

XXIV. Previsibilidad abstracta y previsibilidad <i>in concreto</i>	99
--------------------------------------------------------------------------	----

Como se ve, y pese —valga la reiteración— a que en definitiva “relación causal adecuada” y “culpabilidad” vienen a resultar lo mismo (nexo causal más culpabilidad), la primer postura carga innecesariamente la actividad procesal de la víctima hacia la indemnización por daños y perjuicios.

XXIV. PREVISIBILIDAD ABSTRACTA Y PREVISIBILIDAD “IN CONCRETO”

En el *Curso de Obligaciones*, volumen I, recientemente aparecido, del doctor Atilio Aníbal Alterini, se da también por sentada la existencia autónoma de una “relación de causalidad suficiente”, como presupuesto necesario de la responsabilidad y distinta de la “culpabilidad”. Se inserta esta postura en la clásica concepción que procura diferenciar, a nivel de actuación autónoma, los conceptos de “relación causal” y “culpabilidad”; diferencia que posibilita, en definitiva, la permanencia doctrinaria y jurisprudencial de las “teorías de la relación de causalidad” en el Derecho Civil.

Pero el tratamiento de este problema en la obra mencionada incluye una particularidad que justifica, a nuestro modo de ver, un análisis más profundo en lo que a su consideración atañe. En efecto, además de reiterar la posición de Orgaz (véase cap. XX), el doctor Alterini introduce un nuevo matiz a fin de afianzar ese funcionamiento autónomo y diferente de ambos conceptos.

Dice Alterini: "La relación causal —en general— y la culpabilidad, se asientan sobre el concepto común de previsibilidad. Pero ambas categorías meritan distintas formas de previsibilidad. En efecto, la causalidad adecuada computa la previsibilidad "en abstracto", según la normalidad de las consecuencias en sí mismas captadas por la experiencia vital; la culpabilidad, en cambio, pondera la previsibilidad "en concreto", de acuerdo con la situación propia del autor frente al acto. Cuando el autor prevé o puede prever un resultado dañoso, es culpable; y responde por todos los demás resultados normales de su acto, que son adecuados, y genéricamente previsibles. Por otra parte —continúa— puede haber culpabilidad sin causalidad, como si se administra veneno a un sujeto que, antes de que pío, no sometido a una servidumbre de paso, hiriendo a un extraño que se encontraba allí sin permiso (nota al art. 1111, Cód. Civil); y, a la inversa, puede haber culpabilidad sin causalidad, como si se administra veneno a un sujeto que, antes de que aquél actúe, muere atropellado por un automóvil"⁷⁷.

En primer término, conviene señalar —a los fines de centrar la cuestión con exactitud o al menos con mayor precisión— que la transcrita formulación opera en dos distintos niveles conceptuales, y que, para poder cuestionarla o avalarla se requiere una previa demostración de ellos. Mientras en el segundo argumento (ejemplo del veneno) se distingue "cau-

⁷⁷ Alterini, Atilio A. y López Cabanna, Ameal, *Curso de obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, vol. I, p. 235.

salidad" de "culpabilidad", en el primero —como no podía ser de otra manera si de previsibilidad se trata— se distingue entre "relación causal adecuada" y "culpabilidad". Estimamos que esta yuxtaposición conceptual no ayuda a situarse en el verdadero punto de la problemática. "Causalidad" y "relación causal adecuada" no son conceptos idénticos; el segundo es sólo una caracterización jurídica del primero, y como tal diferente de él. Por causalidad no podemos sino entender, siguiendo a Bunge, la "conexión entre el antecedente y el consecuente erigida en método del conocimiento humano con validez universal" (determinismo causal); en cambio, por "relación causal adecuada" debemos interpretar esa conexión reelaborada a nivel jurídico con las características específicas que establecen, entre otras, las posiciones de von Kries, Thon, Traeger, etcétera. Si se quiere, habría una relación de género a especie, puesto que dentro de la "causalidad" pueden situarse en el ámbito jurídico, todas las teorías al respecto (equivalencia de condiciones, causa próxima, causa eficiente, causa adecuada), en tanto que "relación causal adecuada" es sólo una teoría jurídica de la causalidad. Por ello creemos que el planteamiento del problema puede dar lugar a confusiones, ya que aparece identificándose "causalidad" con "relación causal adecuada", siendo así que, como vimos, son dos conceptos con contenidos diferentes.

