

EL HECHO DEL MENOR COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD

Alferillo, Pascual E.

Publicado: LLGran Cuyo 2006 (marzo), 197

Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I (SCMendoza)(SalaI) ~ 2005/10/11 ~ Mosca, Gustavo y otro c. Durelli Verdini, Emilio E. y otros

I. Antecedentes del caso.

La sala I de la Exma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en fecha 11 de octubre 2005, en el marco de un recurso de inconstitucionalidad (1) impetrado por los padres del menor fallecido examinó, entre otras cuestiones, la problemática que genera la denominada culpa de la víctima como eximente de responsabilidad.

La base fáctica de la reclamación revela que el accidente se produce en una vía de acceso rápido a la capital mendocina por la cual circulaba el automovilista demandado y en oportunidad en que el menor, como peatón, cruzó la misma.

El decisorio de la Segunda Instancia atribuyó responsabilidad concurrente, en un 20% al demandado y en un 80% al actor, fundado en que dentro del contexto de las eximentes establecidas por el art. 1113 del Cód. Civil, existe la culpa de los padres, cuando la víctima es un menor inimputable, no como responsabilidad refleja o como desplazamiento de la autoría del daño, sino considerándolos como terceros culpables por quién el primigeniamente responsable no debe responder.

Este pronunciamiento fue debidamente revisado por el Tribunal Superior de la jurisdicción provincial, cuyas ponderaciones constituyen el punto de partida para meditar respecto de la influencia de la conducta de la víctima, cuando es menor de edad, en la determinación de la responsabilidad resarcitoria de los daños.

La elevada cantidad de personas fallecidas en nuestro país que, en el año 2005, fue estimada en la cantidad de 7.138, de los cuales un 44% (3140) son peatones y, tomando en consideración la franja entre los 0 a 20 años de las víctimas, las mismas representan el 13 % (927)2, el tema no debe absorber sólo nuestras preocupaciones dogmáticas, sino fundamentalmente tratar de vislumbrar si a la luz de los profundos cambios sociales y culturales acaecidos en las últimas décadas, las respuestas hermenéuticas, tanto de la doctrina autoral como la de los tribunales, se adecuan al requerimiento actual de justicia.

II. La conducta del menor damnificado como eximente.

Esta problemática interpretativa se genera a partir de la interrupción en nuestro ordenamiento jurídico de la presunción de responsabilidad contenida en el art. 1113 del Cód. Civil cuando el daño tiene su génesis en una cosa riesgosa o

viciosa, dado que para eximirse total o parcialmente deberá acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quién no deba responder. A la par, el art. 1111 del código sustancial, regla que el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella no impone responsabilidad alguna.

La hermenéutica de estas normas por la doctrina autoral y judicial ha generado una serie de posicionamientos conforme las opiniones emitidas como respuestas, especialmente cuando el damnificado es un menor de 10 años (art. 921y conc., Cód. Civil) u otro sujeto inimputable dado que ésta hipótesis es la utilizada para probar la viabilidad práctica de las teorizaciones.

II.1. La culpa del damnificado es la eximente prevista en el art. 1113 C.C.

En su reconocida obra, Orgaz sostiene siguiendo la dogmática vigente que "lo que libera al demandado es la culpa de la víctima no meramente el hecho no culpable de ésta". En consecuencia, la víctima debe ser un sujeto imputable, capaz de discernimiento. Cuando desarrolla su pensamiento sobre el tema opina que "si la víctima es un inimputable (menor de diez años, insano, ebrio, etc.) y su hecho, objetivamente imprudente, la única causa del daño, en principio subsiste la responsabilidad del lesionante, tanto si ella se funda en una presunción de culpa como si deriva del riesgo...". Pero ello, "no significa necesariamente que el demandado tenga que responder en todo supuesto, pues, si el hecho del inimputable fue imprevisible e inevitable se trataría de un caso fortuito, también excluyente de responsabilidad (art. 514)...".

II.2. El hecho de la víctima puede actuar como eximente.

En su notable investigación, Pizarro, observa críticamente la posición de Orgaz afirmando que "cuando el hecho inculpable de la víctima asume caracteres propios del caso fortuito, se opera la liberación del demandado. Pero en tal supuesto, es el casus y no el hecho de la víctima la eximente aplicable... (3)".

