica; particularmente, en aquellos países que han acogido al recurso de casación en sede civil. La razón es bien sencilla; en el recurso de casación por regla ya no se pueden discutir cuestiones puramente fácticas o de hecho.⁵⁹ Si se considera a los criterios de imputación objetiva bajo la rúbrica tradicional de “relación de causalidad”, los mismos no podrían ser discutidos en sede de casación.

Pero la pregunta más relevante quizás sea la siguiente: ¿es conveniente realmente utilizar este marco conceptual de la “imputación objetiva” en lugar de las “viejas” y conocidas teorías de la causalidad? No me refiero aquí a la fundamentación teórica de la imputación objetiva en sí.⁶⁰ Me refiero a la aparente desprolijidad; al exceso de figuras dogmáticas; a la pluralidad exagerada o incluso contradictoria entre los distintos criterios de imputación. ¿No complica demasiado la cuestión? ¿No resulta más sencillo aferrarse al viejo criterio de la causalidad, simple, sencillo?

En suma: la pluralidad de criterios, ¿es un mal o un bien?

Creo que, en este punto, la pluralidad no es un mal; por el contrario, parecería ser que la simpleza que ofrece el “único” principio de (por ejemplo) “adecuación”, en realidad distorsiona el análisis bajo esa aparente simplificada y mistificante supuesta unificación de criterio. Como enseña el maestro Tony HONORÉ, la causalidad es un tema extraordinariamente difícil porque es un requisito determinante para *atribuir* responsabilidad a un individuo.⁶¹ Esto no es poca cosa. Y tampoco debe sorprender que bajo la superficie exista más de una idea, valor o criterio operando; esta multiplicidad de criterios para imputar o atribuir responsabilidad. La atribución de responsabilidad por un acto podría ser considerado, en realidad, el acto más humano que existe; lo que distingue al ser humano del resto de la creación. De ahí que no pueda esperarse encontrar “un único criterio dominante” o el “principio global” para cubrir cuanto supuesto imaginable puede proveer la infinita casuística de la vida humana en la tierra.

Por ello, entiendo que el reconocimiento de que existe más de un criterio para atribuir responsabilidad, intuyo, se acerca más a la multiplicidad y carácter sin horizontes fijos de la condición humana. Pero no solo eso. Además, permite establecer *ex ante* criterios con contornos más definidos sobre *en qué casos el ordenamiento atribuirá responsabilidad y en*

⁵⁸ Estas son las raíces más “realistas” de la idea del “minimalismo causal” (ver HONORÉ, *supra*); sobre el proyecto del realismo jurídico americano en general me he expedido en el manuscrito inédito “*Una reinterpretación del realismo jurídico norteamericano*”, basado en una Conferencia dictada en la Pontificia Universidad Católica de Porto Alegre, en noviembre de 2006.

⁵⁹ Existe un excelente estudio en nuestro país sobre el recurso de casación; Alejandro SOSA, *El recurso de casación*, Edit. La Ley Paraguaya, 2006 (especialmente pág. 119 y ss.).

⁶⁰ Que hunde sus raíces en algunos de los mejores momentos de KELSEN –su teoría de imputación normativa– pero no deja de tener algunos momentos cuestionables, especialmente en los excesos funcionalistas (luhmannianos) de JAKOBS; ver *Imputación objetiva...* No puedo, sin embargo, ahondar aquí, por lo que me limito a decir que la teoría puede ser utilizada sin recurrir al pesado armatoste conceptual de LUHMANN o a toda la teoría pura de KELSEN.

⁶¹ HONORÉ, *supra*.

qué casos no. En este sentido, es mucho más útil tener 5 o 6 criterios de imputación objetiva, con contornos conceptuales más o menos definidos (nunca lo serán del todo, obviamente), que un quimérico “único criterio”; verbigracia, la “teoría de la adecuación”, etc.

Es por esta razón que conjeturo que no le falta razón a PANTALEÓN PRIETO cuando afirma que aquí, lo que sobra, no daña, sino que beneficia:

Cuanto más articulado sea nuestro catálogo de criterios de imputación objetiva, más posibilidades habrá de que los operadores jurídicos especialicen cada uno de ellos en una determinada constelación de casos, con clara ganancia en términos de seguridad jurídica.⁶²

Esta afirmación tiene validez aún en sistemas jurídicos como el paraguayo, que aparentemente acogió un “único criterio de imputación” – o al menos, eso se defiende aquí. Es que, como veremos más adelante, este único criterio de imputación legal es, a su vez, extraordinariamente abstracto y genérico, y debe ser concretado y traído a tierra. En esta tarea de concretización, de tipificación, las figuras de la imputación objetiva pueden jugar un rol más que bienvenido para proteger ese valor del ordenamiento –la seguridad jurídica– que si bien no es condición suficiente para la existencia de una sociedad justa, sin dudas es una condición necesaria.⁶³

PARTE II

LA CUESTIÓN EN EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL ANTEPROYECTO Y EL CÓDIGO CIVIL

Concluida la primera parte –de elucubración dogmático-teórica, por así decirlo– conviene pasar a estudiar ya el *status quaestioni* de la relación de causalidad en nuestro derecho positivo.

Para ello analizaremos en primer lugar la cuestión en el *Anteproyecto* de Luis DE GÁSPERI, tanto en sede contractual como extracontractual, para luego pasar al estudio del actual Código Civil. Este orden no es un accidente. La parcial y mutilada redacción del Código vigente exige, *sine qua non*, el análisis arqueológico del *Anteproyecto* en este punto, si se quiere dar un mínimo de inteligibilidad al actual cuerpo normativo.

El sistema general del Anteproyecto: acogimiento del esquema veleziano (y del ALR prusiano)

Repasemos primeramente el tema de la causalidad en el *Anteproyecto*.

En esta materia, antes que innovar u optar por criterios provenientes de otras tradiciones jurídicas, DE GÁSPERI optó por seguir bastante fielmente al régimen que había adoptado, en su momento, el codificador argentino en cuestiones generales de causalidad; aunque, como veremos, introdujo algunas modificaciones/aclaraciones sumamente afortunadas en sede estrictamente contractual.

⁶² PANTALEÓN, *Causalidad e imputación...*, pág. 1590.

⁶³ Ver la nota del autor, “Es la seguridad jurídica, estúpido!”, Diario La Nación, Asunción, marzo 2007.

Así, DE GÁSPERI, siguiendo a VÉLEZ y FREITAS, y a través de ellos, a las célebres fórmulas del *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794 (el ALR)⁶⁴, optó por acoger una definición doctrinario-legislativa que distingue los casos de consecuencias inmediatas, mediatas y casuales, que vienen a ser los conceptos-maestros a la hora de determinar la causalidad jurídica y extensión del resarcimiento.

En este sentido, en la parte referida a los *hechos y actos jurídicos* en general, el art. 502 del *Anteproyecto* definía con bastante precisión a cada tipo de consecuencia:

Las consecuencias previsibles de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias inmediatas.

Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas.

*Las consecuencias mediatas que no pueden perverse se llaman consecuencias casuales.*⁶⁵

Las definiciones son de una inusitada relevancia, pues cuando bajemos a cada caso concreto –responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual culposa, responsabilidad extracontractual dolosa, etc.– veremos que la diferencia entre uno u otro tipo de consecuencia es crucial a la hora de imputar o no los daños al agente. De ahí que se trate de un precepto que si bien es definicional, merece tener un lugar en el cuerpo normativo, ya que permite al intérprete entender que se entenderá por una consecuencia “inmediata”, una “mediata” y una meramente “casual”.

En este sentido, la justificación de inclusión de este artículo es defendida -a mi criterio con gran acierto- por DE GÁSPERI, consciente como estaba de la importante función que la misma cumple en la tarea judicial:

*(este artículo tiene una función importante) en cuanto permite al Juez estimar el cuanto del daño ocasionado por el hecho ilícito y los límites de la responsabilidad del agente, sin incurrir en arbitrariedad. Tarea es ésta de las más delicadas a cargo de los jueces y tribunales, y lo sería en mayor grado si por ausencia en la ley de normas reguladoras de esa responsabilidad se la librase al arbitrio judicial. Tales son las razones que abonan la subsistencia del art. 901 del C. argentino bajo la forma del 502 de este esbozo, como también de los preceptos siguientes, todos de carácter doctrinal y de singular importancia en esta materia.*⁶⁶

Más adelante, al tratar la órbita de la responsabilidad extracontractual específicamente, se podrá apreciar que lastimosamente –por el prejuicio bastante perjudicial del muchas veces ligera e irreflexivamente utilizado *omnia definitio*– nuestro Código no incluyó este precepto, que por muy doctrinario que sea cumple una función *extraordinariamente* importante no sólo en la *praxis*, tal cual lo notó DE GÁSPERI, sino también para la reconstrucción teórica del sistema.⁶⁷ Esto causa (y seguirá causando) al juez y

⁶⁴ Más específicamente, de su art. 6º, como aclara en su apostilla DE GÁSPERI (pág. 161), que además contiene una discusión bastante jugosa de la disputa al respecto entre BIBILONI y ORGAZ. Por otra parte, como recuerda MOISSET DE ESPANÉS, si se considera que el Proyecto de FREITAS (antecesor inmediato de VÉLEZ) no llegó a convertirse en derecho positivo, y el *Landrecht* prusiano, antecedente mediato, no era en puridad un código civil, fue el Código argentino el primero que legisló sobre la causa generadora, marcando un paso histórico en la evolución de la codificación civil. Citado por GOLDENBERG, *La relación de causalidad...*, pág. 63.