En rigor de verdad, el mismo Alterini, en su obra *Responsabilidad Civil*⁷⁸, advierte que "Por de

⁷⁸ Alterini, Atilio A., *Responsabilidad civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 156.

pronto, resulta obvio que "causalidad" es género de "relación de causalidad", "nexo causal" u otra perífrasis semejante". Si bien nosotros no estamos de acuerdo en que "nexo causal" sea especie de causalidad, sino que por aquél entendemos la "conexión en sí de los acontecimientos", cualquiera que sea el concepto que Alterini tenga sobre "causalidad", es obvio que este autor no confunde "causalidad" con "relación de causalidad". Por lo tanto pensamos que menos aún puede identificarla con la "relación causal adecuada". Sin embargo, el texto transcrito puede, a nuestro juicio, desorientar al lector desprevenido.

En cuanto al ejemplo del veneno, reiteramos nuestra posición expuesta en el cap. XX, por ser el mismo supuesto allí analizado, no sin advertir a la vez que participaríamos de la opinión de Alterini si por "causalidad" entendiera él lo que nosotros entendemos por "nexo causal".

La diferencia que se establece entre la previsibilidad de la "causalidad adecuada" y la de la "culpabilidad", es, a nuestro juicio, una verdadera abstracción, a la par que tampoco la encontramos acertada.

Como el texto en análisis nos habla de "causalidad adecuada", no podemos sino considerar el tema dentro de la concepción de causalidad de las "teorías de la causa adecuada". Sin embargo, carecemos de elementos concretos para poder precisar si el referido autor se mueve dentro de una u otra línea de exposición de la citada teoría. Nótese que la cuestión podría ser distinta según se sostuviera la posi-

ción de Rümelin o la de von Kries, o la de este segundo y la de Thon; concepciones todas ellas que, como se vio, han sido clásicamente englobadas dentro de la elaboración de la "causación adecuada". Ello nos obliga a despejar una primera incógnita.

Pensamos que, tratándose de un problema de "previsibilidad", la tesis de Rümelin (concepción ultraobjetiva para la cual —según dejamos examinado— deben tomarse en cuenta "todas las circunstancias existentes en el momento de la acción, ya conocidas por entonces, ya con ulterioridad") queda fuera del marco de la postura que estudiamos. Creemos que, con pequeñas variantes, puede situarse el fundamento del distingo del autor aludido en las formulaciones de von Kries, Traeger o Thon.

De acuerdo con la posición de von Kries, el juicio de previsibilidad debe hacerse "desde lo que es o puede ser conocido por el agente en el momento de la actividad". Según Traeger y Hippel, dicho juicio debe realizarse "desde todas las circunstancias susceptibles de ser conocidas por el autor". Ambos enfoques, como se apreciará, parten del conocimiento del sujeto; reconocemos que entre uno y otro puede verse un intento de mayor o menor abstracción, pero al tratar de establecerse la "relación causal adecuada", necesariamente se debe referir esa previsibilidad de las consecuencias a la situación concreta del sujeto, y es entonces cuando se produce la inevitable confusión entre "previsibilidad abstracta" y "previsibilidad en concreto". No vemos, por tanto, que la previsibilidad de la "relación causal adecuada" sea "abstracta" en el sentido en que se pretende.

Por otra parte, tampoco estamos de acuerdo en que la previsibilidad de la culpabilidad sea "en concreto". Si tomamos la posición de Thon (previsibilidad del hombre común o promedio), advertiremos que la supuesta abstracción que tiene ella es idéntica, en todo caso, a la que posee la apreciación de la culpa *stricto sensu* en nuestro Código Civil. Nuevamente, los extremos se tocan.

Pero creemos que, a fin de profundizar nuestro estudio, se torna imperativo un análisis —siquiera sea somero— del criterio de apreciación de la culpa en nuestro Código, para apreciar cómo, en este elemento de la responsabilidad, la previsión abstracta y en concreto, así planteadas, se confunden, de tal manera que la diferenciación se torna superflua.

Se advierte que el análisis que sigue no agota en absoluto el estudio de la culpabilidad y de la "culpa *stricto sensu*", puesto que nuestro objetivo es pretender demostrar aquí solamente que la previsibilidad de la culpabilidad no es, como lo sostiene la doctrina que examinamos, *in concreto*.

Ya hicimos notar que para nosotros existe, en la base de la culpabilidad, un criterio objetivado de la previsibilidad. Lo objetivo, en este terreno, tiene que ver con lo "abstracto", en tanto en cuanto se entienda por esto último prescindir —o relegar a segundo plano— de la investigación concreta del autor "frente al hecho"; y lo subjetivo se vincula con lo concreto si por esto último se interpreta hacer estribar la previsibilidad única o fundamentalmente en la capacidad o conocimiento del sujeto. A nuestro juicio esto requiere una mayor explicación.

