

La significancia jurídica de la víctima que interviene en su propio daño en el Código Civil y Comercial argentino y en el derecho romano

Por Jesús Gabriel Mercado⁴⁷⁹

I. Introducción

El precepto *alterum non laedere*, actualmente con rango de principio jurídico, es esencial en todas las ramas del derecho, porque delimita la esfera de libertad de los seres humanos, en el sentido de que establece hasta dónde un sujeto puede hacer o no hacer algo. Ahora, hasta dónde alguien puede realizar una acción, hasta dónde manifestar sus ideas, hasta dónde está permitido equivocarse o incluso no hacer algo, el límite está en ese otro, particularmente en el perjuicio que eventualmente se le pueda causar.

No obstante, qué sucede cuando el menoscabo es causado por el propio sujeto que padece el daño. Allí desaparece esa alteridad que establece el límite de la conducta humana y como lógica consecuencia el ordenamiento no establece una consecuencia concreta. El panorama se oscurece cuando el daño padecido por el damnificado obedece, además, a otros sujetos intervinieron en mayor o menor medida en el acaecimiento de éste.

⁴⁷⁹ Abogado por la Universidad Nacional del Comahue. Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral. Profesor Adjunto en la cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue.

En el presente trabajo se propone analizar cuál es la significancia jurídica asignada por el Código Civil y Comercial argentino a la acción de la víctima que ha intervenido en la producción de su propio daño, en comparación con la principal fuente de nuestro derecho: el derecho romano.

II. La responsabilidad civil y sus elementos

Según la teoría de la responsabilidad civil, para que una persona resarza los perjuicios ocasionados es necesaria la existencia de ciertos elementos o requisitos: el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad entre el hecho y ese daño y la presencia de un factor de atribución que puede ser subjetivo u objetivo.

En el Código Civil argentino, en materia de responsabilidad civil consagró un sistema básicamente subjetivo, basado en la culpa. “Desde el ángulo de la responsabilidad civil, el esquema de conducta exigido era el de prever o evitar el daño. Por ende, cuando se transgredía el deber de previsión (culpa inconsciente) o de evitación (culpa consciente), nacía un juicio de reproche contra el autor”.⁴⁸⁰

Aquel sistema comenzó a modificarse tardíamente a causa de las repercusiones de la revolución industrial y de la sociedad de masas. En este sentido, a través de la jurisprudencia y finalmente con la sanción de la Ley 17.711, se incorporó en el ámbito de la responsabilidad extracontractual los factores objetivos de atribución: el riesgo creado, el abuso derecho, la garantía, la equidad, etc.

Por otra parte, es sabido que si el demandado desea eximirse de responsabilidad debe acreditar la faz negativa de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad. Dependiendo cuál sea, la defensa del accionado se enderezará a probar la inexistencia de dichos requisitos, o comprobar determinadas causales, según cada uno de los presupuestos enunciados, que lo exoneraran del deber de responder, ya sea en el ámbito contractual o aquiliano.⁴⁸¹

En este contexto, la relación de causalidad es “el nexa que vincula el daño

⁴⁸⁰ Wierzbza, S., Meza, J. y Borgina, J. C. (dir.) (2017). *Derecho de Daños. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p. 25.

⁴⁸¹ Sin perjuicio de que la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial, en cuanto a los efectos de ambos regímenes, han quedado unificados. Unificar no implica diluir la distinta estructura del contrato y el hecho ilícito, sino simplemente unificar las consecuencias de ambos, sometiéndolas, salvo casos de excepción, a las mismas reglas.

directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva”.⁴⁸² Por su parte, los hechos, si bien son fenómenos que acontecen en el mundo real en un tiempo y lugar determinado, dentro del nexo de causalidad, son entendidos como “un eslabón en una cadena causal en la que se suceden inexorablemente hechos que son antecedentes de aquel, y hechos que son consecuencia”.⁴⁸³ El quid de la cuestión reside en la individualización de aquel hecho que es la condición y/o causa del resultado dañoso.

Así las cosas, el tratadista continúa remarcando que

(...) para determinar la causa de un daño, se debe hacer, *ex post facto*, un juicio o cálculo de probabilidades: prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que indagar si la acción u omisión del presunto agente, era por sí misma apta para provocar el daño según el curso ordinario de las cosas; si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente; si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una *conditio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se había producido o al menos no de esa forma.⁴⁸⁴

En materia de relación de causalidad, “la unificación de la legislación civil y comercial en el nuevo Código ha receptado como principio general al modelo de la causa adecuada”.⁴⁸⁵ Es decir, debe mediar un nexo adecuado de causalidad entre los efectos dañosos y el hecho generador del daño.

En este devenir, Bustamante Alsina afirma que “el vínculo de causalidad falta, o sea que se interrumpe el nexo causal, todas las veces que el daño es el resultado de una causa ajena. Es decir, cuando la causa del resultado es un acontecimiento extraño al hecho del demandado”.⁴⁸⁶ “Ese *iter* entre el

⁴⁸² Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9ª edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 267.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ Sánchez Herreo, A. (2016). *Tratado de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III, La Ley On line. El principio es expuesto en el artículo 1726 del Código Civil y Comercial y reiterado en hipótesis de responsabilidades especiales, tales como los artículos 441, 524 y 173.

⁴⁸⁶ Bustamante Alsina, J., op. cit., p. 305.

hecho del agente y el efecto atribuido admite, lógica, fáctica y jurídicamente, la posibilidad de ser desvirtuado a través de la ocurrencia de otra causa que desplace a la que es sindicada como probable, regular u ordinaria”.⁴⁸⁷

II. a) *La culpa exclusiva de la víctima*

Ciertamente la mayoría de los profesionales del derecho que se han formado con el Código Civil de Vélez saben que los factores que interrumpen el nexo causal son varios: por un lado, la culpa exclusiva de la víctima, la culpa de un tercero por el que no se deba responder y el caso fortuito o la fuerza mayor en el ámbito de la responsabilidad aquiliana y, por otro lado, se suma la imposibilidad de incumplimiento en el área de los contratos.

Cuando se habla de culpa de la víctima, la primera idea que se presenta es el actuar negligente, descuidado o imprudente de la persona que sufre el daño. Para la sociedad del riesgo, resulta reprochable el comportamiento de un sujeto que no adopta los recaudos mínimos para cumplir con sus obligaciones, con lo cual deberá cargar con las consecuencias de su propio daño.

Según el texto literal del Código Civil velezano y la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia de la época, si el daño de ese sujeto se producía por su exclusiva culpa, no existía responsabilidad alguna, dado que era de aplicación el artículo 1111 de dicho código, que establecía lo siguiente: “El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”.

Dicha figura, según los estudiosos del derecho civil argentino, ya era conocida en el derecho romano: “*Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non inteligitur damnum sentire*”,⁴⁸⁸ contemplada en un fragmento del Comentario al libro octavo *ad Quintum Mucium* de Pomponio (no se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre).

En concordancia con lo anterior, cabe aclarar que una porción de la doctrina y jurisprudencia argentina sostiene que no todo hecho de la víctima constituye la causa ajena, sino solamente el hecho culposo o descuidado de la misma,⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Alterini, J. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. 2ª edición. Tomo VIII, La Ley On line.

⁴⁸⁸ Digesto. L. L, Tít. XVII, Regla. 203.

⁴⁸⁹ Siguiendo a esta línea de pensamiento si se exige culpa de la víctima, el damnificado debe ser imputable, pues para reprocharle el obrar negligente debió actuar con voluntad. El hecho de un inimputable no excusaría de la responsabilidad del demandado, salvo que se recurra a la otra línea de pensamiento y/o otras instituciones.

tópico que generó posiciones encontradas, dado que otros preferían hablar, con fuertes argumentos, del “hecho del damnificado”, porque en materia de causalidad lo que interesaría es contraponer causa contra causa.⁴⁹⁰

Hablar de la culpa de la víctima o del hecho de ésta, si bien pareciera ser una cuestión meramente terminológica o de *nomen iuris*, no es menor, dado que escoger una u otra expresión, o ambas, implicará una reorganización, desde la academia, de la enseñanza de la legislación, de la doctrina y jurisprudencia y, en particular, del sistema de eximentes que liberan de responsabilidad.