⁶⁵ Art. 502, *Anteproyecto*, copia del art. 901 del C. Vélez.

⁶⁶ Ver *Anteproyecto*, apostilla al art. 502, pág. 161.

⁶⁷ En este sentido, debe seguirse a BREBBIA cuando realiza un encomio de VÉLEZ por su decisión de haber incluido estos preceptos que podrían parecer excesivamente doctrinarios, pero que son sumamente bienvenidos

al intérprete de nuestro Código vigente bastantes dolores de cabezas hermenéuticos, como veremos más abajo.

También volveré más adelante sobre este precepto al hacer un análisis más detenido del mismo en sede extracontractual; ahora sólo me interesa dejar en claro lo relativo a la extensión del resarcimiento en cuanto a la responsabilidad puramente *contractual*.

Acogimiento por el Anteproyecto de la regla de la previsibilidad en materia contractual

¿Cuál es la regla de causalidad jurídica del *Anteproyecto* en materia de incumplimiento contractual?

Antes de responder a esta interrogante, quizás sea conveniente advertir al lector el hecho que DE GÁSPERI mantenía un “dualismo fuerte” en materia de responsabilidad contractual y extracontractual –a diferencia de la tendencia sensiblemente unificadora que prima en la actualidad– y que, según el jurista paraguayo, la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual encuentra su fundamento precisamente en este punto, y no en otro lugar.

En efecto: para el jurista paraguayo, “el deudor incumplido no responde sino de los daños e intereses previstos o que han podido preverse, sin poder exceder de lo que sea consecuencia inmediata y directa” del incumplimiento, en tanto que la reparación del hecho ilícito “es integral del perjuicio”.

La distinta extensión del resarcimiento en cada continente de responsabilidad depende de la lógica interna y externa propia de cada fenómeno, el contractual y el extracontractual. En un accidente, no existe razón para limitar la responsabilidad a un parámetro que no sea la reparación integral del hecho; mientras que en sede contractual, la existencia de un acuerdo privado que distribuye artificiosamente los riesgos y consecuencias del contrato goza de una importancia ineludible, y debe ser por ello el parámetro de juicio de la causalidad. De esta forma, DE GÁSPERI recoge una distinción aceptada plenamente en la doctrina y jurisprudencia francesas –influidas especialmente por los arts. 1150 y 1151 del *Code*⁶⁸– según la cual en materia contractual existe una regla especial de imputación de daños que *limita*⁶⁹ los mismos a los que *han sido previstos o han podido preverse al celebrarse la convención*. Esta regla de imputación⁷⁰ es distinta, en principio y siguiendo el tren de razonamiento del

para dar un mínimo de referencia a los jueces en su quehacer judicial. BREBBIA, *Hechos...*, pág. 110 (y también la pág. 147 en donde se critica al *Proyecto de 1936* por haber omitido todos los artículos que regulaban la cuestión de causalidad).

⁶⁸ Ambos redactados bajo el poderoso influjo de POTHIER. El art. 1150 del *Code* dispone: “El deudor no deberá responder más que por los daños e intereses fueron previstos o que pudieron preverse en el momento de la celebración del contrato, cuando no ha sido por su dolo que la obligación no ha sido ejecutada”. Y el art. 1151 a su vez establece que “Aun cuando la inexecución de la convención resulte del dolo del deudor, los daños e intereses no deben comprender con relación a la pérdida sufrida por el acreedor y a la ganancia de la que fue privado más que lo que es una consecuencia inmediata y directa de la inexecución de la convención”.

⁶⁹ Este carácter esencialmente limitante de la regla ha sido bien expuesto por Harvey MCGREGOR: “Imponer a la parte contratante que ha incumplido una responsabilidad por todos los daños que resulten de su incumplimiento ha sido siempre considerado como una regla demasiado dura, y por tanto, no se le imputan los daños que vayan más allá de las pérdidas que ha previsto o ha podido razonablemente prever como resultantes del incumplimiento. No será responsable por daños improbables o impredecibles”. En su *Contract Code*, Milan, Giuffrè Editore, 1993, págs. 118-119.

⁷⁰ PANTALEÓN insiste que la esencia misma de la regla de imputación objetiva es lo que la doctrina alemana califica como “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”; en este caso, la norma

anteproyectista, a la que debe existir en sede extracontractual, en la cual la limitación no rige y debe estarse por el ya mencionado principio de *reparación integral* del daño.

Al respecto, señalaba en la misma línea de pensamiento que DE GÁSPERI ese notable jurista francés que fue CARBONNIER que

*esta limitación de la responsabilidad al daño imprevisible parece vincularse a la noción misma de contrato; la utilidad de que se ve privado el acreedor no entraba en el ámbito de las voluntades contractuales, aparte de que el mismo art. 1150 es a priori extraño a la materia delictiva, lo que, en ocasiones, conduce a la afirmación de que el principio de integridad de la reparación es menos eficaz en la esfera contractual que en la delictual.*⁷¹

A la luz de estas ideas, no debe sorprender que la fórmula de imputación de daños que prevé el *Anteproyecto* en sede contractual sea distinta a la prevista para los ilícitos aquilianos.

Ahora bien, entrando ya a determinar el parámetro elegido por DE GÁSPERI en materia de causalidad en sede contractual, se trata de un sistema híbrido; si bien adoptó los criterios naturalísticos propios de VÉLEZ y el ALR (“inmediatas, mediatas, casuales”), optó al mismo tiempo por acoger una formulación de extraordinario parecido con el *Code* francés, basada en la previsibilidad de las partes al contrato. La conclusión a la que llega nuestro anteproyectista en esta cuestión es, no obstante este sistema híbrido, plenamente acertada.

Según el *Anteproyecto*, en caso de incumplimiento de un contrato, el deudor incumplidor sólo responderá por aquellas consecuencias que sean inmediatamente derivadas del incumplimiento, y no de las mediatas o casuales. Las consecuencias inmediatas, en la ligera –pero relevante– adición que hizo DE GÁSPERI al art. 901 del Código argentino, equivalen a aquellas consecuencias “previsibles”. Ello implica que, en el cuerpo y espíritu del *Anteproyecto*, las consecuencias “previsibles” han sido equiparadas a las “inmediatas y directas”, y éstas expresiones sinónimas limitan la extensión del resarcimiento en sede contractual.⁷² Al referir al patrón de juicio de la “previsibilidad”, el texto del *Anteproyecto* se acerca un tanto al modelo del *Code* francés.

Pero, podría interrumpirse aquí a la exposición objetándose que el art. 502 del *Anteproyecto* se refiere a todos los “hechos y actos jurídicos”, y no solamente al contrato, con lo cual es apresurada esta conclusión que equipara las consecuencias inmediatas con las previsibles.

Una segunda lectura demuestra que ello no es así. En el art. 851 del *Anteproyecto*, DE GÁSPERI vuelve sobre la cuestión, y ahora ya en el ámbito propio de la responsabilidad contractual (no al genérico de los hechos y actos), y da a entender que el resarcimiento por incumplimiento contractual alcanzará sólo los daños que sean “consecuencia inmediata y directa” del incumplimiento, que por reenvío al art. 502, son las consecuencias “previsibles”. En este sentido, el art. 851 del *Anteproyecto* señala que

fundamentadora es “el contrato mismo”. PANTALEÓN, “El sistema...”, Anuario de Derecho Civil, 1990, Madrid, pág. 1026 y ss.

⁷¹ Jean CARBONNIER, *Derecho Civil. El derecho de las obligaciones y la situación contractual*, t. II, vol. II, Edit. Bosch, Barcelona, pág. 560 y ss.

⁷² De todas maneras, conviene recordar las palabras de BUSTAMANTE ALSINA, quien afirma que en la definición del Código argentino (que no tenía la adición degasperiana de “previsibles”) debe entenderse que la “previsibilidad” está implícita. Ver su *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 9na. Edición, Buenos Aires, pág. 272.

El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo en la ejecución de la prestación, comprenderá el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de ello.

Sólo estos daños, nos dice nuestro jurista en la valiosa nota a este artículo, son los

*que el deudor de buena fe ha podido prever al tiempo de celebrar el contrato. Quedan así excluidos de la responsabilidad del deudor el daño indirecto o mediato y el daño ulterior que el acreedor pudo sufrir como consecuencia del incumplimiento.*⁷³

Hasta aquí queda claro entonces que el daño “mediato” queda excluido de la órbita de responsabilidad del deudor, por lo que a tenor del art. 502, sólo queda la categoría del daño “inmediato y directo”, que viene a ser sinónimo en el marco normativo del *Anteproyecto* del “previsible”.⁷⁴

Pero, aún para el caso que esto no sea considerado convincente, DE GÁSPERI vuelve a insistir seguidamente sobre esta cuestión, ahora sí adoptando una regla de imputación claramente entroncada en el sistema del *Code* francés (el propio jurista paraguayo cita como antecedente a la norma el art. 1151 del mismo) que se basa en la previsibilidad del daño al momento de contratar. En efecto, y con mayor precisión, DE GÁSPERI repite la idea en el siguiente artículo del *Anteproyecto*, el 852:

*Los daños e intereses causados por culpa del deudor sólo comprenden los que se refieren a la prestación estipulada que él previó o pudo prever al momento de contraer la obligación o de transgredirla por la ejecución culposa de un hecho.*⁷⁵

La conclusión, entonces, es clara. El deudor sólo deberá responder por los daños y perjuicios que previó o pudo prever al momento de celebrar el contrato (consecuencias *inmediatas* del incumplimiento), con lo cual queda limitada la extensión del resarcimiento a los mismos.