Avanzando en el tratamiento, modifica su anterior pensamiento y admite que "el hecho no culpable de la víctima asume virtualidad liberatoria, en la medida en que haya sido causa o concausa del daño...", pues estima que "el centro de la cuestión debe ser emplazado en el lugar que corresponde: la relación de causalidad. No se trata de ponderar culpas sino autorías materiales, y desde ese ángulo, tanto el hecho de la víctima culpable como el no culpable, pueden ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño...". Por ello, "si no existe nexo causal entre la conducta del sindicado como autor material del menoscabo y éste último, en modo alguno se puede configurar la obligación de resarcir, por falta de uno de sus presupuestos ineludibles... (4)".

El jurista cordobés comienza el cierre de sus ideas, aseverando que "dentro de un contexto de causalidad adecuada, tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable deben asumir idénticas consecuencias. La saludable intención de

proteger a la víctima no puede llevar a atribuir las consecuencias dañosas a quién no es autor del menoscabo... (5)".

Se inscriben en esta línea de pensamiento autores de la talla de Kemelmajer de Carlucci, Bueres-Mayo (6), Highton de Nolasco, entre otros.

La profesora mendocina, manifiesta que no se debe exigir imputabilidad para que opere la reducción o la eliminación de la responsabilidad del dueño o guardián; basta que el hecho del inimputable haya sido "causa" o "concausa" de la producción del daño, pues entonces el perjuicio no puede ser atribuido al demandado y por esa falta de causalidad (total o parcial) la pretensión indemnizatoria debe rechazarse (total o parcialmente)... (7)".

Por su parte, Highton de Nolasco, como integrante de la sala "F" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, expresó como síntesis que "el hecho o conducta inimputable de la víctima obraría en forma genérica, a modo como caso fortuito o fuerza mayor, siendo irrelevante cuál era la ubicación o tarea de la madre en el momento del accidente... (8)".

III. En el derecho de daño para atribuir consecuencias no basta la pura causalidad material.

La doctrina autoral y judicial está conteste en reconocer la existencia de los siguientes presupuestos para configurar el deber de resarcir: daño, nexo de causalidad, factor de atribución y antijuridicidad. Como se puede colegir rápidamente, la vital trascendencia que se le reconoce al nexo de causalidad para descubrir el modo de cómo aconteció y cual es el alcance del daño resarcible no puede, sin lugar a hesitación, transformarse en presupuesto único.

Esta situación, debe ser tenida en cuenta, de igual modo, cuando se pondera la conducta del damnificado en mira a verificar su participación concurrente o exclusiva en el acaecimiento del hecho generador del daño o en el agravamiento de los menoscabos. Ello en razón de que el hecho puramente físico o material de la víctima no es suficiente para constituirse eximente de responsabilidad sino que es menester la concurrencia de otro u otros parámetros que permitan dar una valoración jurídicamente negativa.

Esta premisa no se ve alterada por la agudeza crítica del profesor Bueres, quién siguiendo las enseñanzas de Llambías (9), asegura que la culpa es una infracción al esquema de diligencia exigido por la norma jurídica que sirve para imputar el daño al dañante que debe responder (la culpa, pues, supone alteridad: un victimario y una víctima). En consecuencia, la llamada culpa de la víctima es una mera falta de diligencia abstracta, pero no es culpa, dado que aquella es siempre defecto de conducta que no perjudica a otro sino que afecta a la propia víctima que ocasiona el daño... (10)".

Con relación a ello, estimo que las modernas posiciones que destacan el rol protagónico del nexo causal no pueden desconocer que en todo acontecimiento productor de daño hay un encuentro de cadenas causales que convergen materialmente a la producción del mismo y que el análisis del puro acaecer físico no es suficiente para atribuir el deber de indemnizar, ni para sostener siquiera,

desde la óptica jurídica, que existe causalidad adecuada que es un concepto a cuya formulación concurren otros parámetros valorativos dado por la norma jurídica (arts. 901y sig., Código Civil).

Sobre esta reflexión Orgaz, remarca que "normalmente, hay más de una "causa" productora del hecho perjudicial, ya que la víctima siempre participa, de una u otra manera, en la producción del accidente. En otros términos, lo normal es que haya concurrencia de "causas" aunque no necesariamente de "culpas": por ejemplo, en un choque de vehículos, si uno solo de los conductores es culpable, habrá concurrencia de causas pero no de culpas... (11)".