Más aún si se tiene en cuenta que con la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, se estableció en el artículo 1729 que: “La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa o dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”.

Debe prestarse atención a dicha redacción, habida cuenta de que para liberar de responsabilidad no se “exige una falta imputable a quién sufre el daño”, es decir, no se exige culpa o dolo, sino “la incidencia del hecho del damnificado”. La culpa o el dolo, en términos literales del artículo 1729, solamente serán necesarios cuando la ley o el contrato así lo exijan.

Ahora bien, ¿se incorporó al ordenamiento una excepción a la responsabilidad civil diferente a aquella establecida en el Código Civil de 1859? ¿Cómo trataron los antiguos romanos a la conducta de la víctima como factor influyente en el acaecimiento del daño?

III. El *damnum iniuria datum*

El “daño injustamente causado” regulado desde mediados de la República romana por la *Lex Aquilia*, fue un delito privado del derecho romano y puntapié del devenir de la responsabilidad civil. Sin embargo, un sistema de responsabilidad como el que hoy rige no existía en sus orígenes y mucho menos en los pueblos primitivos con un desarrollo económico y cultural muy precario.

En las épocas más remotas, “si una persona causaba un daño a otra, la consecuencia usual, antes que la reparación *in natura* o por equivalente, era, más bien, una represalia referida a la misma especie de la afrenta recibida, toda vez que el concepto de reparación, como hoy lo conocemos, no existía la moneda estaba poco difundida y no existían mecanismos adecuados para realizar una

⁴⁹⁰ López Herra, op. cit.

valoración del daño tomando como referencia una determinada cantidad de signos monetarios”.⁴⁹¹

En rigor, se “puede afirmar que en el derecho romano no existió, como principio general, el deber de reparar los daños causados injustamente, sino que se plantearon, por la ley o por el *pretor*, casos particulares de daños, que estaban particularmente referidos a las lesiones o deterioros que pudieran afectar a los bienes fundamentales para las personas en aquel momento, y se establecieron para ellos sanciones de diversa entidad, consistentes, generalmente, en el pago de una suma de dinero”.⁴⁹² “Debieron transcurrir muchos años para que ante tales hechos se planteara un concepto de resarcimiento o indemnización del daño causado y muchos más aún para que este concepto prevaleciera sobre la naturaleza punitiva de la reacción del ordenamiento, no obstante lo cual esta concepción no se abandonó de manera completa”.⁴⁹³

En una época más avanzada, en el siglo el siglo III a. C., nació la Ley Aquilia que “dejó sin efecto las disposiciones contenidas en el código decenviral y en las leyes anteriores que trataban del daño con injuria y significó un intento de generalización tendiente a sistematizar las normas aplicables a todos los casos posibles de daño injustamente causado que, de esta manera, quedaron configurados como delitos productores de obligaciones”.⁴⁹⁴

Los capítulos centrales de la *Lex Aquilia* son el primero y el tercero. En el primer capítulo se regulaba la pena prevista a aquellas personas que hubieran matado injustamente a un esclavo ajeno o a animales domésticos (*pecus*). En este caso, el autor era condenado a pagar al propietario de las cosas, el más alto valor que el objeto hubiese tenido el año anterior.⁴⁹⁵ En orden al tercer capítulo, se estableció en lo que respecta a otros daños diferentes del asesinato de esclavos o ganado, si alguien causa daño a otra persona, e ilegalmente que-

⁴⁹¹ De Cupis, A. (1996). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., Imprenta Universitaria de Bogotá, p. 823, citado por Solarte Rodríguez, A., “La reparación in natura del daño”, en *Estudios de doctorado en la Universidad de Salamanca*, 11 de mayo de 2015.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 195.

⁴⁹³ Cfr. Solarte Rodríguez, citando a Jörs, P. y Kunkel, W. (1965). *Derecho privado romano*. Traducción de la segunda edición alemana. Barcelona: Editorial Labor, p. 242.

⁴⁹⁴ Peña Guzmán, L. y Argüello L. (1966). *Derecho Romano*. Tomo II. Buenos Aires: Tea, p. 391.

⁴⁹⁵ El contenido de los capítulos primero y tercero de la *Lex Aquilia* fue descrito, de manera más o menos fiel, en los siguientes fragmentos de Gayo y Ulpiano: Gai. ad ed. prov. D. 9, 2, 2 pr.: “Disponese en el capítulo primero de la ley Aquilia: ‘que el que hubiere matado con *iniuria* al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo, o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año’”.

maba, rompía o corrompía algo, era obligado a pagar al dueño el valor de la cosa de los 30 últimos días.⁴⁹⁶

Corresponde señalar que en los primeros tiempos el valor de la *poena* “se determinaba con base en el simple valor objetivo de la cosa (*aestimatio rei*), a partir de la última jurisprudencia clásica se empezó a incluir en la estimación del daño no solo el valor objetivo o intrínseco de la cosa sino también el valor de los beneficios que se hubieran truncado por el acontecimiento dañoso”.⁴⁹⁷

Se observa, entonces, una evolución del pensamiento jurídico en el sentido de tener en cuenta no solo el valor objetivo de la cosa en el mercado, sino también las consecuencias que derivaron del deterioro o pérdida del objeto para el dueño. Un poco más adelante, “va a ser la jurisprudencia clásica posterior a Salvio Juliano, la que considera la *utilitas domini* como criterio determinante de la *summa condemnatio*, y esto, en opinión de Valditara, aproxima la *aestimatio rei* a una *aestimatio damni* cuyo cálculo remite al criterio del *id quod interest*”.⁴⁹⁸

Dentro de los requisitos para que procediera la *Lex Aquilia*, se requería que el daño hubiera sido causado con *iniuria*, es decir, sin derecho o contra derecho, lo que para ciertos autores comprende la ejecución del daño con dolo o culpa,⁴⁹⁹ mientras que para otros, la *iniuria* hace referencia al “criterio que permitía imputar jurídicamente a un comportamiento la respectiva sanción, pues, siendo injustificado el comportamiento, era por lo tanto reprochable para el derecho”.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ Ulpiano XVIII ad ed. D. 9, 2, 27, 5: “Mas en el tercer capítulo dice la misma Ley Aquilia: ‘Respecto a las demás cosas, excepto el esclavo y las reses que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado o roto alguna cosa con iniuria, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto aquella cosa valiere en los treinta días próximos’”. Todas las fuentes del Digesto corresponden a la versión en español de García del Corral, I. (1889) (trad.). *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: Jaime Molinas Editor.

⁴⁹⁷ Solarte Rodríguez, op. cit., p. 197.

⁴⁹⁸ Catresana, A. (2001). *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*. 1ª edición. Salamanca: Editorial de la Universidad de Salamanca.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 393.

⁵⁰⁰ Sánchez Hernández, L. (2016). “De la culpa de la *lex aquilia* del derecho romano al principio de responsabilidad por cual en el derecho civil colombiano”. En *Revista de Derecho Privado*, N° 30, enero-junio, p. 289.