Esto, por supuesto, no debe sorprender, pues responde a la lógica misma de la celebración de un contrato: prever, razonablemente, la conducta prestacional futura de las partes:

La explicación jurídico-económica de que... se limite(n) los daños previstos o previsibles al contratar es fácil de comprender. La decisión de celebrar un contrato –la decisión, por ejemplo, de vender y comprar algo por un determinado precio– descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencias de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales

⁷³ *Anteproyecto*, nota al art. 851. La nota también contiene una muy importante afirmación de que el derecho moderno ha abandonado la vieja distinción daños *extra rem* y daños *circa rem* por las dificultades que ha causado en la práctica; en este sentido, debe señalarse que los daños “inmediatos” no pueden ser equiparados bajo ningún punto de vista a los *circa rem*, como en oportunidades se hace.

⁷⁴ Es importante tener esto en mente, porque importante doctrina italiana como la de DE CUPIS o FORCHIELLI ha equivocadamente confundido a la expresión “consecuencia inmediata y directa” no con lo “previsible” sino con la vieja distinción “*circa rem* y *extra rem*”, lo que lleva a confusiones en buena parte de la dogmática italiana al respecto. Ver nuevamente el erudito recuento de PANTALEÓN PRIETO, “El sistema...”, apéndice, pág. 1087.

⁷⁵ En el *Anteproyecto*, pág. 247.

*conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento.*⁷⁶

La lógica es impecable. Y es que, de haberse contemplado –de haberse previsto– el daño que se pretende imputar, lo razonable hubiera sido (por ejemplo, en una compraventa) que el vendedor variase el precio del producto en función de este daño eventual (exigiendo un precio superior); o que el precio permanezca en el valor original, pero con exoneración al vendedor por los eventuales daños por parte del comprador. Y así sucesivamente.

Por otra parte, no debería existir ningún problema en aceptar la sugerencia de ALTERINI –quien, dicho sea de paso, hace un encomio y cita expresamente a DE GÁSPERI en este punto– de que ello incluya no sólo lo expresamente contenido en el contrato, sino lo que según la pauta de la *buena fe* pueda considerarse comprendido en la convención de las partes.⁷⁷

En suma: DE GÁSPERI sostiene que en el incumplimiento *culposo* de un contrato, sólo se responderán por las consecuencias inmediatas y directas del incumplimiento –las que han podido preverse, en suma– y no por el resto. Se fija, así, un importante baremo o criterio de imputación de daños para limitar y establecer la extensión y quantum indemnizatorio. Esta regla, además, no es aplicable en sede extracontractual, en donde debe respetarse el principio de “reparación integral”.

A pesar de todo esto, el sistema ideado por DE GÁSPERI amerita una censura, y una bastante fuerte por cierto. Siguiendo al parecer a BIBILONI (y tras él, al derecho alemán), el jurista paraguayo incorpora una innecesaria adición al artículo 852 del *Anteproyecto*, al incluir las consecuencias previsibles no sólo al celebrar la convención, sino también al tiempo de “transgredirla”. El agregado no es sensato, pues pone de cabeza lo que se ha dicho hasta aquí para justificar la regla. Si el daño es puesto en cabeza del deudor *con posterioridad* al contrato, el mismo debería de haber podido exigir algún tipo de contraprestación para contrarrestar esta situación. Se trata de un desacierto. Los daños imputables al deudor deberían ser los previstos al momento de contratar, debido a que el fundamento de la responsabilidad, como el propio DE GÁSPERI entendió perfectamente, radica en *la convención privada misma*, y no en otro lugar.

Para utilizar la terminología de la imputación objetiva: la norma fundamentadora de responsabilidad es *el contrato mismo*.⁷⁸

Por último, y yendo un poco más allá, queda la situación del deudor doloso, una cuestión no exenta de polémica. Cuando el incumplimiento del deudor es *doloso*, el *Anteproyecto* prescribe que

*Los daños e intereses... comprenderán los sufridos por el acreedor en sus otros bienes si el daño fuere consecuencia necesaria del incumplimiento comprendida dentro del nexo causal, aunque el deudor no la hubiera previsto.*⁷⁹

⁷⁶ PANTALEÓN, con cita decisiva a la gran obra de E. RABEL sobre la compraventa, *Das Recht des Warenkaufs*, en “El sistema...”, pág. 1027 y ss.

⁷⁷ ALTERINI, *Responsabilidad Civil*, 2da. Edición, Buenos Aires, 1987, págs. 266-67 y la nota 428 con la específica referencia a DE GÁSPERI y el *Anteproyecto*.

⁷⁸ Ver PANTALEÓN, “El sistema...”, pág. 1028 y ss. (con cita a *The Common Law* de O. W. HOLMES, Jr.)

⁷⁹ Art. 852, seg. párrafo, *Anteproyecto*.

Aquí, al hablar de daños sufridos “en sus otros bienes” DE GÁSPERI parece volver a introducir confusamente la clasificación de daños *circa rem* y *extra rem*, que en otro lugar había correctamente desechado. Haciendo caso omiso de esto, lo relevante en este punto, a mi modo de ver, es el *in fine* del artículo, que vuelve a referirse al problema en términos de la previsibilidad o no. La regla es la agravación de la responsabilidad del deudor doloso, y la extensión de los daños a los no previstos; la limitación de los casos de culpa a los daños “previsibles” no juega en los casos de dolo.

En la lógica del *Anteproyecto*, en el caso del incumplimiento doloso el deudor tendrá a su cargo la respuesta de no sólo las consecuencias directas e inmediatas –las que pudo haber previsto al cerrar el contrato– sino también las mediatas o indirectas, “aunque el deudor no la hubiera previsto”, siempre y cuando la consecuencia estuviere comprendida “dentro del nexo causal”. Estas palabras permiten reconducir la normativa degasperiana a lo que la mejor doctrina ha entendido debe ser la responsabilidad de un deudor doloso: el mismo deberá indemnizar los daños que cabría imputar a su conducta, de no haber mediado un contrato entre él y el acreedor dañado – vale decir, debe aplicarse la regla común de la responsabilidad extracontractual dolosa.⁸⁰

Quid de la mitigación del daño en el Anteproyecto

Una última norma que debe ser recordada a la hora de analizar la causalidad jurídica – y que tiene no poca importancia en la práctica– es la parte final del art. 854 del *Anteproyecto*. En la misma, DE GÁSPERI innovadoramente incluía la regla o deber de “mitigar los daños”, originaria del *common law*, pero hoy día aceptada ya en la mayoría de los países de derecho continental.⁸¹

Así, el *in fine* del artículo citado –con fuente en el Código italiano y el Proyecto ítalo-francés de las obligaciones y el contrato– claramente recoge esta idea, al señalar que “*El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria*”.

Al respecto, dice el jurista paraguayo que

*si el daño de que se trata fuese tal que el acreedor pudo evitarlo si hubiera observado la diligencia ordinaria, en el cumplimiento de la obligación a su cargo.... no se deberá resarcimiento alguno.*⁸²

Como ha explicado la Prof. VISINTINI, en el derecho italiano –fuente, repito, de esta norma– se liga estrictamente este deber a la previsión del art. 1223, que recoge justamente el ya mencionado criterio de imputación de las consecuencias directas e inmediatas. La idea es limitar los daños posibles y, por ello, si el acreedor puede diligentemente aminorar la carga del deudor, *debe* hacerlo. En suma, se “delimitan las consecuencias dañosas resarcibles de una misma secuencia causal” con este deber de mitigación o evitación de los daños.⁸³

⁸⁰ PANTALEÓN PRIETO, en “El sistema ...”, págs. 1090 y 1091.

⁸¹ La regla es recogida, por ejemplo, por los Principios UNIDROIT, y también por los *Principios Europeos de Derecho Contractual* de Olè LANDO y Hugh BEALE; para este último, ver el art. 9:505, y las notas detalladas sobre los distintos países civilistas –como Alemania, Italia, Austria, Portugal o España– en los cuales de alguna u otra forma se llega al mismo resultado práctico (Olè LANDO y Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 443-445).

⁸² *Anteproyecto*, pág. 248.

⁸³ VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1999, tomo 2, pág. 267. Asimismo, en el mismo lugar agrega que “el criterio que limita el resarcimiento del daño evitable puede encontrar apoyo en el

Comentando la aplicación de esta idea en el *common law*, sistema del cual como ya se adelantó es originaria la misma, el Prof. MCKENDRICK ha señalado que existen dos vertientes de la regla.

(i) Por un lado, que el acreedor debe tomar las medidas “razonables” para minimizar sus pérdidas. Ello no implica tomar “todos” los pasos posibles, sino los razonables; por ejemplo, si un vendedor no entrega las mercaderías vendidas, el comprador debe en principio buscarlas en el mercado y adquirir las mercaderías sustitutas. Pero, por ejemplo, no debe tomar todas las medidas que podrían involucrarlo en un litigio complejo (*Pilkington v. Wood* [1953] Ch 770) o que podrían poner su reputación comercial en riesgo (*James Finlay & Co Ltd v. Kwik Hoo Tong* [1929] 1 KB 400). Todo esto va en plena consonancia, a mi modo de ver, con la utilización por el legislador italiano del término “diligencia ordinaria”.