Por “abstracción” se entiende, etimológicamente, “conocimiento de una cosa prescindiendo de las demás que están con ella”; “idea quimérica sin relación con la realidad”⁷⁹. Cuando la doctrina se refiere a los “criterios abstracto e *in concreto* de apreciación de la culpa”, lo hace, según nuestro punto de vista, sobre la base de que el primero implica prescindir —en cuanto elemento único y determinante— del análisis de la conducta real del agente y tomar sólo como patrón la “conducta debida”, cuyo contenido está dado por la que se atribuye a un ente ideal; habría, por decir así, una “despersonalización” de la investigación. La conducta debida no está dada por las circunstancias del caso, sino por la que convencionalmente se adjudica a un tipo ideal. Por el contrario, en el criterio *in concreto*, se eliminaría la existencia de un “tipo ideal” de conducta y se estudiaría la actuación individual del agente frente a las circunstancias y sus conocimientos. El primero implicaría la comparación con ese “tipo ideal”, al paso que el segundo atendería a las condiciones del agente y a la situación de hecho frente a la cual se encontraba.

Lo abstracto, pues, implicaría la existencia de una “conducta exigible general”, con la cual debe medirse, en cada caso, la “conducta en estudio”. Por oposición, el criterio *in concreto* supondría la ausencia de esa conducta genérica, toda vez que, al parecer, el examen se agotaría en el análisis de la conducta del agente y las circunstancias de hecho que influyeron en ella.

⁷⁹ Pequeño Larousse Ilustrado, p. 8.

Estos son, a nuestro juicio, los términos en los cuales se plantea la distinción entre ambos criterios. Siendo así, nosotros advertimos que, pese a las diferencias que señala la doctrina, en ambas formas de apreciación hay una elaboración previa de una “conducta exigible”, como se verá. Y además sostenemos que en nuestro Código Civil el criterio de apreciación de la culpa se funda, en gran medida, en la existencia de esa conducta. Los elementos objetivos que —como hacen notar nuestros más destacados juristas— contiene la “culpa *stricto sensu*”, nos sirven para detectar las pautas que nutren esa “conducta genérica exigible”, y por ende, para situar a ésta.

Por ello decimos que lo “objetivo” se liga, de esa forma, con lo “abstracto”, no porque sean conceptos idénticos, sino porque el primero indica la existencia de una conducta a la cual debe “compararse” la del agente para determinar la presencia o no de la culpa, en tanto que este procedimiento es inherente al “criterio abstracto” de apreciación, según vimos. Por el contrario, lo subjetivo, en cuanto implica “personalizar” la investigación y sostener la ausencia de una conducta genérica, se vincula con el “criterio denominado *in concreto*”.

Aclarado este punto, que consideramos esencial, veamos un poco más de cerca cuáles son los criterios tradicionales de apreciación de la culpa.

Puede determinarse la culpa del agente refiriendo su conducta a la que se considera hubiera adoptado un “ente ideal” creado a ese efecto (el *bonus pater familias* de los romanos; el “comerciante ho-

nesto y leal” del Código alemán, etcétera). Se elabora una representación jurídica de lo que debe ser la conducta observable y, en el caso concreto, se compara la “conducta en examen” con la que hubiera observado ese ente ideal. En términos generales éste es el criterio de apreciación de la culpa que suele calificarse de “abstracto”. La abstracción consiste en “despersonalizar el análisis”, en estudiar no la conducta concreta del autor frente al acto, sino en verificar simplemente si la conducta observada es o no la que hubiera realizado un “buen padre de familia” o un “comerciante honesto y leal”. Se elabora jurídicamente una conducta exigible, se la coloca en planos generales y objetivos, se la atribuye a un llamado “ente ideal”, y con ella se mide la que es objeto de examen.

Puede también apreciarse la culpabilidad, sin necesidad (más adelante veremos si esto es exactamente así) de elaborar “apriorísticamente” una “conducta ideal” exigible, sino analizando más bien a partir del sujeto y sus posibilidades de variar la conducta dañosa según las circunstancias de cada caso, y estudiando —como señala Colmo— “la mayor o menor capacidad psicológica del agente, la mayor o menor cultura imperante en el medio respectivo, el menor o mayor apremio con que haya debido obrar el agente, etcétera”⁸⁰. Este es el criterio de apreciación denominado *in concreto*, adoptado por nuestro codificador en el art. 512, y que Boffi Boggero resume así: “Es decir, que se toma en cuenta

⁸⁰ Colmo, ob. cit., p. 82.

el cúmulo de factores que constituyen la obligación que se examina, lejos de abstraer conceptos que no se compaginan con la justicia del caso particular, dando un consejo a los órganos jurisdiccionales para que no sean de excesivo rigor ni indulgencia extrema, evitando clasificaciones de culpa cuando no media un tipo conocido 'al cual pueda referirse y medir por él las diligencias que hace un buen padre de familia' " 81.