III. a) *La iniuria como elemento del damnun iniuria datum*

Según la doctrina, la *iniuria* dentro de la estructura del delito aquiliano condicionaba la aplicación de la sanción económica a que el daño de la cosa proviniera de un *occidere iniuria* en el caso del primer capítulo de la ley o de un *urrere, frangere rumpere iniuria* en el caso del tercer capítulo, “por lo que el uso de la palabra *iniuria* como ablativo de modo en el texto legislativo no se refería al daño en sí mismo, sino al modo en el cual el mismo fue provocado”.⁵⁰¹

A partir del análisis del pensamiento del jurisconsulto tardo clásico Ulpiano,⁵⁰² se afirma que la interpretación de la *iniuria* ulteriormente giró en torno a la presencia o no de causales que permitan justificar la conducta; en términos modernos, si se configura la antijuridicidad de la conducta o si, por el contrario, la misma se encuentra justificada.⁵⁰³ “La doctrina romanista mayoritaria, desde el siglo XIX hasta la más contemporánea, ha entendido que originariamente la *iniuria* en el plebiscito aquiliano tenía el valor de una particular injusticia de la conducta, entendida como ausencia de una causa de justificación frente al *ius*, con prescindencia de cualquier valoración subjetiva del comportamiento”.⁵⁰⁴

Con posterioridad, los estudiosos del derecho de Roma sostienen que existió un proceso a partir del cual se reinterpretó la *iniuria* dando lugar tempranamente al concepto de culpa. Se basan en la opinión de Quinto Mucio Escévola, del siglo I a. C. referido a Paulus en sus *Libri ad Sabinum* (Pau. X ad Sab. D. 9. 2. 3. I.),⁵⁰⁵ el que da cuenta de un caso de un podador que deja caer una rama de un árbol sobre un esclavo transeúnte, provocándole la muerte.

⁵⁰¹ Sánchez Hernández, op. cit., p. 290.

⁵⁰² En el libro XVIII de los Comentarios al edicto y de D. 9, 2, 3-5 y en Collatio (Coll. VII, 3, 1-4).

⁵⁰³ Cfr. Sánchez Hernández, p. 292.

⁵⁰⁴ *Ibid.* Ver en las páginas 292, 293, 294 los argumentos que sostienen lo afirmado.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 296. Pau. X Ad Sab. D. 9, 2, 31: “Si un podador al desprender una rama del árbol, o el que trabajaba sobre un andamio, mató a un hombre que pasaba, es responsable si aquella cayese en sitio público, y él no dio voces para que pudiera evitarse el peligro. Pero también dijo Mucio, que si esto mismo hubiese sucedido en lugar privado, puede reclamarse por la culpa; y que hay culpa, porque habiéndose podido *provideri* por persona diligente no se *proviso*, o se avisó cuando no podía evitarse el peligro. Por cuya razón no hay mucha diferencia entre que se pasara por lugar público, o por privado, puesto que muchas veces se pasa por la generalidad por lugares privados. Mas si no hubiere camino alguno, debe responder tan solo del dolo, para que no eche nada sobre aquel que viere que pasaba; porque no se le ha de exigir culpa, cuando no hubiere podido adivinar, si por aquel habría de transitar alguno.”

En este supuesto se determinó si la sanción de la *Lex Aquilia* procedía o no en marco de una actividad lícita, como lo es podar un árbol. Allí se diferenció si el esclavo pasaba por un lugar privado o público. Si era un lugar privado, el podador no era sancionado dado que la conducta estaba justificada por el derecho de propiedad; ahora, si era público y no había dado aviso al transeúnte era procedente el remedio aquiliano.⁵⁰⁶ Según el autor citado se “limita dicha justificación acudiendo al criterio de la culpa, la cual concreta afirmando que se actúa con culpa cuando, habiendo podido *provideri* por una persona diligente, no se *provisum*, o se avisó cuando ya no podía evitarse el peligro”.⁵⁰⁷ “*Provideri*” depende la posición que se adopte; puede significar “proveer” o “prever”, lo que impacta sobre el sentido de la culpa, ya que proveer hace referencia a adoptar los recaudos necesarios de acuerdo con un estándar determinado para evitar resultados, mientras que prever hace alusión a pensar en las consecuencias futuras de una determinada conducta.⁵⁰⁸

Según el doctrinario citado, el fragmento referenciado constituye un gran progreso por cuanto abre la puerta a la valoración subjetiva del actuar ligado a un modelo de comportamiento ideal como parámetro de referencia, modelo consistente en el del *homo diligens*.⁵⁰⁹

Resulta interesante destacar que la idea de culpa unida a la *iniuria* continuó en finales de la República en pasajes de Alfenio Varo, jurista del Siglo I a. C., en un hecho en el que un esclavo que había sustraído una linterna a un ventero termina golpeado por éste, en el famoso caso conocido como las mulas del capitolio, o el del juego de pelota en el que un esclavo termina lesionado.⁵¹⁰

En estos casos se puede observar que

(...) la valoración de la *iniuria* por parte de los juristas gira en torno a la existencia o no de una causa de justificación de la conducta, razonando en categorías que hoy conocemos como legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de una actividad lícita y ejercicio de un derecho (...). Sin embargo, otro elemento común es que, a pesar de la presencia de una causa que objetivamente justifica la conducta, en algunos casos la jurisprudencia no exime al agente de la sanción aquiliana, por cuanto el

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 297.

⁵⁰⁸ Cfr. Sánchez Hernández, p. 298.

⁵⁰⁹ Cardilli, R. *Gestione empirica dell'imputazione*, cit., 20. En el mismo sentido cfr. Id. *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1995, 190 s., citados por Sánchez Hernández, p. 298.

⁵¹⁰ D. 9, 2, 5 2, 1; D. 9, 2, 52, 2; D. 9, 2, 52, 4.

comportamiento es reprochable subjetivamente, recurriendo para ello al concepto de culpa.⁵¹¹

Según este autor, las nociones de *iniuria* y culpa, que podrían identificarse como licitud y culpabilidad, tenían una autonomía conceptual, pero interconectada o “sinérgica”, debido a que “la culpa permitía restituirle al comportamiento del agente aquella ilicitud que una causa de justificación le había quitado; por ello, actuar con culpa era actuar con *iniuria*”.⁵¹²

IV. La culpa de la víctima en el derecho romano

En algunos pasajes del Digesto, la culpa de la víctima aparece como eximente o atenuante de responsabilidad. En efecto, dicho principio se encontraría en numerosas partes del *Corpus Iuris Civilis*⁵¹³ y resumido en la regla formulada en D. 50.17.203: “no se entiende que el que sufre daño por su culpa sufre daño”.⁵¹⁴

Ahora bien, Ulpiano, Ulp. XVIII ad ed. D. 9, 2, 11 pr. 51, reporta una opinión de Fabio Mela y Próculo, expresada en torno a un caso donde varios sujetos han concurrido a la causación de la muerte de un esclavo, evento en relación al cual se proponen hipótesis de solución a partir del concepto de culpa, y lo que resulta más interesante, se comienza a observar como alternativa de resolución, la culpa de la víctima en el acaecimiento del hecho dañoso.

En el caso aludido, Mela escribe que, si

(...) varios jugasen a la pelota y uno, habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano de un barbero de tal modo que a un esclavo al que el barbero estaba afeitando le fuera cortada la garanta con la navaja, queda obligado por la Ley Aquilia cualquiera de los que fueran culpables. Próculo dice que la culpa está en el barbero; y ciertamente, si afeitaba allí donde era costumbre jugar o donde el tránsito era frecuente, hay motivos para impu-

⁵¹¹ Sánchez Hernández, p. 302.

⁵¹² *Ibid.*, p. 303.

⁵¹³ D. 9. 2. 9. 4; D. 9. 2. 11 pr.; D. 9. 2. 28. 1; D. 9. 2. 31; D. 9. 2. 52. 1; D. 9. 2. 7. 4; D. 16. 1. 17 pr.; D. 17. 2. 52. 4; D. 17. 2. 72; D. 21. 2. 56. 3; D. 39. 2. 44 pr.; D. 50. 17. 203 citados por San Martín Neira, L. (2014). “La reducción del resarcimiento de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas.” En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 27, julio-diciembre, pp. 35-67.