(ii) Por el otro lado, la regla establece que además de tomar las medidas razonables para minimizar sus pérdidas, no debe incurrir en gastos irrazonables luego del incumplimiento de un contrato, como lo estableció el *Court of Appeal* en un fallo de 1932 (*Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltd* AC 452).

En suma, la inclusión de la regla expresamente por parte del *Anteproyecto* constituye sin dudas un notable acierto y adelanto, y su omisión en el Código actual deberá ser subsanada por esfuerzos hermenéuticos de consideración y la aplicación de otros principios, como la buena fe, el ejercicio no abusivo de los derechos, etc.

Causalidad en el Anteproyecto en materia extracontractual: Regulación de la cuestión según el modelo de las consecuencias “inmediatas”, “mediatas” y “casuales”

Ya se ha apuntado que, coherentemente con la división fuerte de su sistema de responsabilidad civil en dos continentes -uno contractual y otro aquiliano, cada uno con sus reglas propias-, DE GÁSPERI acordó que las consecuencias de los daños en cuestión serían diferentes según se trate de uno u otro supuesto. Así, el *quantum* indemnizatorio sería establecido en forma distinta ya sea que se trate de un incumplimiento contractual, en donde los daños se reducirán a lo previsto o previsibles por las partes al momento de cerrar el contrato, y un hecho ilícito, en cuyo caso la reparación debería ser “integral”.

Ahora bien: ¿cómo configurar la “reparación integral”? Se trata, resulta evidente, de una idea de difícil aprehensión, dados sus imprecisos y borrosos límites. Por otra parte, parecería ser imposible de cumplir en la práctica, ya que llevaría, mal entendida, a reparar todo daño hasta su más mínima consecuencia. De ahí que la idea funcione, en palabras del Prof. LÓPEZ CABANA, como una suerte de “aspiración de máxima”⁸⁴, que debe inspirar a los jueces en su quehacer, pero que necesita, urgentemente, de ciertos parámetros elementales so pena de tender hacia la irracionalidad. Estos parámetros, justamente, son los de causalidad

análisis económico del derecho, como sugiere el estudio comparado de la experiencia de la *Common Law*, porque poner a cargo del causante-deudor el costo de la consecuencia dañosa que habría podido ser evitada por el acreedor-damnificado, configura una solución antieconómica, en contraste con los principios de racionalidad económica que sugieren valorar comparativamente los intereses en conflicto, y colocar correctamente los recursos y los costos de los daños”.

⁸⁴ LÓPEZ CABANA, “Limitaciones a la íntegra reparación del daño” en ALTERINI – LÓPEZ CABANA, *Temas de Responsabilidad Civil*, Edit. Ciudad Argentina, 1995, Buenos Aires, pág. 134.

jurídica o imputación objetiva, que permiten determinar si el daño será puesto a cargo del sujeto, y con qué extensión.

En materia de causalidad, los códigos civiles pueden seguir dos caminos: (i) el primero es omitir toda mención al problema, dejando la tarea de concreción de los parámetros en manos de la jurisprudencia; tal, el caso notorio del sistema francés; (ii) el segundo es incluir algunas ideas o directrices básicas en el texto normativo, de forma tal a guiar en lo esencial la tarea del juzgador.⁸⁵ Como ya he recordado más arriba, DE GÁSPERI optó firmemente por seguir este segundo camino, recurriendo al efecto a la detallada normativa que recogió de VÉLEZ SARFIELD –y tras él, el ALR prusiano– y que seguía el criterio de tinte naturalístico de distinción entre las consecuencias “inmediatas”, las “mediatas” y las “casuales”, como criterio general de imputación objetiva de los daños.

En este sentido, y para refrescar la memoria, en la parte referida a los *hechos y actos jurídicos* en general, el art. 502 del *Anteproyecto* definía con bastante precisión a cada tipo de consecuencia:

Las consecuencias previsibles de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales.

Esta regla general, a su vez, tiene una previsión particular en materia de responsabilidad extracontractual, en un artículo que es creación propia de DE GÁSPERI y que no está exento de sus complicaciones y dificultades, como se verá seguidamente.

Lo mediato previsible como límite de la responsabilidad aquiliana culposa: el complicado diseño del art. 2469 del Anteproyecto

Así, la solución a la causalidad jurídica en sede aquiliana para los ilícitos civiles *culposos* está contenida en el art. 2469 del *Anteproyecto*, concebido como se ha dicho exclusivamente para los supuestos de responsabilidad por hechos ilícitos:

El obligado a indemnizar el daño que le sea imputable resarcirá todas sus consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, esto es, normales según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no las casuales, salvo que éstas deriven de delito y debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho.

Las implicancias teóricas y prácticas que pueden extraerse de este artículo son ciertamente importantes.

En primer lugar, en el mismo se centra la tantas veces mencionada distinción entre la responsabilidad contractual y la aquiliana, como explica en parte de su larga apostilla DE GÁSPERI:

La doctrina civil francesa, consagra el principio de la reparación integral del daño, sin admitir, respecto de los actos ilícitos, la distinción del art. 1150 del mismo Código, relativa a las consecuencias del incumplimiento de los contratos, entre daños y perjuicios previstos o previsibles, cuando sólo se trata de culpa no intencional, y los daños y perjuicios previstos o previsibles, cuando sólo se trata de culpa no intencional, y los daños y perjuicios debidos por el daño intencional, caso en el cual el agente responde de los daños casuales o imprevisibles. Explicando esta regla exclusiva de los contratos,

⁸⁵ Al respecto, informativo BREBBIA, *Hechos...*, pág. 150 y ss.

*enseñan H. y León MAZEAUD que obligándose voluntariamente los contratantes han podido prever en ese momento la extensión de sus obligaciones en caso de que ellos no las cumplan, de donde viene que sea justo que no respondan de la culpa no intencional. Otra es, empero, la cuestión en materia delictiva... la culpa delictiva obliga al deudor a la reparación integral del perjuicio...*⁸⁶

Queda claro que mientras que en sede contractual el criterio es el de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, en lo extracontractual prevalece el principio de la “reparación integral” del ilícito. Ahora bien, en el andamiaje normativo del *Anteproyecto*, esto último incluye no sólo las consecuencias inmediatas, sino también las mediatas previsibles, con lo cual el alcance de la regla imputativa de daños queda en principio extendida con relación a lo establecido en la parte contractual. Es esta idea de la reparación integral, como el propio anteproyectista se encarga de reportar, la que efectivamente lo motiva a redactar este original y peculiar art. 2469:

*la reparación integral del daño causado por los hechos ilícitos consagrada por la jurisprudencia francesa, y consistente en la obligación de indemnizar en igual medida las consecuencias inmediatas, mediatas y las casuales o imprevisibles, incluidas en la cadena de causalidad, ya se trate de delitos civiles o cuasidelitos ofrece analogías con la reparación impuesta por el Landrecht prusiano en idénticos casos.*⁸⁷

Todo bien. Pero en este punto no puede obviarse la embarazosa dificultad que introduce aquí el *Anteproyecto*, pues en este art. 2469 –el único de todos que llegó finalmente a nuestro Código actual, de ahí su fundamental importancia– DE GÁSPERI decidió hacer una suerte de síntesis fresca de otras normas, síntesis que ofrece al intérprete no pocas dificultades a la hora de darle una inteligibilidad mínima al sistema.

En efecto, como el lector atento habrá podido notar, en este artículo relacionado a la responsabilidad extracontractual, DE GÁSPERI señala que se resarcirán en los ilícitos culposos las consecuencias inmediatas, pero también las consecuencias mediatas, agregando a estas últimas la palabra “previsibles” –término que había reservado antes a las inmediatas–, y asimismo, la frase “según el curso natural y ordinario de las cosas” –terminología que también había reservado antes exclusivamente a las consecuencias inmediatas. Por tanto, parecería ser que a la luz de estas reiteraciones se hace difícil, o directamente imposible, distinguir entre las consecuencias inmediatas y las mediatas en el *Anteproyecto*; a ambas se las identifica por ser “previsibles” y por seguir “el curso ordinario y natural de las cosas”.

Y esto, a su vez, propone más de una interrogante: ¿es lo inmediato lo que surge del “curso natural y ordinario de las cosas” o también lo mediato? ¿Y lo previsible es lo mediato o lo inmediato? ¿Puede distinguirse, entonces y bajo estos postulados, lo inmediato de lo meramente mediato? Y así sucesivamente. Las implicancias de estas dificultades no son menores, pues van al corazón mismo del argumento de DE GÁSPERI. De no ser posible distinguir entre las distintas consecuencias de los hechos luego de la mezcla que realiza el art. 2469, se seguiría que en realidad no hay diferencia entre la extensión del resarcimiento en sede contractual y la extracontractual, muy a pesar de todo lo que el anteproyectista patrio pudiera haber dicho. Habría una contradicción interna insoluble en el sistema del *Anteproyecto*.

⁸⁶ *Anteproyecto*, pág. 769.

⁸⁷ Idem. anterior. Seguidamente DE GÁSPERI cita la obra de E. LEHR, *Traité Élémentaire de Droit Civil Germanique*, t. II, que vendría a ser así la inspiración directa del actual artículo 1856 del Código Civil.

La dificultad que supone este original artículo de DE GÁSPERI en el marco del *Anteproyecto* queda, entonces, de manifiesto.

No se trata, sin embargo, de una dificultad o contradicción insoluble.