Prima facie surge una diferencia entre el denominado "criterio abstracto" y el "*in concreto*". Sin embargo, penetrando en el estudio de la culpa en concreto del art. 512, advertiremos que posee ella ingredientes objetivos (que trascienden al sujeto), que determinarán si subjetivamente existía o no la posibilidad de observar otra conducta; es decir, comprobaremos que también aquí existe la "elaboración jurídica de una conducta exigible", con la característica de que su contenido no debe buscarse en lo que hubiere hecho "un ente ideal".

La conducta exigible —cuya violación hace incurrir en culpa—, no sólo se determina por la "capacidad psicológica del agente o el conocimiento subjetivo que éste tenga de las cosas", sino por situaciones objetivas que influyen sobre esa capacidad o ese conocimiento y que hacen que la ley considere "culpable" al sujeto, con independencia, en la mayoría de los casos, de esa investigación subjetiva.

Si radicáramos la cuestión sólo en el aspecto interno del agente, no sería posible la efectiva apli-

81 Boffi Boggero, ob. cit., p. 199.

cación del derecho. Así lo ha reconocido expresamente nuestro Código Civil, cuando en la primera parte del art. 909 dice: "*Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada*". El propio Alterini está de acuerdo con ello, al decir: "Nuestro Código adopta —como sabemos— una definición en concreto, ajena a un arquetipo que sirva como término de comparación. Pero, como aclara Orgaz, existe siempre un término de comparación entre la conducta real y la conducta debida: no se compara la conducta obrada frente a la obligación con la actitud general del mismo agente, 'pues si éste es torpe o inhábil o poco inteligente, etcétera, su acto también lo será y, en consecuencia, esto importaría, de admitirse la excusa, crear una nueva y variada fuente de inimputabilidad'" ⁸².

Ahora bien, por un lado el art. 512 nos habla de "*diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*". Por otro, el art. 904 nos dice que también son imputables las consecuencias mediatas cuando, empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, "haya podido preverla". Esto nos indica que, no sólo hay culpabilidad cuando hay "descuido", por ejemplo, del agente, sino también cuando la ley considera que "no podía haber descuido", fundándose para ello en la exigencia de una "previsibilidad común o promedio"

⁸² Alterini, *Curso de obligaciones*, cit., vol. I, § 437.

que surge de esos elementos objetivos. En este último caso, también hay una “despersonalización del análisis”: no se investiga la real capacidad mental del agente, sino que, comparada su conducta con la que objetivamente debía y podía realizar para evitar el daño, se observa la discordancia que implica “culpabilidad”. La sabia fórmula de nuestro codificador (cuando previó y cuando pudo haber previsto) es suficientemente comprensiva del “descuido” y de la situación que “no permite el descuido”. Pero esta última implica, a no dudarlo, la existencia de una conducta genérica exigible, por encima del poder de previsión del sujeto, que podría ser la que “corresponde a un hombre común o promedio”.

Dice al respecto Boffi Boggero, refiriéndose al concepto de culpa de nuestro Código Civil: “Dicho concepto de culpa es comprensivo de toda especie: la consciente e inconsciente”⁸³, y previo a ello nos enseña: “. . . Hay culpa consciente cuando el autor se ha fundado en la esperanza de que no sobrevenga el resultado, y hay culpa inconsciente cuando el autor no ha tenido representación del resultado que ha de sobrevenir”⁸⁴.

Retomando el ejemplo que indicamos en el cap. XX, si un cirujano, al intervenir quirúrgicamente, se representa el resultado de “poder dejar olvidada una gasa en el cuerpo del paciente”, y así sucede pese a la esperanza del médico de que ello no ocurrirá, hay culpa: previó la posibilidad de la con-

⁸³ Boffi Boggero, ob. cit., p. 201.

⁸⁴ Boffi Boggero, ob. cit., p. 196.

secuencia dañosa y no la evitó (ni hizo nada para evitarla). Pero también hay culpa si el mismo cirujano deja la gasa en el cuerpo del paciente sin haberse representado o sin haber previsto la posibilidad de ese olvido. Y en el segundo caso, hay culpa porque “pudo haberlo previsto”, ya que objetivamente ello era posible. Los elementos objetivos —tiempo, lugar, etcétera—, hacían que la conducta exigible fuera la de “no dejar gasa en el cuerpo del paciente” (previsible y evitable). Su obligación era prever, pero, aun no haciéndolo, objetivamente “podía preverlo”. Esto es suficiente para que estemos ya tocando el terreno de la culpa; obsérvese que si la ley hubiera restringido la existencia de la culpa sólo a la “previsión del sujeto”, no habría aplicación práctica de la responsabilidad.