⁵¹⁴ Pomponius 8 ad q. muc. “*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*”.

tarle la responsabilidad; aunque también se dice acertadamente que, si alguien se confía a un barbero que tiene colocada la silla en un lugar peligroso, solo él tiene la culpa.⁵¹⁵

Ante tales circunstancias, el jurista Fabio Mela estableció que debía responder por la muerte del esclavo el que tuviera la culpa. Sin embargo, no dijo de quién era la culpa del deceso, si del jugador que golpeó fuertemente la pelota o del barbero. Ahora bien, “resulta relevante que para el jurista depende de la específica aplicación del criterio de culpabilidad, por lo que el daño, es imputable, entre los varios sujetos involucrados, a aquel que hubiere actuado de manera reprochable”.⁵¹⁶

Por su parte, Próculo dijo que la culpa había que atribuírsela al barbero debido a que estaba afeitando en un lugar muy frecuentado o en las inmediaciones de un campo de juegos, donde resulta previsible el peligro de afeitarse a un sujeto con una navaja, suponiendo que afeitara con regularidad en dicho lugar.⁵¹⁷ Desde otra perspectiva, aquí se puede observar que el razonamiento se apoya en la culpa del barbero al realizar una actividad lícita, pero en un lugar peligroso, con lo cual, hace que su conducta se considerada como *iniuria*.⁵¹⁸

⁵¹⁵ D. 9, 2, 11. pr. (Ulpianus libro 18. ad edictum): *Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deicerit et sic servi, quem tonsor habebat (corr. radebat), gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam; et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur; quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.* Por otro lado, Andreas Wacke, en “Accidentes en deporte y juego según el derecho romano y el vigente derecho alemán,” texto de conferencias, ilustradas por proyecciones de diapositivas, y mantenidas en los años 1985 y 1987 en las Universidades de Barcelona, Madrid y Zaragoza y además en la Casa de les Valls, Andorra la Vella, traducido al español por el profesor Juan Miquel González de Audicana, refiere que: “El barbero había colocado su silla de afeitarse al aire libre, en las inmediaciones de un lugar donde otros jugaban a la pelota. Como César y Augusto se hacían afeitarse a diario, el pueblo imitaba a los emperadores. Aquel que se lo podía permitir, buscaba un elegante salón de peluquería (también con el objeto de poder distraerse charlando). Los menos potentados se hacían embellecer al aire libre, que era menos costoso. Debido al cálido clima meridional, los barberos sencillos colocaban un asiento en la calle, frente a su pequeña tienda; o al igual que lo hacen hoy los limpiabotas ambulantes, rondaban con la silla a cuestas.”

⁵¹⁶ Sánchez Hernández, op. cit, p. 303.

⁵¹⁷ Wacke, op. cit., p. 560.

⁵¹⁸ Sánchez Hernández, op. cit, p. 304.

Ulpiano por su parte, propone –aunque, en otros términos– que, si era previsible el riesgo para el barbero, también lo era para el esclavo, de modo que debía cargar con las consecuencias perjudiciales por encomendarse a un barbero que trabaja en un lugar peligroso, teniendo aplicación el aforismo latino: *de se queri debet*.⁵¹⁹ Claramente en la propuesta de Ulpiano se advierte una solución del caso a partir de la culpa de quien resultó víctima del daño producido, liberando de responsabilidad al barbero y los jugadores.

En este sentido, el mismo jurisconsulto había proyectado que se eximía de sanción a aquel que había lesionado a un esclavo con una jabalina, cuando este había pasado intempestivamente por el campo de práctica.⁵²⁰ La imprudencia del esclavo surge de la ponderación de la previsibilidad exigida al sujeto en el lugar en que acaece el suceso, ya que, en un campo de deportes, donde resultan previsibles determinados riesgos propios del deporte en cuestión, el siervo debió adoptar los medios adecuados para resguardarse de estos; sin embargo, de manera imprudente e “intempestiva” cruzó por ese lugar peligroso y terminó lesionado. En definitiva, no debió estar en medio de un campo de tiro.

En otro orden de cosas, en el caso de la hoguera descripto D. 9. 2. 45. 3, dos esclavos estaban saltando sobre un montón de paja en llamas, chocaron y ambos cayeron, resultando consumido por el fuego uno de los dos. En ese

⁵¹⁹ Wacke, op. cit., p. 560. Del Castillo, M. S. (1994). *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*. Madrid: Dykinson: “afirma la originalidad de la frase, argumentando que no se trataba de un concurso de culpas, sino de determinar quién había actuado con culpa, siguiendo el planteamiento propuesto por Mela; y el hecho de que el esclavo se encontrara en un lugar peligroso liberaba al barbero de responsabilidad. Solución que además era coherente con aquella que Ulpiano había proyectado en Ulp. xviii ad ed. D. 9, 2, 9, 4, donde resultaba exento de responsabilidad el que había lesionado a un esclavo con una jabalina, cuando este había pasado intempestivamente por el campo de práctica,” citado por Sánchez Hernández, p. 304.

⁵²⁰ D. 9, 2, 9, 4 (Ulpianus libro 18. ad edictum): *Si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est. sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere, qui tamen data opera in cum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur*, D. 9, 2, 10 (Paulus libro 22. ad edictum) : *nam lusus quoque noxius in culpa est*. (Si lanzando jabalinas por diversión hubiese sido muerto un esclavo, tiene lugar la Ley Aquilia. Pero si cuando otros estando, lanzando jabalinas en el campo, hubiera cruzado un esclavo por aquel lugar, cesa la Aquilia, porque no debido pasar intempestivamente por un campo en el que se arrojaban jabalinas. Sin embargo, quien lanzado deliberadamente contra él queda obligado por la Aquilia: pues la culpa incluye también el tomar parte en un juego peligroso).

supuesto se determinó que nada podía reclamarse por tal motivo, salvo que el dueño del esclavo muerto probase que el superviviente lo empujó.⁵²¹

En suma, el hecho de saltar sobre llamas en días festivos es una actividad recreativa, tradicional de la cultura de aquel tiempo y lícita. En cierto modo, como se aprecia en la regla formulada en el párrafo anterior, en principio nada puede reclamarse si alguno resulta quemado, quizás, porque en el marco de esa actividad permitida los participantes asumieron, aceptaron o consintieron el riesgo y/o fueron culpables al no adoptar medidas que pudieran haber evitado el trágico final.

El dueño del esclavo quemado, cuyo patrimonio se vio disminuido como consecuencia de un daño, no tenía acción. En otras palabras, se parte de la base de que, si el actor demandaba, su acción sería rechazada por el órgano jurisdiccional, salvo que probase que el otro sujeto superviviente había empujado a quien culminó incinerado. Se aprecia a simple vista una inversión de la carga de la prueba, de lo que se infiere que existe una presunción detrás consistente en que los sujetos que se prestaban a ese tipo de actividades peligrosas, si acaecía el evento dañoso, a lo sumo aceptaban que eran víctimas de su propia culpa o de los eventuales riesgos de la práctica, por ello se exigía un poco más, que se demuestre el dolo por parte de alguno de los dos participantes sobrevivientes.

Otro caso que viene a colación es el relatado por Alfenus en D. 9. 2. 52 pr.: *Alfenus libro secundo digestorum*. “*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur*”. (Si un esclavo hubiese muerto de las heridas, y esto no hubiese sucedido por ignorancia del médico, o por negligencia del dueño, debidamente se ejerce la acción por la muerte de aquel).