En primer lugar, porque como ya se vio más arriba, DE GÁSPERI repetidamente insiste en que la responsabilidad del deudor en un contrato debe quedar limitada a lo inmediato, término que entiende (al menos en el contexto contractual) como sinónimo de “lo previsto o previsible” por las partes al momento de celebrar un contrato. Es decir, las normas de los arts. 851 y 852 pueden ser utilizadas para circunscribir la responsabilidad del deudor al ámbito de los daños previstos o previsibles al momento de cerrar la convención.

En segundo lugar, y en forma todavía más relevante, el propio DE GÁSPERI se encarga de apuntar en la apostilla a este art. 2469 la solución al problema: la cuestión se debe juzgar,

*no en atención al grado de la culpa en concreto del agente, como cuadra tratándose de la responsabilidad contractual, sino en atención a lo que era conocible por el agente, como ejemplar del hombre medio, del hombre diligente, considerado en abstracto.*⁸⁸

De ahí que trasegara al art. 505 de su *Anteproyecto* el art. 904 del Código argentino:

Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

De esta forma, el juicio en sede contractual se realiza en concreto, a tenor de lo establecido en los arts. 851 y 852, mientras que el juicio de la previsibilidad en sede extracontractual utiliza el parámetro abstracto del “hombre medio, diligente”. La misma idea, la “previsibilidad”, rige en ambos sectores; como diría ALTERINI, la previsibilidad efectivamente es el “eje diamantino de la imputación del deber de reparar”.⁸⁹ La diferencia estriba en que en la órbita contractual la misma debe medirse desde el punto de vista de los contratantes (en concreto), mientras que en sede aquiliana se deberá hacerlo desde un parámetro abstracto, el de una persona razonable, diligente, ubicada en ese sector del tráfico jurídico.⁹⁰

Sólo con esta interpretación –que la previsibilidad en esta cuestión se ciñe a lo abstracto– puede entenderse porqué DE GÁSPERI afirma en la nota a este artículo que ha receptado expresamente la “teoría de la causalidad adecuada” o “adecuación” como criterio general “oficial” de imputación de daños en sede extracontractual en el *Anteproyecto*. Ello, pues según esta teoría de la adecuación

*no cabrá imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta causante el mismo, cuando su acaecimiento habría sido juzgado imprevisible, cuando su producción se habría descartado como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado (“la persona razonable”) que, contando además, si tal es el caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión ex ante, al tiempo de realizarse la conducta que desembocó en el resultado dañoso de cuya imputación se trata.*⁹¹

⁸⁸ Idem. anterior.

⁸⁹ ALTERINI, *Responsabilidad civil...*, pág. 324.

⁹⁰ Esta es, dicho sea de paso, la interpretación mayoritaria de la doctrina argentina; entre otros autores, de ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, COMPAGNUCCI DE CASO y BUERES; ver por todos TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...*, t. I, pág. 592 (y jurisprudencia ahí citada).

⁹¹ PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad...”, n. __, pág. 1031.

En síntesis, la única forma de devolverle la racionalidad al sistema elucubrado por DE GÁSPERI en su *Anteproyecto* sería la siguiente: el deudor contractual responde por las consecuencias inmediatas/previsibles, juzgadas desde una óptica concreta; mientras que el causante del ilícito por las inmediatas y mediatas previsibles, ahora juzgadas desde un parámetro abstracto, dentro del marco general de la teoría de la causalidad adecuada o adecuación.

Sobre la peculiar norma babiloniana de causalidad que permite “moderar” o “dispensar” la indemnización

En el entramado normativo del *Anteproyecto* puede encontrarse, además de las ya mencionadas reglas clásicas de causalidad sobre las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales, una norma bastante peculiar sobre la causalidad jurídica. Debe tenerse especial cuidado sobre esta norma, particularmente si se considera que puede pasar fácilmente desapercibida en una lectura rápida del texto; de hecho, DE GÁSPERI la incluyó en un lugar distinto al que reguló a la causalidad en su proyectado *corpus iuris*.

Pero, además de su ubicación fuera de lugar, el estudio detenido de esta norma desde la perspectiva arqueológica es de radical importancia por otras razones. No sólo porque la misma encontró el camino hasta llegar finalmente a nuestro Código actual, sino por una razón todavía más importante: mal interpretada, o interpretada fuera de su contexto genético, el precepto puede causar estragos en un sistema racional de responsabilidad civil.

Pues bien, en un artículo referido en realidad a la forma de reparación del daño, y no a la extensión del resarcimiento –lo que es un error bastante grosero de técnica legislativa– el *Anteproyecto* incorporó una norma que DE GÁSPERI extrajo de BIBILONI, en un préstamo que, como se verá, resulta prescindible.

Así, el jurista paraguayo agregó al art. 2470 del *Anteproyecto* el siguiente párrafo:

El juez podrá moderar la indemnización y hasta dispensar de ella, si hubiese evidente desproporción entre la acción ejecutada con intención, o por culpa, y el daño efectivamente sufrido.

Leída ligeramente, esta disposición puede causar –y con razón– alarma a más de un operador jurídico: no hay que hacer demasiados esfuerzos para intuir que en manos de un litigante (tr)avieso, la misma puede llegar a convertirse en una perniciosa herramienta para “moderar” o “dispensar” una genuina y legítima obligación de reparar los daños que se han causado injustamente.

Sin embargo, esta norma no debe ser leída (¡nunca!) en forma laxa, y menos, fuera de su contexto; aquí la utilidad del análisis arqueológico es fundamental para guiar al juez y al abogado en la interpretación y aplicación de esta delicada norma.

Los estratos normativos así excavados nos dirán que esta norma debe ser interpretada tal cual fue concebida por su artífice, BIBILONI, quién había incorporado este artículo a sus *Reformas* como una morigeración del sistema de imputación objetiva (o causalidad jurídica) del Código de VÉLEZ. Es que, a los ojos de BIBILONI el sistema veleziano tenía una estructura excesivamente dura, de una dureza para con el responsable que era incluso mayor a la del

original del ALR prusiano, como declama en algunas de sus más encendidas y apasionadas páginas:

El sistema de nuestro Código es... aún más duro y persecutorio que el prusiano. Haya designio o haya culpa, se responde por todo daño, previsto o imprevisto, y sin límite. Hasta el fin de la cadena. Hasta que el Juez se canse de buscar anillos para forjarla... (el sistema) es una persecución y una venganza...⁹²

Más allá del hecho que la doctrina argentina posterior ha apuntado que BIBILONI malinterpretó el régimen veleziano -lo que hace todavía más prescindible a la regla que incorporó- no es menos cierto que la incluyó en sus *Reformas*, y que de ahí pasó al *Anteproyecto*, por lo que cabe hacerla inteligible.

Como la cita antecedente deja en claro, la idea tras el artículo era paliar lo que en su interpretación permitía una responsabilidad casi *ad infinitum* del causante del daño: para limitar “la cadena de las consecuencias” resarcibles. De ahí que el jurista argentino hubiera sugerido derogar el art. 1069 del Código argentino, y establecer en su lugar que la responsabilidad en los casos de delitos (es decir, ilícitos dolosos) se extenderían a las consecuencias mediatas – pero esto último matizado según la facultad de “moderar” o “dispensar” la responsabilidad que preveía su nueva norma proyectada.

Para que se entienda todavía mejor la lógica de la regla, conviene recordar el famoso caso alemán que BIBILONI recoge de ENNECCERUS y DERNBURG, y que es la motivación directa del artículo. En ese caso, que ya he utilizado aquí, un sujeto, al aplicar un ligero cachetazo a otro, le había causado su muerte, ya que la víctima tenía antecedentes particulares de salud ajenos al cachetazo que habían causado su deceso:

Una persona dio un ligero golpe en la mejilla a otra que padecía una lesión no visible y murió por consecuencia del golpe. El Supremo Tribunal del Imperio Alemán, condenó al autor a la indemnización del daño causado por la muerte, y como no hay diferencia entre la culpa y el delito deliberado, esa indemnización comprendía todo lo que hubiera reclamado un asesinato alevoso. PAULO diría que una regla que lleva a tales soluciones, ¡es inicua!⁹³

Este caso, y otros similares –como el del sastre que entregó tardíamente un abrigo de pieles y luego su cliente al retrasar su tren y tomar otro fue víctima de un desastre ferroviario; o el del incendiario que quema una cosecha que no sólo afecta ese año al labrador sino que lo lleva a la quiebra, y además, obligó a sus hijos a dejar la Universidad y tener que trabajar; o el del que con causa una pequeña herida y luego el herido trasladado al hospital se ve contaminado de cólera y muere– llevaron a BIBILONI a buscar una regla de “imputación objetiva”, de limitación de la extensión del resarcimiento, que sea más razonable y justa, especialmente, porque él entendía que el sistema de VÉLEZ no establecía un principio de limitación. La idea era que esta norma permita al juez a limitar las consecuencias, para que no se cargue en demasía al causante por un acto quizás fortuito – demasiado remoto, o que no tenía un nexo causal adecuado, como se diría en la jerga tradicional.

De esta forma, el artículo en cuestión debe entenderse en su doble faz genética: primero, como una norma morigeradora de responsabilidad en un sistema exageradamente

⁹² Y concluye, “¡Aún a los delincuentes, si se les impone castigo, se les debe justicia!”; ver sus *Reformas*, Edit. Kraft, Buenos Aires, págs. 495-96; 498.