Pero, además —hay que destacarlo— el hecho de que el agente pueda prever algo, es porque, objetivamente ello es posible —en la mayoría de los casos, se entiende—, y la investigación de la culpa se hace en general midiendo la conducta adoptada con la que “objetivamente debió adoptarse”. Esa posibilidad surge de las circunstancias de tiempo y de lugar que conforman “la conducta exigible de un hombre promedio o común”. Quiere decir, pues, que se mide la conducta en examen con la “conducta debida”, o sea, la que es dable pretender en un “hombre promedio o común”.

Por otra parte, cuando se dice que la culpa se aprecia teniendo en cuenta la “situación propia del autor frente al acto”, nosotros apreciamos que esa “situación propia” está, en rigor, predeterminada

por concepciones genéricas y objetivas que hacen que la conducta sea, en definitiva, reprochable o no. Hay un marco de objetividad que determina la culpabilidad. La pura subjetividad no basta para establecer la culpabilidad. Al respecto dice Boffi Boggero: "La peor intención y el más extraordinario descuido no serán dolo y culpa, *stricto sensu*, si no se hubiese podido exigir otra conducta, si esa intención y ese descuido lo hubiesen vivido dentro de las exigencias legales. Quien mata en legítima defensa, ¿acaso incurre en dolo? No, porque no se le podía exigir otra conducta. Obró con 'juridicidad'. Se podría decir que el ejemplo es excesivo porque allí, al no haber 'antijuricidad', mal puede plantearse el interrogante de si hay 'imputabilidad subjetiva' y 'culpabilidad'. Frente a ello, hagamos la pregunta así: ¿incurrió en culpa quien cometió un error razonable? No, porque no se le podía exigir otra conducta"⁸⁵.

Y sobre el ingrediente objetivo en la determinación de la culpa, dice Boffi Boggero: "La ley o el acto voluntario lícito disponen una conducta y, al mismo tiempo, imponen otra de diligencia sin cuya observación no se puede cumplir la primera. Ningún agente puede engendrar un riesgo intolerable, irreparable. Este último entraña culpa. Nosotros dijimos que se debe 'actuar con las diligencias comunes a todo ser humano en la conducción de sus actos' (LL, 81, p. 83)".

⁸⁵ Boffi Boggero, *Elementos de la llamada 'responsabilidad subjetiva'*, en "Anuario del Departamento de Derecho" de la Universidad Iberoamericana, 1973, n° 5, ps. 100-101.

“Es interesante penetrar un poco más en su concepto. El juicio de reprobación que designa la culpa contiene elementos subjetivos y objetivos.

”Entre los primeros destaca una ausencia de previsión o bien una previsión tardía, así como condiciones personales del agente que, en un sentido amplio, se hallan señalados por los arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civil así como normas afines.

”Entre los segundos, cabe recordar la posibilidad de evitar la lesión a un bien jurídico y la provocación de riesgos que excedan los ordinarios o corrientes de la actividad desempeñada por el agente. El art. 512 del Cód. Civil y sus afines dan suficiente base normativa al respecto.

”Completa el cuadro la consideración de que el culpable, para ser tal, no previó o lo previó tardíamente cuando la ley le impuso el deber de preverlo”⁸⁶.

Y sostiene Aguiar: “La medida subjetiva de la culpa se encuentra, pues, en el poder de conocer, y la medida objetiva en las circunstancias de tiempo y lugar que lo condicionan, aguzándolo o embotándolo. No basta, por lo tanto, la existencia del discernimiento como facultad de conocer en general, para dar por establecida la responsabilidad moral de las consecuencias del acto, sino que es necesario algo más, que hayan sido previstas o hayan podido ser previstas”⁸⁷.

⁸⁶ Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, cit., t. II, ps. 199-200.

⁸⁷ Aguiar, Enoch, citado por Halperin, Nicolás, *Responsabilidad por el daño causado por cosas inanimadas*, LL, t. 6, sec. doct., ps. 1 y ss.

Esos elementos objetivos (tiempo, lugar, previsibilidad del daño, etcétera), son los que nos guían hacia la existencia y determinación de una “conducta exigible genérica”, cuyo cumplimiento es imperativo para los sujetos de derecho. Y el contenido de esa “conducta debida” se puede situar —por ejemplo—, como dice Boffi Boggero, en las “diligencias comunes a todo ser humano en la conducción de sus actos”, o en lo que hubiera hecho un “hombre promedio común”. A su vez, ese común denominador (“diligencias comunes”, “hombre promedio”) se nutre de las pautas que dominan en una sociedad determinada en un momento determinado.