Según los intérpretes de dicho pasaje del Digesto,⁵²² se refiere a un esclavo herido por un tercero que muere una vez pasado un lapso. Si el esclavo muere a consecuencias de las heridas y no por la negligencia del médico o del dueño del esclavo que se encargaba de darle los cuidados necesarios, procede la acción aquilia contra el tercero causante de los perjuicios. Ahora bien, *a contrario sensu*, si la muerte del esclavo obedece a la impericia del médico o a la negligencia del dueño en no otorgarle los cuidados necesarios para que se recupere de la herida, se configuraría, más allá de la situación particular del galeno, culpa de la víctima por parte del dueño que no adoptó los recaudos necesarios para evitar la agravación del daño, y, en consecuencia, no podría demandar por los perjuicios que le ocasionó la muerte del esclavo.

⁵²¹ Cfr. Wacke, p. 563.

⁵²² San Martín Neira, op. cit., p. 56.

V. La culpa en la supervivencia del derecho romano

En primer lugar, es dable tener en cuenta que la escuela de los glosadores, en materia de responsabilidad aquiliana, mantuvo el sistema romano del *damnum iniuria datum* y extendió dicho daño, más allá de los bienes de un sujeto, a la persona misma. “Si bien el cuerpo del hombre libre no era estimable, mediante la acción aquiliana podía obtenerse el resarcimiento de los daños patrimoniales derivados de la muerte, lo cual contribuyó a la construcción omnicompreensiva del ilícito”.⁵²³

Asimismo, los glosadores tuvieron en cuenta la función penal de la acción aquiliana, aunque comenzaron a enfatizar la función resarcitoria de la misma, siendo entendida por los comentaristas como una acción de carácter general de resarcimiento ante cualquier daño patrimonial, incluso en el ámbito de las relaciones contractuales.⁵²⁴

A su vez, el concepto de *iniuria*, que era fuente de equívocos para la época, fue reemplazado por el de culpa, al punto tal que el concepto “culpa *levissima*, que en las fuentes aparece mencionado solo en un fragmento de Ulpiano, resultó ampliamente desarrollado en la doctrina intermedia. La Glosa acursiana la definió como el no prever aquello que de algún modo un hombre *diligentissimus* podía haber previsto, estableciendo una relación entre la culpa *levissima* y la *diligentia diligentissimi* y concretando la regla según la cual, en materia extracontractual, se debe observar la máxima diligencia”.⁵²⁵

En este sentido, el glosador Bassiano († 1197) fue “quien por primera vez habló de concausalidad y de la concurrencia y compensación de culpas a propósito del ‘*damnum iniuria datum*’ y de la responsabilidad aquiliana”.⁵²⁶ En otras palabras, la compensación de culpas, que con posterioridad será uno de los sistemas que adoptaran los sistemas jurídicos del mundo, nos acerca a la idea de que la culpa de la víctima compensa o anula la culpa del autor, como la solución comentada en orden a los esclavos incendiados en la hoguera. “Lo cierto es que la expresión compensación de culpas no tiene origen en el derecho romano. Así, según indica Castresana, los romanos jamás usaron dicha expresión”.⁵²⁷

A su turno, el filósofo alemán Christian Wolff (S. XVII) es “el primero en hacer quebrar esta firme tesis sobre la exclusión de responsabilidad *ex damno*

⁵²³ Sánchez Hernández, op. cit., p. 309.

⁵²⁴ Cfr. Sánchez Hernández, p. 309.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 310.

⁵²⁶ San Martín Neira, op. cit., p. 41.

⁵²⁷ *Ibid.*

en caso de concurrencia de culpas del agente y de la víctima. Wolff (...) admite el prorrateo de daños de acuerdo con el grado de culpabilidad en el que haya incurrido la víctima cuando, con su propia intervención, se coloca en situación de *damnum*”.⁵²⁸

Posteriormente, dicha doctrina “sería recogida en el Código Civil austriaco (ABGB, 1811), y desde aquí pasaría a ser conocida por el resto del mundo. En cuanto a la forma en que debe realizarse la repartición, el ABGB solo señala que debe ser proporcional, pero se entiende que dicha proporción es en razón a la gravedad de la culpa de cada parte”.⁵²⁹ Ahora bien, en dicho código se agregó una regla más, la cual refiere que cuando dicha proporcionalidad en cuanto a la causación del daño no podía estimarse, la repartición se hacía por parte iguales.

En definitiva, a partir del antiguo requisito de la *iniuria* en el delito privado *damun iniuria datum*, los jurisprudencistas, las diferentes escuelas del pensamiento jurídico y la era de las codificaciones forjaron a la culpa como piedra angular del sistema de la responsabilidad civil, además de dejar en claro que, si la culpa en la causación era del damnificado, debía cargar con las consecuencias de sus actos, ya que “*quod quis ex sua damnúm sentit, non intelligitur sentire*” (Digesto, Libro 50, Tit. 17, regla 203) (no se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre).

En paralelo, la concurrencia de culpas entre víctima y victimario fue objeto en el derecho comparado de diferentes regulaciones. Se conocieron “tres sistemas: (i) repartición en partes viriles; (ii) consideración de la gravedad de la culpa de cada parte, y (iii) consideración de la eficacia causal, que propone una repartición objetiva sobre la base de la incidencia causal de cada conducta”.⁵³⁰ Vale señalar que, en algunos sistemas jurídicos, ante la imposibilidad de aplicar alguna de las alternativas esbozadas, se estableció la repartición salomónica de los perjuicios causados entre víctima y victimario.

VI. La culpa de la víctima en el derecho civil argentino

VI. a) La culpa en el Código Civil y en la doctrina

Como se adelantó en los inicios de esta obra, el derecho civil argentino de aquella época, con notables notas del romanismo, estableció su sistema de

⁵²⁸ San Martín Neira, op. cit., p. 45.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ San Martín Neira, op. cit., p. 38.

responsabilidad civil basado en la culpa. Ya se advertía líneas atrás el emblemático artículo 1111 del Código Civil que disponía en términos de la doctrina y jurisprudencia, la imposibilidad de las personas de alegar su propia torpeza.

Es más, cuando se incorporaron los factores objetivos de atribución de responsabilidad a través de la Ley 17.711, como el caso del riesgo creado en el artículo 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, el dueño o guardián, entre otras opciones, podían, y aun hoy actualmente pueden, liberarse de la obligación de resarcir el perjuicio producido, demostrando la culpa de la víctima. Sin dudas, el sistema, heredado de Roma, pulido en las épocas que se sucedieron, siempre descansó en la idea de que, si el autor de un daño quería liberarse de responsabilidad, debía acreditar la culpa de la víctima.

Sobre el artículo 1111 se construyó una controversia puesto que señalaba como eximente de responsabilidad a la falta imputable de la persona que sufre el daño. “Como tal, la culpa de la víctima, no la mera intervención fáctica del damnificado, tenía virtualidad para desviar o concurrir en el *iter* entre el hecho y el daño causado”.⁵³¹

Sin embargo, parte de la doctrina previa a la sanción del Código Civil afirma que en realidad lo que resulta más adecuado es hablar del *hecho* de la víctima y no de la culpa de la misma, ya que, en el ámbito de la relación de causalidad—elemento de la responsabilidad civil en el cual, en teoría, se analiza dicha eximente—lo importante es “contraponer causa contra causa”,⁵³² puesto que se afirma que el hecho de la víctima es una de las tantas causas ajenas que puede alegar el demandado, para fracturar el nexo causal y eximirse de responsabilidad, tales como el “hecho” de un tercero o el *casus*.

Sin embargo, la otra parte de la biblioteca sostiene que es necesario que medie *culpa* en la conducta de la víctima para que opere la eximente,⁵³³ circunstancia por la cual los hechos de los inimputables (por ejemplo: accidente de tránsito ocasionado por la intervención de un menor de edad) exige a analizar no la culpa del menor, sino la de sus padres por falta de cuidado, lo que sumado a los requisitos del *casus* liberaría de responsabilidad.