⁹³ Idem. anterior, pág. 490; la referencia al pretor PAULO es al fragmento del *Digesto* (L. 43, 19, 1 D) en el cual éste decía que era inicuo imponer todas las consecuencias de los hechos a un sujeto.

iniciuo (la interpretación de BIBILONI del sistema veleziano); segundo, como una norma que contiene una evidente facultad *excepcional* del juez —o sino no hubiese utilizado, e insistido, en el término “evidente desproporción”— que no puede ser utilizada con ligereza.

Ahora bien: ¿es útil esta regla en un sistema que tenga sus propias reglas de causalidad que no fueran manifiestamente inicuas? Parecería ser que no. Las preocupaciones de BIBILONI, que son legítimas, por supuesto, desaparecen en el *Anteproyecto*, ya que su sistema de reglas de causalidad jurídica era lo suficientemente sensato y razonable para espantar a los fantasmas del alemán que había dado una cachetada.

A pesar de ello, y por estar quizás no plenamente consciente de este hecho (o por simple “recargo de trabajo”, como se dice coloquialmente), DE GÁSPERI incluyó la regla. Lo único razonable, entonces, es leer la misma con el resto de las reglas de imputación objetiva del *Anteproyecto*.

Esto nos lleva a dos posibles interpretaciones:

- (i) que la regla peculiar es prescindible, dado el análisis arqueológico de fuentes recién realizado; o,
- (ii) como una posibilidad de incorporar otros criterios de imputación objetiva; los ejemplos que el propio BIBILONI recuenta incluyen supuestos de “riesgo general de la vida”, o “adecuación” o incluso “prohibición de regreso”. De hecho, la redacción del artículo va en plena consonancia con la idea de la imputación objetiva, una herramienta para limitar los daños resarcibles en determinados supuestos (moderar o dispensar la indemnización), por lo que bien podría argumentarse que esta segunda posibilidad interpretativa abriría firmemente el camino a los criterios de imputación objetiva.

La causalidad en el Código Civil vigente en materia contractual: Defectuosa técnica del Código en la materia

Ya hemos visto que el *Anteproyecto* había acogido la idea de la “previsibilidad” como eje de la responsabilidad contractual: se responderían por los daños previstos o previsibles al cierre del contrato. Esto responde al criterio del fin de la norma fundamentadora de la responsabilidad: el contrato mismo.

Para sentar este criterio, DE GÁSPERI siguió un doble camino. El primero había sido el tradicional del ALR prusiano, poniendo a cargo del deudor las consecuencias inmediatas del incumplimiento, dejando sentado que entendía por “inmediatas” un concepto sinónimo a “previsibles”. Luego, el jurista paraguayo insistió sobre el tema e incluyó una norma similar a la clásica regla pothieriana del *Code*, explicitando en su art. 852 la noción de que sólo se deben poner a cargo del deudor las consecuencias previstas/previsibles de su incumplimiento. En ambos supuestos la idea del *Anteproyecto* era bastante clara.

Nuestro Código, sin embargo, apenas siguió las ideas del *Anteproyecto* en esta cuestión; y en tanto lo hizo, las siguió luego de una injustificada y a todas luces innecesaria mutilación legislativa. Esto complica (y bastante) el análisis y la reconducción al texto actual de la solución razonable contenida en el esbozo previo.

¿Qué es lo que sucedió?

Pues bien, la regulación detallada y paciente que DE GÁSPERI había llevado adelante con respecto a la causalidad jurídica y la extensión del resarcimiento había incluido la decisión de definir precisamente los distintos tipos de “consecuencias” de un acto: las “inmediatas”, las “mediatas” y las “casuales”. Asimismo, el anteproyectista había sido hasta reiterativo y redundante en la materia contractual, pues contempló más de una norma que indicara que quien incumplía un contrato debía responder solo por las consecuencias “inmediatas”, equiparables a las que “el deudor previó o debió de haber previsto al momento de celebrar el contrato”.

Sin embargo, y dado su exagerado (y hasta cierto punto equivocado) prejuicio en contra de las definiciones legislativas⁹⁴, el Código vigente decidió omitir los artículos que definían y distinguían entre las consecuencias inmediatas, mediatas y las casuales. Es decir, obvió el recurso a la definición justamente en una de las cuestiones en las cuales resulta más urgente la conceptualización legislativa, ya que los términos “inmediato, mediato y casual” tienen una ambigüedad y vaguedad (para peor, en el campo minado de la causalidad) tal de que es imposible comprender su sentido sin un indicativo mínimo de su denotación. No es una cuestión menor, por supuesto. Se trata de determinar *cuándo y hasta dónde responderán los sujetos de derecho*. El Código actual, no obstante sigue utilizando como si nada hubiera pasado la terminología de consecuencias inmediatas, mediatas y casuales, en ningún lugar da una idea de qué ha de entenderse por tales palabras – dejando al intérprete librado a su suerte en un vacío total.

Vale insistir: en nuestro Código actual, en materia de causalidad las cosas han quedado “en el aire”, ya que se distingue normativamente entre las consecuencias mediatas, inmediatas, etc. *pero nunca se define explícitamente qué significan cada una de ellas*. Esta es una omisión sensible, y como ya dije, absolutamente injustificada.

Por si esto no fuera ya demasiado, el Código también omitió incluir los correctos y detallados artículos del *Anteproyecto* que imponían al deudor contractual las consecuencias inmediatas y previsibles de su incumplimiento como límite de su responsabilidad creditoria – específicamente, los arts. 851 y 852 que había proyectado DE GÁSPERI. Esto es grave y

⁹⁴ Es célebre la cita de VÉLEZ en el sentido que las definiciones no pertenecen a los Códigos sino a las obras doctrinarias, y también es conocido el hecho que él propio jurista argentino se encargó de refutar su afirmación, pues su Código está lleno de definiciones (algunas útiles y otras no). Las reiteradas críticas de la doctrina argentina a esta decisión de VÉLEZ hizo que el espíritu contrario a la definición prime en nuestro Código, que tiene muchas menos definiciones que su antecesor (si bien no es “*definition-free*”); y ello, adrede, tal cual lo explicó el Prof. Raúl SAPENA PASTOR en la defensa del Proyecto en el Senado: “la ley es un precepto imperativo general, que manda o prohíbe, y es hecha para ser obedecida. La definición enseña, y es formulada para ser aprendida o para ayudar a comprender el resto de la ley. Un Código no es una obra didáctica, no es un texto de enseñanza, sino una regulación jurídica para la sociedad en una materia determinada. Por eso hay Códigos que no traen definiciones”, en Raúl SAPENA PASTOR, *Fuentes Próximas del Código Civil*, Edit. El Foro, Asunción, Paraguay, 1986, pág. 13. A mí me parece obvio que la ley no debe dedicarse a definir, pero todavía más obvio me resulta el hecho que existen casos en que las definiciones legislativas no sólo son útiles, sino incluso necesarias, como es el claro caso de marras. En suma: el prejuicio anti-definicional es, *in extremis*, totalmente injustificado, y a lo único que obliga en este caso particular es a recurrir a maniobras interpretativas y a las fuentes inmediatas y mediatas para dotarle de algún sentido al texto (todo esto, a su vez, obliga a recordar las sabias palabras del Prof. Juan José SOLER, cuando recomendaba no adoptar en esta cuestión una “posición extrema” y rechazar de plano por ello a toda definición en un cuerpo normativo. Ver SOLER, *Un Palique en la Comisión Nacional de Codificación*, El Arte, Asunción, 1962, pág. 155).

constituye un verdadero agujero negro normativo de nuestro actual *corpus civilis*. Afortunadamente, y como se verá seguidamente, el propio Código provee -aunque en forma claramente no intencionada-, en otro lugar una fórmula para llegar a la conclusión sensata en esta cuestión.

Una posible salida al impasse interpretativo: la ayuda de la arqueología jurídica y del art. 425 del Código

¿Qué debe hacer el intérprete ante estos problemas que plantea la deficiente regulación del Código actual?

Sin dudas, la arqueología jurídica se convierte en este punto no en un lujo, sino en verdadero imperativo categórico: no hay otra forma de entender lo que el legislador paraguayo está queriendo decir con estas normas sin recurrir a las fuentes y antecedentes históricos. Sencillamente, no se pueden comprender los artículos correspondientes del Código Civil sin recurrir aquí al *Anteproyecto* (y a las demás fuentes mediatas, como VÉLEZ e incluso el ALR prusiano).

En principio, el único artículo del Código actual que recogió las normas proyectadas sobre esta cuestión por DE GÁSPERI es el art. 1856; justamente el más criticable de todos, pues estamos ante la norma original del art. 2469 del *Anteproyecto*, que ya nos había causado más de un problema interpretativo. Más allá de estas complejidades, conviene recordar que este art. 2469 (el art. 1856 actual) había sido concebido por el anteproyectista exclusivamente para los actos ilícitos extracontractuales: se resarcen las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, pero no las casuales.

No se copiaron, como ya se dijo, los demás artículos –ni los que definían a cada tipo de consecuencia, ni los que establecían distintas soluciones para el caso contractual- por lo que este art. 1856 parecería ser, a primera vista, el único artículo aplicable a la causalidad jurídica que llegó del *Anteproyecto* hasta el Código de 1987.

De ser así, estaríamos en problemas. Ello, por la sencilla razón que este artículo fue previsto por DE GÁSPERI exclusivamente para el ilícito aquiliano, por lo que recoge el principio de “reparación integral”, ajeno al ámbito puramente contractual. Por tanto, de aplicarse este artículo en forma indiscriminada al incumplimiento contractual, se estaría extendiendo el resarcimiento a las consecuencias meramente *mediatas* en un contrato (juzgadas desde la óptica abstracta), lo cual va en contra de todo el espíritu y racionalidad del sistema contractual.