Cuando se sostiene, por ejemplo, que un cirujano obró con culpa al dejar una gasa en el cuerpo del paciente, es porque se sabe que “el hecho de dejar una gasa” es “objetivamente previsible”; la técnica y los conocimientos a que ha llegado nuestra cultura hacen que ese hecho sea así considerado. Entonces, basta ese análisis para determinar la culpa del cirujano; el juez no necesita ir más allá, no le será preciso investigar si, subjetivamente, el cirujano “se representó o no la posibilidad del olvido”. La circunstancia de que el daño era objetivamente previsible atañe a la culpabilidad del sujeto. Quiere decir, pues que, también, la conducta exigible (en el caso: “no causar daño a través de dejar gasas en el cuerpo de los pacientes”) se nutre de elementos objetivos, cual es en la hipótesis la “previsibilidad de esa consecuencia”, sin hacer necesaria la investigación subjetiva del médico. Salvo caso de dolo, en nuestro sistema, no es mayormente relevante si previó o no

el descuido, puesto que también es culpable “cuando empleando la debida atención y cuidado pudo haberlo previsto”. No dejará de ser más o menos culpable, según su grado de capacidad mental para prever y tomar recaudos que eviten ese daño. Y no puede serlo porque, como dice Orgaz —citado por Alterini— ello sería dar “paso a una nueva y variada fuente de inimputabilidad”. Es, por consiguiente, en definitiva, lo externo lo que actúa sobre lo interno.

El estado de nuestros conocimientos y de la cultura determinan que un cirujano —no interesa si el mejor o el más torpe de ellos— debe prever —porque objetivamente ello es posible— ese hecho, y por lo tanto —ya que ello es también posible— evitarlo. Las sociedades van estableciendo sus pautas; así, para nuestro ejemplo, subyace el consenso de que un cirujano es la persona idónea para intervenir quirúrgicamente sin causar, durante la intervención y con independencia del éxito de ella desde el punto de vista de la enfermedad, daño alguno. Cuando se considera que el daño —teniendo en cuenta el conocimiento general— “pudo haber sido previsto” y evitado y, aun así, se produjo, la ley lo reputa “culpable”. La investigación, en este caso, se limita a verificar la existencia objetiva de un daño previsible; no se necesita entrar al análisis de si el agente, en su fuero interno, obró o no con descuido imperdonable; basta medir su conducta con la que previamente se consideró exigible.

Por lo tanto, aun en nuestro sistema *in concreto*, hay una comparación entre la “conducta real” y la

“conducta exigible”, con la peculiaridad de que, en definitiva, es esta segunda la que determina, supuesta su violación, la existencia de la culpa.

Todo ello nos conduce a formularnos un “replanteo” de los criterios —denominados— “abstracto” e “*in concreto*”, en cuanto al grado de exactitud de su diferenciación. En ambos hay una previa elaboración jurídica de la conducta exigible (lo cual no es ni más ni menos que el funcionamiento del propio derecho) o debida; en ambos se determina la culpabilidad comparando con ella la conducta real; la diferencia entre un criterio y otro es que, mientras en el calificado de “abstracto” el contenido de la conducta debida es la “atribuida a un ente ideal” (“buen padre de familia”, “comerciante honesto y leal”), en el sistema “*in concreto*” de nuestro Código hay elementos objetivos que permiten quizás una mejor ubicación del reproche (tiempo, lugar, etcétera). Pero hay que admitir que tanto la “conducta de un buen padre de familia” como la “objetivamente exigible según las circunstancias de tiempo y lugar”, están determinadas por el conocimiento y la cultura general del ambiente en el cual se las considera. En última instancia el “contenido” de la conducta de “un buen padre de familia” o el de “un hombre promedio o común”, está dado por pautas genéricas que dominan una cultura determinada.

En el primer criterio, la comparación es expresamente ordenada por la ley; en el segundo surge implícita de su funcionamiento; pero en ambos, es inevitable. Y toda comparación, en mayor o menor

medida, implica una "despersonalización" del análisis, o sea, si se quiere, una abstracción.

Alfredo Colmo, en oportunidad de analizar la clásica diferencia entre estos criterios, hacía ya notar la relatividad de esa distinción, declarando: "Parece que hay como una antinomia entre ambos criterios: el primero, general, rígido, más de una vez injusto, etcétera; el segundo, individualizado, variable en todos los casos, ajustado a las contingencias ambientes, etcétera. Sin embargo, no corresponde exagerar tal oposición, que lo es más en las palabras y en los principios escritos que en la realidad. El tipo de padre de familia o del comerciante honesto y leal puede ser forjado con arreglo a las circunstancias; sería difícil que un juez sensato pretendiera que en nuestro país puede haber un tipo inmutable, que debe conducirse con igual suerte en Buenos Aires, o en las montañas de Catamarca o Jujuy. Además, la apreciación concreta supone siempre un principio de fondo que la oriente: ¿cuándo dirá un juez que en tal o en cual situación ha habido culpa de parte del obligado, sino cuando vea que en esa situación se ha incurrido en omisiones o imprevisiones indisculpables? Pues bien, lo indisculpable de tales omisiones o imprevisiones no puede resultar sino del juicio comparativo que se establece, hasta sin pensarlo ni quererlo, con relación a lo que en dicha situación hubiere hecho (o no hecho, según los casos) el término medio de los individuos, lo común de la gente, precisamente porque las leyes son hechas no para lo excepcional sino para lo que es regla, sin perjuicio que se acomode luego a las contingencias

que correspondan. De ahí que, en definitiva, no hay diferencia fundamental entre los dos criterios, sabiéndose aplicarlos”⁸⁸.