Cinco son los motivos por los cuales se sostenía que el Código de Vélez exigía

⁵³¹ Sánchez Herrero, A. (2018). *Tratado de Derecho Civil y Comercial - Tomo III*. Buenos Aires: La Ley On line.

⁵³² López Herrera, op. cit., p. 168.

⁵³³ Según López Herrera son partidarios de la teoría de la culpa de la víctima: Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R. Por su parte, según Pizarro, D. y Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 3*. Buenos Aires: Hamurabi SRL, p. 111, agrega a Llambías y Orgaz.

la culpa de la víctima y no el *hecho*.⁵³⁴ Primer motivo: en el derogado artículo 1111 del Código Civil se hacía referencia a una “falta imputable” al damnificado, así como las disposiciones del 1113 del Código Civil, pos-reforma de la Ley 17.711, aludían expresamente a la culpa de la víctima. El segundo motivo tiene que ver con la intención del legislador del momento. Existían razones de política legislativa por las cuales, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, que trae aparejada una fuerte presunción de responsabilidad, se creía conveniente limitar la posibilidad de liberarse del deber de responder a los casos en que hubiere mediado culpa de la víctima. El tercer argumento: la prescindencia del requisito de la culpabilidad de la víctima sería contrariar la evolución jurídica de la teoría de la responsabilidad civil, dirigida hacia la protección de la persona dañada. El cuarto fundamento se enlaza con el caso de los inimputables. Se afirma que, si bien no se puede predicar culpa respecto de ellos, existen sujetos civilmente responsables como los padres, tutores o curadores en orden a los cuales sí se puede efectuar un juicio de reprochabilidad. Finalmente, en relación con el quinto motivo, Pizarro afirma “que quienes participan de estas ideas admiten que, cuando el hecho inculpable de la víctima asume los caracteres propios del caso fortuito, se opera la liberación del demandado”.⁵³⁵

Por otro lado, el hecho de la víctima, desde la perspectiva de la relación de causalidad, sería un hecho extraño al presunto responsable, no imputable, que tiene el efecto de alterar el nexo causal, exonerando o atenuando la responsabilidad.

En este sentido, no correspondería hablar de culpa de la víctima debido a que se estaría presumiendo un estado psicológico, y la voluntad del sujeto compuesta por la intención, discernimiento y libertad; y en realidad, según sus partidarios, lo que importa son las causas en la secuencia de los hechos que desplazan la imputación y no ese estado psicológico que implica además reprocharle al sujeto víctima del daño por qué se desvió de la diligencia o prudencia exigida por la norma.⁵³⁶

En resumidas cuentas, los motivos para quienes estiman que el simple hecho de la víctima es suficiente para liberar de responsabilidad⁵³⁷ también pueden resumirse en cinco argumentos:⁵³⁸ se sostiene que el anterior Código, en el

⁵³⁴ Se aclara que los cinco motivos expuestos corresponden a los autores Pizarro y Vallespinos, p. 112 y 113.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 113.

⁵³⁶ Cfr. López Herrera, p. 169.

⁵³⁷ Mosset Iturraspe, Kemelmarker de Carlucci, Zavala de González y Campanucci de Caso, según Pizarro y Vallespinos, p. 113.

⁵³⁸ Cfr. Pizarro y Vallespinos, Tomo III, p. 113 y 114.

artículo 1111 al referirse a la culpa del perjudicado, lo hace en un sentido genérico, habida cuenta de que el término “culpa” siempre alude a una conducta reprochable respecto de otras personas y no de uno mismo. En segundo lugar, se afirma que, respecto del hecho de la víctima, culpable o no, siempre implica la ruptura del nexo causal entre el hecho y el daño, desvirtuando el presupuesto de la autoría; por ello mal puede formularse un juicio de atribución de responsabilidad, cuando ni si quiera se encuentra la conexión entre la autoría y el daño. El tercer motivo se centraliza en poner énfasis en las causas del daño. Se arguye que el centro de imputación reside en causas materiales, y no en la ponderación de culpas, puesto que tanto el hecho culpable o no de la víctima pueden ser causa exclusiva o concurrente del perjuicio causado. En cuarto lugar, se reconoce que es cierto que el ordenamiento protege los intereses de las víctimas de daños; sin embargo, se sostiene que ello no puede traer aparejado imputar las consecuencias del daño a quien no es su autor causal, más allá de que la causa material haya sido el hecho culpable o involuntario de quien resultó damnificado. Finalmente, los partidarios de esta posición interpretan que la expresión “falta” utilizada por el artículo 1111 del Código de Vélez, debe ser entendida como noción equivalente a antijuridicidad objetiva, como obrar contrario a derecho y no a la conciencia que el autor tenga en la comisión del hecho dañoso.

VI. b) El hecho de la víctima en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial determina en el artículo 1729 al hecho del damnificado como una de las posibles causas ajenas. Como puede observarse, no quedan dudas de que “el Código toma partido ante un reiterado y persistente debate en la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de si la exigente se configura con el solo hecho positivo o negativo de quien sufre el daño, pero con incidencia efectiva sobre el nexo causal, o si, además de esa interrupción fáctica, se requiere que el accionar de la víctima le sea imputable a título de culpa”.⁵³⁹ El hecho del damnificado prescinde de la culpa, salvo que la ley o el contrato dispongan lo contrario.

Lorenzetti indica que “no es la gravedad de su culpa, sino la operatividad causal de su conducta la que excluye o limita el deber indemnizatorio de terceros (...). En consecuencia, el hecho de una persona sin discernimiento —en

⁵³⁹ Sánchez Herrero, Ob. cit.

los términos del artículo 261 del Código— tiene la misma aptitud causal que el de quien obra un acto voluntario”.⁵⁴⁰

Así las cosas, el hecho del inimputable, de una persona con capacidad disminuida o de un menor, es suficiente para tenerlos por causantes de su propio daño. En el caso de los menores, con el régimen anterior, algunos fallos interpretaban que si bien no había culpa del menor, sí la había de sus padres, por falta de vigilancia. Otros fallaban que el hecho de la víctima —tal como lo establece actualmente el Código Civil y Comercial— interrumpía el nexo causal.

Sobre este tema, Alterini sostiene que “se alivia la carga probatoria para la liberación del deber de responder, en contra de las víctimas, puesto que no se necesita acreditar que la víctima incurrió en culpa, sino únicamente la influencia de su hecho en la línea causal del dañador”.⁵⁴¹

No obstante, “el artículo en comentario deja a salvo los casos en los que la ley o el contrato disponen que debe mediar culpa o dolo de la víctima. Esto se verifica, en general, cuando se trata de damnificados en situación de vulnerabilidad, pues en tales casos la exigencia de una culpa calificada del dañado opera como una forma de aumentar su protección”.⁵⁴²

Por otro lado, más allá que la norma comentada no lo establece, Lorenzetti señala que “para que el hecho de la víctima desplace totalmente la autoría del agente, y se constituya en la causa exclusiva del perjuicio, es preciso que reúna los caracteres del caso fortuito en los términos del artículo 1730 (es decir, debe ser imprevisible o inevitable, además de exterior —artículo 1733, inc. e—)”.⁵⁴³

En apoyo a esta tesis se recurre al derecho comparado. Se destaca que en el derecho francés “el hecho causal no constitutivo de la fuerza mayor no tienen

⁵⁴⁰ Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial comentado*. Tomo XVIII, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 430.

⁵⁴¹ Alterini, J. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético 2º. Ed. Tomo VIII*. La Ley On line.

⁵⁴² *Ibid.* 431. En materia “de daños al consumidor la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que ‘los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial’, lo que equivale a exigir una culpa grave del consumidor o usuario para que ella pueda tener relevancia causal” y CSJN, Fallos: 331:819, 333:203, según Lorenzetti, p. 432.