Es más, con acierto se asevera que es necesario tener en cuenta que la mera causalidad física o material exige una depuración a efectuarse con un enfoque humano. De ello se deriva a una causalidad jurídica, la cual en virtud de esa impronta humanista se basa en la previsibilidad. Es decir, no caben dudas de que la causalidad es material o física, pero ello no impide que el derecho compute un aspecto de la misma que es el que en realidad le interesa. A partir de este enfoque se han ensayados distintas teorías tendientes a definir el alcance jurídico, entre las cuales se destaca por su aplicación actual la de la causalidad adecuada (12).

En este punto cabe repasar el pensamiento de Pizarro, citado en el fallo, quién opina que "no se puede mantener la presunción de responsabilidad, por cuanto el daño no ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sino por la propia conducta (culpable o no) de la víctima, o por un tercero extraño o por un caso fortuito. La falta de relación causal destruye el presupuesto de la autoría y provoca la ausencia total o parcial de responsabilidad. Si éste es el sentido de esas eximentes, parece innecesario destacar que el centro de la cuestión anida en la relación de causalidad. Y que desde este punto de vista, especialmente dentro de un contexto de causalidad adecuada, tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable deben asumir idénticas consecuencias... (13) (14)".

El causalismo puro, propuesto por éste reconocido autor, es insuficiente, necesita de otro tipo de parámetro para formular una correcta ponderación para que el hecho de la víctima menor de edad o inimputable pueda ser considerado como eximente de responsabilidad cuando el daño ha sido ocasionado por el vicio o riesgo de la cosa.

Para continuar con el desarrollo de éstas meditaciones, acordamos con el criterio unánime que los menores son sujetos inimputables razón por la cual no se les puede endilgar culpa a su accionar reprochable. Como concluye, Echevesti "la culpa tiene como base la previsibilidad, es mera imprevisión de diligencias previsibles — negligencia— o afrontar un riesgo sin previsión, o previéndolo, actuar sin desearlo ante el carácter excepcional de su materialización — imprudencia—. Esta previsibilidad supone un obrar voluntario y, por ende imputabilidad..."(15). Va de suyo, que por su inmadurez a los menores no se les puede exigir previsibilidad.

Pero ello, de modo alguno implica que el sólo hecho del inimputable que concurre a la producción de los accidentes sea suficiente para tener por configurada la eximente sino que es menester formular la ponderación de su calidad con otro parámetro.

La teoría de los autores defensores del causalismo puro procuran negar la influencia de otros factores en la configuración de la eximente, pero la fuerza de la realidad muestra que siempre se hace con ojos humanos (no pura naturaleza causal) la calificación de los hechos.

En este sentido, podemos separar, por un lado, a los pensadores que analizan objetivamente la propia conducta del menor víctima, desde la óptica de la reprochabilidad o de la antijuridicidad. Y, en el otro grupo, a quienes tratan de negar el análisis que deben realizar ineludiblemente de los hechos del menor para ver como actúa, como casus, sobre el sujeto sindicado como responsable el hecho de la víctima. Por cierto que entre estas posturas se encuentran matices.

a) La culpa objetiva del menor.

En el primer grupo, encontramos aquella doctrina, especialmente la judicial, que a pesar de proponer un examen objetivo de los hechos del menor (por su inimputabilidad), utiliza —finalmente— a la culpa como parámetro para cuantificar su concurrencia a la producción del acontecimiento dañoso. Es decir, se formula la objetivización de la culpa de la víctima para escapar a los cuestionamientos relacionados con la falta de imputabilidad (16).

En efecto, observamos que en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, cuidando el lenguaje y los calificativos, realmente se examina la conducta del inimputable desde la óptica de la culpa como es el caso del menor que se acercó y cayó a un pozo, pero se lo hace implícitamente para finalmente endilgarle ese reproche a los padres invocando la culpa in vigilando de ellos.