Siendo así, pues, que la relativa diferencia entre los criterios de apreciación tradicionales de la culpa no responde, en puridad, a los conceptos de “abstracto” y “concreto”, veamos cuál puede ser el grado de validez de una distinción entre “previsibilidad abstracta” y “previsibilidad *in concreto*”.

Alterini dice que la previsibilidad en abstracto se computa “según la normalidad de las consecuencias en sí mismas captadas por la experiencia vital”. Esto implica, a nuestro entender, la existencia de una “previsibilidad objetiva” que surge de las experiencias de los sujetos de derecho, semejante o igual a lo que para nosotros es la elaboración de la “conducta exigible”.

Así tomada, la existencia de esa previsibilidad es incuestionable, pero ocurre que —lo mismo que en la culpabilidad— al establecerse si en un caso dado hay “relación causal adecuada”, se cae en la inevitable comparación entre esa “previsibilidad en abstracto” y la posición del sujeto. Una vez establecida la pauta general, cuando hay un caso específico en donde se estudia su aplicación, debe ella referirse y se la debe comparar con la actuación del agente. No es ni más ni menos que la aplicación de la regla general al caso concreto, y ello exige la ineludible comparación.

Recuérdense las posiciones de Traeger y Hippel,

⁸⁸ Colmo, ob. cit., ps. 82-83.

e incluso la de Thon, y se comprobará que para la determinación de la previsibilidad, fundamento de la relación causal adecuada, se sigue ese criterio. Cuando se habla de consecuencias que “son susceptibles de ser previstas” (Traeger), es indudable que ello se refiere a la “exterioridad”, a las consecuencias “objetivamente susceptibles de ser previstas”, pero, como vimos, lo mismo acontece con la culpa de nuestro Código. Cuando se dice que el juicio de previsibilidad debe hacerse teniendo en cuenta el “conocimiento de un hombre común” o “promedio” (Thon), ello implica —sin temor a equivocación— objetivar los conocimientos para facilitar la aplicación concreta de la determinación de la existencia de la previsibilidad; pero no otra cosa ocurre con la culpa. La abstracción de la previsibilidad —que sin duda existe— es la misma que la de la culpa de nuestro Código Civil.

Retomemos el ejemplo del cirujano y pensemos en establecer la existencia de la “relación causal adecuada”, siguiendo, verbigracia, la tesis de Thon. Para establecer si la causa (dejar la gasa en el cuerpo del paciente) es “adecuada” y por ende responsabilizar al agente de la consecuencia dañosa, la teoría investigará si ese hecho era o no “previsiblemente abstracto”, es decir, si respondía o no a la “normalidad de las consecuencias en sí mismas captadas por la experiencia vital”. Esa experiencia vital nos indicará que producir un daño dejando una gasa olvidada en el cuerpo del paciente es, naturalmente, normal, pues dado nuestro estado de evolución técnica en la materia, objetivamente se sabe que

ello puede acontecer, que un cuerpo extraño provoca natural y normalmente daño en el cuerpo humano. Entonces, hay previsibilidad en abstracto, y para determinar la existencia de la "relación causal adecuada", basta comprobar esa objetividad sin entrar al análisis del aspecto interno del médico, esto es, si realmente previó o no previó esa consecuencia.

Vuélvase al mismo ejemplo, pero cuando hablamos de la existencia de culpa en el cirujano, y trate de buscarse alguna diferencia entre las formas de computar la previsibilidad. Obviamente, estimamos que no la hay; que la previsibilidad (llámese abstracta o en concreto) de la culpa es la misma —a los efectos de la responsabilidad— que la de la "relación causal adecuada".

Creemos, pues, en definitiva, que no es exacto el deslinde entre la "previsibilidad abstracta" y la "*in concreto*", pues lo que es —en todos los casos— apriorísticamente abstracto se torna concreto en el supuesto de aplicación de las normas de responsabilidad; inversamente, lo concreto se nutre también de lo abstracto. Hay, en todo caso, una dinámica interrelación que impide el mantenimiento de una diferencia tajante y estática.