⁵⁴³ *Ibid.* Continúa diciendo el citado autor: “Eso es así por cuanto únicamente el caso fortuito rompe totalmente el nexo causal adecuado entre el hecho del sindicado como responsable y el daño; de ahí que el artículo 1730, que lo regula, disponga que el *casus* ‘exime de responsabilidad’”.

ningún efecto exoneratorio”⁵⁴⁴ y que dicho criterio fue seguido tanto por la jurisprudencia argentina durante la vigencia del anterior Código y parte de la doctrina nacional, requiriendo la inevitabilidad del hecho del damnificado, la imprevisibilidad o ambas.⁵⁴⁵

No obstante, que el hecho del damnificado deba reunir los extremos del *casus* no es una posición pacífica en doctrina, ya que, del tenor literal del artículo 1729, no se observa dicha exigencia legal, de modo que tales extremos no serían necesarios. A su vez, desde un análisis comparativo, los requisitos que están expresamente exigidos para el caso fortuito y fuerza mayor (artículo 1730 del Código Civil y Comercial) y para el hecho del tercero ajeno (artículo 1731 del mismo Código), faltan en la norma específica (artículo 1729 del mismo Código), lo cual revelaría la irrelevancia para configurar esa específica causa extraña.⁵⁴⁶ Por su parte, otros autores afirman que “la exigencia de imprevisibilidad e inevitabilidad no es necesaria y conduce, sustancialmente, a confundir la eximente que nos ocupa con el caso fortuito y la fuerza mayor”.⁵⁴⁷

VII. Repensando el artículo 1729 del Código Civil y Comercial y los diferentes efectos atribuidos a los actos de la víctima

La norma en comentario dispone que la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño tiene como efecto excluir o limitar la responsabilidad civil del presunto dañador, por lo cual, se debe tener en claro qué es el “hecho del damnificado”.

En este sentido, la palabra “hecho”, en derecho, hace referencia a un suceso o acontecimiento que acaece en la realidad, en el mundo exterior, necesariamente

⁵⁴⁴ Bacache-Gibeili, M. (2012). *Traité de droit civil. Tomo V. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*. 2ª edición. Christian Larroumet (director). París: Économica, p. 582, citado por Sánchez Herrero, Ob. cit.

⁵⁴⁵ CNACIVIL, SALA H, “V., L. A. c. A., C. y otros s/daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte)”; 21/8/2014, La Ley Online: AR/JUR/49768/2014; CNACIVIL, SALA B, “Carbajal, Nora Antonia c. Aragón, Olga y otros”; 12/04/2010, La Ley, 2010-E, p. 14; RCyS, 2011-I, p. 114. C3.AACCMPTMENDOZA, 20/04/2009, “Martín, Oscar Walter y otra por su hijo menor G., J. M. c. García, Marcelo Fabián Antonio y Lucero, Cesar p/d y p”; LLGran Cuyo, 2009 (agosto), p. 680; CACCLGUALEGUAYCHU, “Pedroza, Hugo Daniel c. Municipalidad de Larroque y otros s/ordinario daños y perjuicios”; 29/11/2012, LLLitoral, 2013 (abril), p. 307; La ley Online: AR/JUR/70748/2012, fallos citados por Sánchez Herrero, Ob. cit.

⁵⁴⁶ Sánchez Herrero, Ob. cit.

⁵⁴⁷ *Ibid.* en referencia a Ramón Pizarro.

en un tiempo, lugar y acaecido de una manera o modo determinado. El suceso ocurre en una fracción de tiempo determinado, dentro de la eternidad, específicamente en un día, que es la medida de contar el tiempo en el derecho; y en un punto o sitio específico, en la inmensidad del espacio y rodeado de circunstancias propias del contexto que envuelve al hecho.

En definitiva, esbozando un concepto de la institución prevista en el artículo 1729 del Código Civil y Comercial, se puede afirmar que el hecho del damnificado consiste en un acontecimiento ocurrido en un tiempo y lugar determinado, en el que intervenga o participe de alguna forma el sujeto damnificado y que tenga incidencia causal, de acuerdo con los parámetros de la teoría de la causa adecuada (artículo 1726 del Código Civil y Comercial), en el resultado dañoso, con prescindencia de la culpa o el dolo.

De esa manera, el hecho del damnificado se ubica dentro del género de los hechos jurídicos, con la particular intervención del damnificado, con incidencia causal en el resultado dañoso y cuya única consecuencia en el mundo jurídico es liberar o reducir la responsabilidad civil del demandado. Cabe señalar que excepcionalmente y por disposición legal o contractual, dicha norma abre la puerta a concebir el hecho del damnificado desde la culpa, dolo o “cualquier otra circunstancia especial”.

En base a los términos del artículo 1729 del Código Civil y Comercial y no más allá de ellos, se concibe un concepto bastante amplio y con cierta vaguedad. Con lo cual, dentro de éste se pueden incluir determinados actos en los que interviene el damnificado con diferentes connotaciones jurídicas asignadas por el ordenamiento, los cuales se detallan seguidamente.

El hecho del damnificado, según las posiciones doctrinarias reseñadas, puede ser entendido como una condición adecuada del resultado dañoso, dentro del análisis de la relación de causalidad, que eventualmente será útil al demandado para eximir o atenuar su responsabilidad, pudiendo comprender actos voluntarios (con intención, discernimiento y libertad) o actos involuntarios (aquellos casos de inimputables –por ejemplo, menores de edad– carentes o con un precoz grado de madurez).

También quedarían incluidos dentro del hecho del damnificado aquellos actos negligentes, imprudentes o imperitos de los sujetos que resultaron dañados, por más que ellos no importen al ordenamiento, puesto que solo se trataría de un tema de causa y efecto sin ningún tipo de valoración subjetiva. Ahora, necesariamente para liberarse de responder se debería acreditar la culpa de la víctima cuando una disposición legal o contractual así lo exijan. En efecto, si existiera culpa exclusiva de la víctima liberaría de responsabilidad al presunto autor del daño. Sin embargo, la simple culpa de la víctima generaría responsabilidades concurrentes, de tal forma que debería determinarse con qué parte del perjuicio cargara el autor del daño y la víctima,

recibiendo esta última una indemnización disminuida o parcial en relación al menoscabo soportado.

En esta dirección, el derecho comparado ofrece sistemas para determinar el efecto jurídico que se adjudicará a la situación cuando exista concurrencia de culpas y/o causas: 1) el del todo o nada, en el cual la cualquier participación de víctima en la producción de su propio daño vedaba la posibilidad de una indemnización; 2) el de ponderar la incidencia causal de víctima y victimario en la producción del daño; 3) el de estimar la gravedad de las culpas de cada uno de los agentes en la producción del daño (para lo cual, sería útil, la graduación de las culpas prevista en el sistema romano); o 4) simplemente ante la imposibilidad de la aplicación de los sistemas 2 y 3, proceder a la repartición salomónica: cincuenta por ciento cada uno.

Por otra parte, dentro del hecho del damnificado resulta incluido el dolo directo, indirecto o eventual por parte de la víctima, cuyo efecto jurídico sin dudas es la eximición de responsabilidad del reputado autor del daño.

En este orden, la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro, conforme los parámetros del artículo 1719 del Código Civil y Comercial, no justifica el daño. Es decir, dicha asunción o exposición voluntaria no tiene valor normativo para justificar el daño que el damnificado padezca, salvo que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal, en cuyo caso eliminara o atenuara la responsabilidad.

VIII. Síntesis

En el origen de este trabajo, en relación a la culpa de la víctima se planteó el siguiente interrogante: ¿se incorporó al ordenamiento una excepción a la responsabilidad civil diferente a aquella establecida en el Código Civil de 1859?

Partimos de que hablar de la culpa de la víctima o del hecho de ésta, si bien pareciera ser una mera cuestión terminológica o de *nomen iuris*, no es menor, dado que escoger una u otra expresión, o ambas, tiene repercusiones en las reglas y los requisitos aplicables; además de provocar eventualmente una reorganización, desde la academia, de la enseñanza de la legislación, de la doctrina y jurisprudencia y, en particular, del sistema de eximentes que liberan de responsabilidad.