Se entiende quizás ahora mejor entonces el porqué de la perorata previa sobre el agujero negro: la omisión del Código crea un problema de considerable magnitud, con facetas del tipo teórico -¿cómo comprender la estructura del sistema de responsabilidad contractual en estas condiciones?- y práctico -¿contratantes demandados para responder por daños que van mucho más allá de lo que han podido prever?- respecto de los cuales sólo queda la ardua tarea de reconstrucción racional por parte del operador jurídico.

Y aquí, en ayuda de esta tarea, el Código actual ofrece una solución posible, si bien se da en forma no intencionada – sin querer queriendo, como diría un genio latinoamericano.

En efecto, la solución al problema viene por la inclusión en el Código de un artículo trasegado de la Reforma BORDA de 1968 -ajena al *Anteproyecto*, y con sus propias complejidades por cierto-, que permite al hermeneuta a dotarle de sentido teórico y práctico al sistema actual de responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato.

La norma a la cual me estoy refiriendo se encuentra bien alejada del art. 1856, y más cerca de lo relativo a los efectos de las obligaciones convencionales. Se trata del art. 425 del Código Civil, el cual estatuye que:

Cuando la inejecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

El precepto plantea un problema interpretativo, a la vez que ayuda a resolver colateralmente otro.

El problema interpretativo radica en la utilización de la palabra “maliciosa”. Esta, a diferencia, por ejemplo, de “dolosa” o “culposa”, carece de un *pedigrí* técnico en el *ars juris*, y su inclusión al cuerpo del Código argentino por BORDA ha generado una importante controversia en la civilística de ese país luego de su adopción. La discusión principal gira alrededor de si el término “maliciosa” debe o no ser considerada como equivalente a “dolosa”; si se trata de dos palabras con significados distintos, la cuestión se complica más pues habrían tres categorías de causalidad: las culposas, las dolosas y las maliciosas. Lo paradójico del caso es que ha terminado siendo mayoritaria la opinión contraria a la del propio redactor del texto: para BORDA, se tratan de dos conceptos distinguibles, pero para la opinión generalizada de la doctrina argentina, no corresponde distinguir entre maliciosa y dolosa. Sin entrar al fondo de esta discusión⁹⁵, me plegaré a quienes señalan que “malicia” y “dolo” aquí deben ser interpretados como sinónimos; no sólo porque autorizada doctrina paraguaya así lo entiende⁹⁶, o porque me parece indefendible la distinción desde los viejos cánones savignianos (es decir, desde el punto de vista gramatical, histórico y teleológico), sino porque esta interpretación es la única que permite traer algo de racionalidad al sistema de responsabilidad contractual de nuestro Código, herido como está por la preterición normativa ya mencionada.

En efecto: si el incumplimiento es doloso/malicioso, el deudor responderá según el texto art. 425 “también” por las consecuencias mediatas (y, *a fortiori*, por las inmediatas). A *contrario sensu*, si el incumplimiento es sólo culposo, el deudor no responderá por las consecuencias mediatas, sino sólo por las inmediatas.

A esta conclusión también ha arribado la autorizada doctrina del Prof. SILVA ALONSO:

⁹⁵ Resulta anecdótico que BORDA hubiera insistido con bastante vehemencia que “Malicia no equivale a dolo, como por error se ha entendido”, señalando que en forma deliberada ha utilizado la palabra “maliciosa” en lugar de “dolosa”. La “*mens legis*”, sin embargo, ha quedado en extrema minoría; al respecto el Prof. GOLDENBERG (*La relación...*, pág. 109) da cuenta de la mayoritaria posición doctrinaria en Argentina: SALAS, BREBBIA, SPOTA, CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, GARRIDO y ANDORNO, ALTERINI, LLAMBÍAS, entre muchos otros, han entendido que la locución es sinónima de “dolo”.

⁹⁶ Me refiero al Prof. SILVA ALONSO, *Derecho de las obligaciones...*, pág. 142.

En el caso de culpa el deudor respondería únicamente de los perjuicios que son consecuencia inmediata y necesaria de la inejecución (arg. a contrario sensu del art. 425 del Código Civil).⁹⁷

Por tanto, debe decirse que bajo el Código actual, el régimen de imputación de las consecuencias del incumplimiento contractual es el siguiente: literalmente, el deudor responde por las “consecuencias inmediatas”.

Queda por resolver, entonces, que ha de entenderse por “consecuencias inmediatas”.

El Código, ya dijimos, nada dice. Eso obliga a retomar el ejercicio arqueológico del *Anteproyecto*. En éste último cuerpo encontramos lo siguiente: (i) que el art. 502 define a las consecuencias inmediatas como las “previsibles”; (ii) que el art. 851 reitera que el deudor sólo responde por las consecuencias “inmediatas y directas” de su incumplimiento (al tiempo de aclarar que se abandona por ello en nuestro derecho la añosa distinción de daños *circa rem* y *extra rem*); (iii) el art. 852, desarrollando el recién citado art. 851, se encarga de reiterar que las consecuencias imputables por culpa son las que el deudor “*previó o pudo prever al momento de contraer la obligación*”.

Estas normas pueden razonablemente ser interpretadas y reestructuradas como sustentando la siguiente posición: *el deudor que incumple un contrato por culpa habrá de responder por las consecuencias inmediatas de su incumplimiento, esto es las previstas o las previsibles al momento de celebrar el contrato.*⁹⁸

De esta forma, y a través de interpretaciones un tanto forzadas (aunque absolutamente razonables y justificadas), se logra en nuestro Código “tapar el agujero normativo” y llegar a la solución aceptada por la mejor legislación y doctrina – y también, por la estricta justicia.⁹⁹

Quid de la mitigación

Otra omisión sensible de nuestro Código ha sido no recoger la norma del art. 854 del *Anteproyecto* la cual, inspirándose en el Código italiano, había acogido la regla de mitigación o evitación del daño. Esta es una norma que responde plenamente a parámetros de justicia y eficiencia en el campo de las relaciones patrimoniales privadas y su no incorporación al Código carece de justificación político-legislativa alguna.

No obstante, es posible reconducir ciertos principios generales del derecho vigente como para incorporar dicha regla por vía interpretativa o jurisprudencial. Especialmente, puede apelarse al principio de buena fe, tanto en su faz de prohibición del ejercicio abusivo

⁹⁷ Idem. anterior. Parecidamente, el Prof. GOLDENBERG también señala lo propio en Argentina: “la conjunción ‘si’, que comienza dicho texto legal, implica ciertamente marginar de su ámbito de aplicación el incumplimiento por culpa”. Ver su obra citada, *La relación...* pág. 92.

⁹⁸ Esto está avalado igualmente por el art. 74 de la *Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías*, actualmente derecho positivo en nuestro país, según el cual la indemnización no excede los daños “que hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato”. En su luminoso comentario a este artículo, PANTALEÓN aclara oportunamente que “no se trata de determinar lo que la parte que incumplió efectivamente previó o pudo realmente prever en el momento de la celebración del contrato, sino lo que *debió prever*, contando con los conocimientos normales de un participante típico en ese sector del tráfico. En este sentido, bien se puede afirmar que el juicio de previsibilidad del que aquí se trata no es subjetivo-empírico, sino normativo”. PANTALEÓN PRIETO, en DÍEZ-PICAZO, *Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, pág. 606.

⁹⁹ En cuanto al incumplimiento doloso/malicioso, el Código establece que se responderán por las consecuencias “mediatas” (art. 425), lo cual equipara el incumplimiento doloso a un acto ilícito común (pero culposo).

de los derechos (art. 372), como en el mandato de ejecución del contrato de buena fe (art. 715). También se encuentra plasmada la institución en el art. 77 de la *Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías*.¹⁰⁰

La causalidad en el Código Civil en sede extracontractual: un artículo complicado

Ya he asentado la deficiente regulación del Código –por mutilación innecesaria de las normas que le dotaban de verdadero sentido– en materia de causalidad jurídica. La problemática persiste asimismo en sede extracontractual, pues el Código decidió trasegar justamente el artículo más confuso, desde el punto de vista interpretativo, de todos los que había previsto DE GÁSPERI para el *Anteproyecto* (el art. 2469).

De esta forma, el único artículo del Código que regula la cuestión en sede extracontractual es el 1856:

El obligado a indemnizar el daño que le sea imputable resarcirá todas las consecuencias inmediatas, y las mediatas previsibles, o las normales según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no las casuales, salvo que éstas deriven de delito y debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho.

Se heredan así los mismos problemas del *Anteproyecto*. Y es que, como habíamos visto en su momento, DE GÁSPERI optó por definir primeramente a las consecuencias inmediatas como aquellas que son “previsibles” y acaecen “en el curso natural y ordinario de las cosas”, y a las mediatas como aquellas que “resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto”. Así definidas, existe una verdadera diferencia entre las mismas. Sin embargo, en su art. 2469 (el padre del actual 1856), el anteproyectista paraguayo había mezclado las cosas, al entender como sinónimas las expresiones “mediatas previsibles” y “curso natural y ordinario de las cosas”. De ser ello así, no existiría diferencia alguna entre las consecuencias inmediatas y mediatas, y el sistema en sí podría perder su sentido.

La única forma de preservar el sentido original del sistema, sugiero, es la que ya defendí más arriba: identificar en sede contractual a las consecuencias inmediatas como aquellas que fueron previstas (o pudieron haber sido previstas) por las partes particulares al momento de celebrar la convención; mientras que en sede extracontractual las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles deben ser medidas desde un patrón abstracto.