Entendemos que el criterio de previsibilidad de la "relación causal adecuada" (exceptuando la tesis de Rümelin) es el mismo que sigue nuestro Código para determinar la culpabilidad; cuando ese criterio pretende ser una abstracción absoluta, se llega a una postura como la de Rümelin, en la que, por tratarse de una verdadera "responsabilidad objetiva", la culpabilidad deja de ser su presupuesto necesario. Por

la misma razón sostenemos que la diferencia entre “previsibilidad abstracta” y “previsibilidad en concreto” es una pura abstracción.

La supuesta distinción entre previsibilidad “abstracta” y previsibilidad “*in concreto*” se utiliza, según vimos, como base de sustentación para pretender diferenciar “relación causal adecuada” de “culpabilidad”. El intento, al igual que otros que ya analizamos, no muestra, desde nuestro punto de vista, sino un esfuerzo intelectual para llegar a fundamentar, a lo sumo, una distinción que se nos ocurre meramente epidérmica. Profundizando el estudio de la culpabilidad de nuestro Código Civil se observa (véase cap. XX), que ella es el “metro o patrón” del que se sirvió Vélez Sarsfield para hacer o no relevante —jurídicamente— el nexos causal que existe en las mutaciones del mundo natural.

La “causalidad adecuada”, cualquiera que sea la formulación que se elija, salvo, obviamente, la de Rümelin, al igual que la “culpabilidad”, contiene el “nexo causal” (conexión material entre el hecho y el daño) y la “conducta reprochable” (falta de diligencia tendiente a evitar un daño que era “evitable” y “previsible”, y por ende, falta de diligencia necesaria para observar la “conducta exigible”). Al mismo tiempo, y como lo hicimos notar al analizar la posición de Brebbia, la “causalidad adecuada”, identificándose abiertamente con la “culpabilidad”, excluye lo “inevitable” y lo “imprevisible” como efectos atribuibles al agente. (Recuérdese la distinción que en el cap. III pusimos de relieve entre “causalismo” y “fortuitismo”.)

De ahí, entonces, que la distinción entre “causalidad adecuada” y “culpabilidad” no logre concretarse en planos reales; y de ahí que se torne “prescindible” —en nuestro Código Civil en materia de responsabilidad por el hecho propio, contractual o extracontractual— la teoría de “la causa adecuada”.

Sostener la existencia de una “previsibilidad abstracta” en la relación causal adecuada implica —además de olvidar que ella también se da, si se quiere, en la “culpa *stricto sensu*”— no tener presente que toda regla general es “abstracta” en cuanto eleva a categoría de conducta exigible sólo una de todas las que pueden observar —a nivel óntico— los sujetos de derecho, convirtiéndose en “concreta” cuando se la analiza en un supuesto específico.

En consecuencia, a la inversa de lo que propugna el criterio comentado, nosotros vemos en esta cuestión de la previsibilidad otro elemento que nos pone de relieve la “identidad” —a nivel de funcionamiento de la responsabilidad civil— entre la “causa adecuada” y la “culpabilidad”, identidad que nos marca, a su vez, más todavía, la necesidad de prescindir de las “teorías de la causa adecuada”. Además de contener —ambas— nexos causal y conducta reprochable; además de excluir —ambas— lo “inevitable” y lo “imprevisible”; ambas se sustentan en el criterio de previsibilidad objetiva de las consecuencias dañosas, previsibilidad que es “abstracta” cuando se la enfoca como regla genérica que deben observar los sujetos de derecho, y es “concreta” —con la reserva que implica la distinción tajante entre lo

abstracto y lo concreto en esta materia— cuando se analiza la aplicación a un caso específico.

XXV. PRESUNCIONES DE CAUSALIDAD

La tesis de sostener a ultranza la diferencia entre “causalidad” y “culpabilidad” como presupuesto necesario para fundamentar la existencia autónoma de la primera, a nuestro juicio lleva a ver en el Código sistemas de “causalidad” cuando, en rigor, no se trata más que de “sistemas de responsabilidad”.

Erigiendo la “causalidad” en eje fundamental de la responsabilidad civil, se llega a sostener que hay supuestos en los cuales nuestro Código “presume” la causalidad. En efecto, en la obra citada del doctor Alterini se expresa que “la ley presume la existencia de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, lo cual ocurre: 1) habiendo cláusula penal, pues el deudor no se exime aunque pruebe que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno (art. 656, Cód. Civil), es decir, aunque pruebe que no se causó daño, 2) en caso de seña (art. 1202, Cód. Civil), en que corresponde igual solución”⁸⁹.

Para nosotros, en los casos citados, se da totalmente la inversa de lo que pudiera ser una “presunción de causalidad”. Precisamente, como nuestro Código corta la cadena causal según los casos por él mismo establecidos, y como, en rigor, legisla sobre

⁸⁹ Alterini, ob. cit., n. 77.