El caso es el siguiente: "Si se infiere que el comportamiento (17) de la víctima no ha sido ajeno a la producción de su propio daño, que sin lugar a dudas no se hubiese producido de haber los padres extremados los cuidados sobre el menor para que este no se acerque al pozo, lo que se juzgó, es el hecho de la víctima, como un eximente relacionada con el presupuesto (de la responsabilidad) de la autoría. Existió "coautoría", toda vez que para que el daño se produzca se necesitó de la acción de la víctima y de la omisión del propietario y del constructor de la obra. De ahí que se juzgue equivocada la exigencia de buscar una culpa, porque sea la conducta de la víctima culposa o no, incluso aunque fuera voluntaria, es ella la que coadyuva a desencadenar el daño..."(18).

No cabe la menor duda que en las mismas circunstancias, si la víctima hubiere sido una persona mayor de edad se hubiera consignado en el pronunciamiento, que hubo culpa de ésta al ser imprudente por acercarse al pozo sin tomar las previsiones necesarias para no caerse.

Idéntica ponderación de reprochabilidad se formula de la conducta del menor cuando la doctrina judicial consideró que "la causa principal del accidente, esto es, la que de acuerdo al orden natural de las cosas era la más adecuada para producir el resultado, fue la conducta de la menor víctima al ingresar abruptamente a una ruta de intenso y continuo tránsito. Tal conducta es grave máxime cuando la velocidad permitida en esa parte de la ruta es de 80 Km. por

hora, es decir, donde los vehículos pueden transitar a razón de 22 m por segundo... (19)".

b) La antijuridicidad objetiva de los hechos del menor.

Los defensores de la segunda alternativa dentro de este primer grupo, estiman que el hecho del menor se transforma en eximente cuando es objetivamente antijurídico. Es decir, objetivamente por cuanto no corresponde, como acontece con la culpa, analizar la comprensión de la víctima de la ilicitud o no de su actuar por cuanto es incapaz sino que el evaluador deberá analizar los hechos en su exterioridad, sin ingresar al examen subjetivo. Y antijurídico, por cuanto su correspondencia o no con la norma (verbigracia: leyes de tránsito) es un parámetro muy valioso que siempre se utiliza para categorizar la conducta del inimputable como eximente.

El propio profesor Pizarro reconoce esta situación cuando interpreta la expresión "falta" que contiene el art. 1111 del Código Civil como noción equivalente a "antijuridicidad objetiva". Es decir, en palabras de Mosset Iturraspe que cita, "este obrar contrario a derecho... se juzga en sí mismo, objetivamente, y no en relación a la conciencia que el autor tenga en su comisión. Falta objetiva y no falta subjetiva; como falla en el actuar debido, como actuar distinto al exigible..." (20).

c) Los hechos del menor dañado como caso fortuito.

Los mentores de esta posición, evalúan los hechos del menor utilizando como parámetro la doctrina del caso fortuito (art. 514, Cód. Civil) para juzgarlos o no como eximentes. Para algunos de ellos (Llambías, Trigo Represas, Fayt, Zaffaroni, entre otros) esta exoneración actúa cuando excluye totalmente el nexo causal y no es aceptada para medir la concurrencia de culpas.

En esta línea se inscribe Bueres, quien si bien comparte la tesis de Pizarro, se aparta de éste al momento de elegir la medida para calificar los hechos del menor al decir que "basta el hecho fortuito de la víctima sin que interese siquiera calificarlo de desaprensivo o antijurídico..." (21).

Anteriormente, Llambías había marcado con más claridad esta posición al sostener que "para que el hecho de la víctima pueda ser alegado por el posible responsable del daño, como causa de exoneración suya, tiene que ser para éste un hecho imprevisible o inevitable, es decir, ha de configurar un caso fortuito..." (22).

De igual modo se podría agregar a esta posición el pensamiento de Orgaz expuesto en los puntos anteriores, con la salvedad de que para este autor, el caso fortuito actuaría únicamente como eximente en los casos de los inimputables no así cuando la víctima sea una persona capaz, dado que en este caso se exigiría como exonerante a la culpa conforme la letra del art. 1113 del Código Civil.

Ahora bien, para estimar que la conducta del menor configura caso fortuito, la doctrina ha estimado que debe ser imprevisible e inevitable (23). La primera característica por cuanto el deudor, en este ensayo el dañado, no tenía el deber ni

el poder para prever o prevenir que acaecería el hecho de la víctima; es decir, debe ser extraordinario. A la par, se exige que el mismo sea ineludible para el deudor, por cuanto si pudo evitarlo empleando una diligencia normal, conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar, no se configuraría la eximente.