De esta forma, podría recuperarse la idea sostenida por DE GÁSPERI según la cual su sistema se enmarcaba en la famosa teoría de la “adecuación causal” como criterio general de imputación de daños en sede extracontractual. Según esta teoría, recordemos, sólo debería imputarse un daño a un sujeto si el mismo podía ser considerado previsible *ex ante*, desde la óptica de un observador externo (“el hombre medio”, etc.); es decir, si la producción del evento no se habría descartado como anormal o extraordinariamente improbable juzgándolo desde un criterio abstracto de valoración.

¹⁰⁰ La Prof. SOLER PRESAS explica en su comentario a este artículo que puede situarse a la naturaleza de esta norma en el principio de buena fe, sin perjuicio de reconocer que “con mayor exactitud” responde a razones de política socioeconómica, como el uso diligente de los recursos y el desincentivo de actitudes pasivas o negligentes en el derecho. SOLER PRESAS, en DÍEZ-PICAZO, *Comentario...*, pág. 622.

En suma: el sistema de nuestro Código en materia de causalidad aquiliana es el siguiente. El agente responde por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, juzgadas desde un criterio abstracto, de un hombre medio, pero no responde por las consecuencias casuales (las que, utilizando la jerga anglosajona, serían demasiado remotas, “*too remote*”). Excepcionalmente, responderá por las consecuencias casuales: cuando se trate de un daño causado con dolo, y cuando desde ese punto de vista pudo haber previsto las consecuencias casualmente ligadas al hecho ilícito.

Recepción de la regla imputativa de BIBILONI

Además del criterio expresado en el apartado anterior, el Código ha recogido igualmente del *Anteproyecto* la peculiar regla imputativa de BIBILONI, en su art. 1857, que permite al juez “moderar” o “dispensar” la indemnización en atención de las circunstancias del caso.

Esto implica remitirnos a las dos posibilidades interpretativas que había dejado sentado más arriba: (i) o sencillamente se ignora a la norma, por existir otras que se ocupan de la cuestión, o (ii) se la utiliza, con prudencia jurídica, para incorporar otros criterios de imputación objetiva o causalidad jurídica – justamente los reseñados en la PRIMERA PARTE de este ensayo.

En consecuencia, entiendo que abierta esta segunda posibilidad, puede señalarse que el Código paraguayo permite, además de lo establecido en el art. 1856 que entroncaría al sistema en el marco genérico de la causalidad adecuada, un recurso por parte del juez a los distintos criterios de imputación del daño. El análisis arqueológico de la norma deja esto en evidencia. Este dato, por otro lado, tiene por fin evitar responsabilidades excesivas o desmesuradas y de dar soluciones razonables a los eventos dañosos en el tráfico social. De ahí que el análisis breve realizado más arriba, busque determinar los criterios mínimos para guiar eventualmente esta difícil y ardua tarea judicial.

Lo afirmado aquí se refuerza por el dato fenomenológico que brevemente se atenderá a continuación.

Remisión al juez en esta materia: facultad judicial de concreción en sede de causalidad

Más arriba he apuntado que el legislador tiene dos opciones en materia de causalidad: el silencio, esto es, no regularla explícitamente, o regularla expresamente de acuerdo a algún criterio. Nuestro derecho ha seguido sin dudas la tendencia del derecho comparado de regular normativamente a las reglas jurídicas de la causalidad (si bien en forma mutilada en el Código final), y así establece la norma del art. 1856, que además debe ser leída con la bibiloniana del art. 1857, como ya se sustentó.

Sin embargo, este hecho no debe hacer pensar al lector de que por ello todos los problemas de causalidad han sido resueltos de un plumazo legislativo. Por el contrario. Debe ponerse de manifiesto que estas reglas serán, a lo sumo, apenas un punto de partida en la tarea judicial.

En efecto, la solución expresa del texto no resuelve todo –ni siquiera gran parte– del problema de la imputación objetiva. Apenas da una pauta muy básica que servirá guiar al juez en su tarea interminable de determinar la extensión del resarcimiento en un caso concreto de

daño. Pero esa pauta requiere de concretización, por lo que aquí se da, nuevamente, esa necesidad de concretización (o *determinatio*) de una norma más genérica que marca a fuego al derecho de daños.¹⁰¹ Por ello, conviene dejar sentado que estas pautas son de suma generalidad, y que, al decir de BUSTAMANTE ALSINA,

*en definitiva, serán los jueces quiénes han de apreciar según las circunstancias y con un criterio de razonable objetividad cuál de las circunstancias concurrentes ha tenido aptitud para producir naturalmente el resultado, adecuando en la relación causal el efecto de su verdadera causa.*¹⁰²

Tarea que, además está decir, ante su discrecionalidad deberá ser llevada con esa importante matización: “razonable objetividad”. Como se ha afirmado con mucha razón, estas pautas generales “requieren de manos maestras para rendir sus mejores frutos; colocada en las de un simplón... se convierten en un artificio inútil y hasta peligroso”.¹⁰³

De ahí que no deba sorprender que los jueces, al intentar dar concreción a estos parámetros abstractos, no se atengan estrictamente a los ribetes “conceptuales” o “teóricos” de las distintas teorías o criterios, sino que intenten llegar a soluciones que busquen tener por sobre todo un buen sentido. De ahí que no sea inusual encontrar expresiones en las sentencias del tipo “con abstracción de todo exclusivismo doctrinal” o “valoración de las condiciones que el buen sentido señale en cada caso”, que eviten sacrificar en el altar de la sacralidad de las teorías a la justicia.¹⁰⁴

En suma, más allá de existir unas pautas muy genéricas y muy vagas en el Código Civil, a la postre el problema de la relación de la causalidad quedará inevitablemente en manos del juez, que debe buscar siempre soluciones que tengan un sustento teórico adecuado –los criterios de imputación reseñados más arriba son buenos para empezar en esto– al tiempo de aplicar la perenne virtud de la *jurisprudencia*.¹⁰⁵

¹⁰¹ Ver la *Coda* del trabajo *Arqueología de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*.

¹⁰² BUSTAMANTE ALSINA, *Tratado...*, pág. 275.

¹⁰³ Lo citado corresponde a los profesores TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado...*, t. I., pág. 612 (con citas internas a LE TOURNEAU y CADIET y REGLERO CAMPOS).

¹⁰⁴ Citadas por YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, pág. 192.

¹⁰⁵ Al respecto, nuevamente la *Coda* del trabajo señalado en la n. 101.

CONCLUSIÓN

LA INSOLUBILIDAD DE LA CAUSALIDAD

El camino recorrido, desde el perro “Cachi” hasta las últimas reflexiones sobre la concreción vía judicial de los criterios de imputación objetiva, ha sido largo. En lugar de resumir el trabajo en este punto, me limitaré a reiterar unas reflexiones sobre las dos palabras utilizadas en el título del mismo.

La causalidad es un requisito *crucial* para imputar un daño, no solo en sentido físico, sino especialmente en el jurídico. Esto, que es una afirmación válida para todo sistema de responsabilidad civil, se agiganta más en el nuestro, por dos razones: porque estamos ante un sistema esencialmente *atípico* de ilícitos civiles (un “universo en expansión”, en la gráfica expresión de GALGANO); y, además, en razón de que el concepto de “riesgo” acogido por el Código es lo suficientemente elástico e impreciso como para imputar responsabilidades incluso en los lugares más insospechados (como al dueño del caballo por la caída del Imperio francés). De esta forma, la causalidad –especialmente entendida en sentido jurídico, de imputación objetiva– se presenta como un condimento esencial en nuestro sistema, para evitar que el mismo se desboque jurídicamente y termine perdiendo el mínimo canon de racionalidad al que debe aspirar.

Pero también he dicho en el título –*rectius*, he preguntado – si no estamos ante un presupuesto *insoluble* de la responsabilidad civil. ¿Por qué he utilizado esta palabra?

Se han dejado algunos indicios en las páginas anteriores para sustentar que el problema de la causalidad es insoluble. No solo por las complicadas cuestiones filosóficas, metafísicas y científicas que supone el estudio de la causalidad en sí, sino porque estamos ante el momento más humano del ser humano: responsabilizar a otro de un hecho. Esto supone la formulación de juicios de valor para justificar esta atribución de responsabilidad, y en materias de juicios de valor los seres humanos probablemente nunca nos pongamos de acuerdo. Y suponen, asimismo, las decisiones más difíciles. Como ha dicho el Prof. PANTALEÓN,

*los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender.*¹⁰⁶

El hecho que la causalidad sea crucial para la *atribución de responsabilidad* explica, en suma, el hecho que estemos ante un problema esencialmente *insoluble*. Podrán darse soluciones satisfactorias para algunos casos concretos, en otros no tanto, y así sucesivamente. Pero una solución “global y definitiva, de una buena vez por todas” es aquí absolutamente imposible. Sustentar ello sería no entender la condición humana – quizás más humana que nunca, como he dicho, al momento de atribuir la responsabilidad.

No debe extrañar por ello que John MILTON al ocuparse en su inmortal *Paradise Lost* (recordado en el epígrafe) de los primeros seres que mordieron la realidad de la condición humana, haya conjeturado que las discusiones en materia de atribución de responsabilidad jamás tendrían fin – “*of their vain contest appeared no end*”.

¹⁰⁶ PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e imputación...*, pág. 1591.