Para dar respuesta a la pregunta planteada, en una primera etapa fuimos al origen de nuestro sistema de responsabilidad civil: al derecho romano. Allí encontramos, en la época clásica, al delito privado conocido como *Damnum iniuria datum* contemplado por la *Lex Aquilia*. Concretamente, gracias al elemento relevado de las fuentes romanas conocido como *Iniuria*, desde la

sanción de la *Lex Aquilia* hasta la época de la compilación justiniana, pudimos apreciar la evolución jurídica de dicho elemento. Originariamente, la *Iniuria* en el plebiscito tenía el valor de una particular injusticia de la conducta, o, en otras palabras, de una conducta no justificada por el derecho, con presidencia de cualquier valoración subjetiva del accionar de la víctima. Posteriormente, dicho elemento fue reinterpretado por la jurisprudencia clásica en el marco de diferentes casos, dando lugar, ya en el siglo I a. C., al concepto de culpa. Para ser claro, la culpa evolucionó a partir de la labor de la jurisprudencia clásica concatenada al concepto romano de *iniuria* en el contexto del delito de *damnum iniuria datum*.

Ahora bien, en particular se infiere de los antecedentes traídos de la jurisprudencia clásica el significado del concepto “culpa de la víctima”: el lanzador de jabalina que mata a un esclavo que intempestivamente pasó por el campo de práctica; el cliente que confió en el barbero que realizaba su labor en un sitio público y peligroso, que le cortó la garganta con una navaja tras un golpe de una pelota; el esclavo que murió consumido por las llamas en el marco de un juego consistente en saltar sobre fuego, resultado de la paja incendiada en una fecha festiva, entre otros.

Estos episodios y otros que probablemente quedan pendientes por descubrir, muestran que, en el derecho romano, la culpa de la víctima siempre estuvo conectada a un reproche subjetivo, teniendo en cuenta el tiempo, lugar y contexto en que sucedieron los hechos, y como efecto liberar de responsabilidad al presunto autor del daño. Se le reprochaba a aquel que era causante de su propio daño el no haber adaptado su accionar a un modelo estándar de comportamiento ligado a la diligencia.

Por otra parte, es de sumo interés destacar, más allá de los casos mencionados, que un pasaje del Digesto resume la idea de la culpa de la víctima, y que además fue una nota directa de nuestro ex Código Civil en el artículo 1111, Pomponio en D. 50. 17. 203, refiere: “no se entiende que el que sufre daño por su culpa, sufre daño”. Incluso con la reforma de la Ley 17.711 estableció en el artículo 1113 del Código Civil, segunda parte, segundo supuesto, la posibilidad de liberar al dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa acreditando la culpa exclusiva de la víctima.

Con posterioridad la doctrina y jurisprudencia mayoritaria prefirió referirse al hecho del damnificado y no a la culpa, ya que en el ámbito de la relación de causalidad hay que contraponer causa contra causa, de modo que el hecho de la víctima sería una de las tantas causas ajenas que interrumpe el nexo causal, sin entrar a analizar la faz subjetiva de la conducta del damnificado.

Aparentemente, el artículo 1729 del Código Civil y Comercial adoptó la idea plasmada en el párrafo anterior estableciendo que: “la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en

la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que deba tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier circunstancia especial”.

Sin embargo, si bien se circunscribe el accionar de la víctima en el estamento de la relación de causalidad, donde la valoración subjetiva no cabe, se confunde de la institución cuando la misma norma dice que excepcionalmente se exime de responsabilidad cuando la ley o el contrato dispongan que deba tratarse de la culpa. Se confundiría las cuestiones puramente fácticas de eficacia causal con el reproche subjetivo de la víctima.

Por otro lado, parte de la doctrina civilista argentina sostiene que el hecho del damnificado como causal de exoneración de responsabilidad debe reunir los extremos del caso fortuito. Ahora bien, desde el tenor literal de la ley no se exigen tales extremos, aunque sí para el hecho del tercero ajeno por el cual no se debe responder, de manera que, y *a contrario sensu*, cuando la ley distingue hay que distinguir.

Así las cosas, al igual que sucedió con el elemento *iniuria* —y su evolución gracias a la jurisprudencia clásica romana—, no será casual ni extraño que, con el paso de los años, en esta sociedad de ritmo acelerado y cambiante, de seguir la corriente causalista, el hecho del damnificado pudiera quedar subsumido en el *casus*, es decir, en un hecho jurídico que libera de responsabilidad por sus vetas de imprevisibilidad e inevitabilidad.

Igualmente, se aprecia la ausencia de un concepto claro y preciso del hecho del damnificado en todo el Código Civil y Comercial, lo que no se ve reflejado en otras instituciones que cuentan con sus propias definiciones. Al parecer será la jurisprudencia, al igual que en Roma, la que le terminará por dar precisión jurídica a dicho término.

Más allá de las críticas esbozadas, resulta llamativo en un Código protectorio de los más vulnerables, la actual facilidad para el autor del daño —incluso en casos de responsabilidad objetiva— para eximirse de responsabilidad.

No es que resulte fácil acreditar en el ámbito de la causalidad, que el hecho de la víctima es la causa adecuada del resultado dañoso. No obstante, ello es mucho más cómodo en comparación a exigirle al reputado dañador que para liberarse de responder no solo tiene que probar la ruptura del nexo causal, sino que ello se vincula directamente con la culpa del damnificado, el cual no habría alcanzado el estándar de diligencia requerido por el ordenamiento.

Pues bien, introducir el hecho del damnificado para dar solución a otros problemas dogmáticos, que podrían resolverse de otra manera, significa desconocer la evolución jurídica que ha tenido nuestro derecho dirigida a la protección de las personas dañadas.

En definitiva y para concluir, gracias al derecho romano logramos una profunda comprensión de la evolución jurídica de la institución analizada, lo cual permite afirmar, como decía el profesor Andrea Wacke, que no es un depósito

de curiosidades, ni un gabinete de objetos raros cubiertos por el polvo de los siglos, sino una disciplina cuyas reglas atemporales, sólidas y a la vez flexibles, permite apreciar, y entender instituciones tan actuales como la que fue objeto de este trabajo.

Bibliografía

Alterini, J. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. 2º edición. Tomo VIII. La Ley On line.

Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9º edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Catresana, A. (2001). *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*. 1º edición. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca.

García del Corral, I. (trad.) (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas Editor.

Iglesias, J. (1997). *Derecho Romano*. 14º edición. Madrid: Ariel.

Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial comentado*. Tomo XVIII. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Peña Guzmán, L. y Argüello, L. (1966). *Derecho Romano*. Tomo II. Buenos Aires: Tea.

Pizarro, D. y Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones Tomo 3*. Buenos Aires: Hamurabi SRL.

San Martín Neira, L. (2014). “La reducción del resarcimiento de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas”. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 27, julio-diciembre de 2014.

Sánchez Hernández, L. (2016). “De la culpa de la *lex aquilia* del derecho romano al principio de responsabilidad por cual en el derecho civil colombiano”. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 30, enero-junio de 2016.

Sánchez Herrero, A. (2016). *Tratado de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. La Ley On line.

Solarte Rodríguez, A. (2015). “La reparación in natura del daño”. Estudios de doctorado en la Universidad de Salamanca, 11 de mayo de 2015.

Wacke, A. “Accidentes en deporte y juego según el Derecho romano y el vigente derecho alemán”. Universidades de Barcelona y Madrid. Traducido al español por el profesor Juan Miquel González de AUDICANA.

Wierzba S., Meza, J. y Meza J. C. (dir.) (2017). *Derecho de Daños. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Hammurabi SRL.