Como se colige, también cuando se propone al casus como eximente se debe valorar la conducta del menor víctima del daño para catalogarla en esa categoría y minorar la responsabilidad del dañador.

En este punto cabe aclarar que hay fallos que exigen el casus propiamente dicho y, en otros, se exige que la culpa tenga las características de imprevisible e inevitable que es una alternativa totalmente distinta (24).

d) Algunas valoraciones jurisprudenciales sincréticas.

Al momento de calificar objetivamente la conducta del menor se advierte que, en algunos pronunciamientos, se juzga mezclando las pautas valorativas indicadas en los apartados anteriores.

En este grupo, a modo de ejemplo, podemos citar el fallo pronunciado por la Corte de Mendoza cuando destaca que "no es arbitraria la sentencia que atribuyó el 80 por ciento de culpa a la víctima menor de edad que cruza un carril por detrás del ómnibus del que acababa de descender, sin respetar el lugar que el reglamento considera senda peatonal; y el 20 por ciento al conductor del vehículo que lo atropella, en razón de que debió prever la posibilidad que un pasajero quisiera abordar el transporte, o descender de él y cruzar la calle..."(25). Como se infiere el no respetar las pautas reglamentarias, torna a la conducta del infante en antijurídica, además de reprochable.

De igual modo ocurre cuando se sostuvo que "cabe analizar si la conducta del menor tuvo entidad suficiente para excluir la responsabilidad de los demandados. En las circunstancias que surgen de autos acreditadas, la conducta de cruzarse incorrectamente delante del colectivo, con una bicicleta sin luces, a la noche, con poca visibilidad, pretendiendo hacer una maniobra de giro desde la derecha hacia la izquierda para tomar una calle perpendicular a la que se transitaba, reviste las características de una imprevisibilidad tal, que imposibilitan evitar el daño a quien lo puede producir, transformándose la culpa de la víctima en eximente de responsabilidad (art. 1113, Cód. Civil). Máxime cuando el colectivo de la demandada no eludió ninguna norma de tránsito y se desplazaba a baja velocidad - recién arrancado luego de tener el semáforo en rojo-, con sus luces encendidas y sin ningún otro vehículo delante ni cruzando..."(26).

La convergencia de pautas valorativas de la conducta del menor surge de la necesidad de justificar las razones por las cuales se exime de responsabilidad resarcitoria al dueño de la cosa riesgosa a partir de considerar que, de igual modo, el casus actúa como eximente por extensión interpretativa, en la hipótesis del art. 1113 del Código Civil.

En síntesis, actualmente, es el hecho del menor objetivamente analizado el que actúa como eximente total o parcial de la responsabilidad del sindicado como responsable por la ley, razón por la cual el nexo de causalidad simplemente

material o físico es importante, muy importante, pero no basta, ni es condición exclusiva, para que el accionar de la víctima incapaz sea categorizada como "eximente" de responsabilidad y actúe neutralizando parcialmente o excluyendo el deber de resarcir. Siempre será necesario, en el razonamiento para cuantificar la responsabilidad, realizar el análisis de los hechos junto a un parámetro calificativo, que necesariamente debe ser objetivo.

IV. La solución del caso comentado.

El resolutorio dictado por el Superior Tribunal de la provincia de Mendoza confirma la sentencia de la instancia de mérito, por cuanto la recurrente (padre divorciado del menor) no se agravia de la culpa in vigilando atribuida como causal de liberación parcial de la responsabilidad del demandado, sino que centra su queja en que se atribuya esa culpa al otro progenitor (madre) que ostentaba la guarda.

Sin perjuicio de la limitación originada por el agravio, el Tribunal expuso su clásico pensamiento respecto de la conducta de los menores como eximente de responsabilidad. En este sentido, marca en términos generales que "para exonerar total o parcialmente de responsabilidad al dueño o guardián, la concausa del ilícito debe haber sido interrumpida por el hecho de la víctima y para que la excepción sea total, es menester que tal hecho reúna entre otros requisitos el de imprevisión e inevitabilidad..."(27). Como se colige, el Tribunal comparte el criterio expuesto por Pizarro que transcribe y de Kemelmajer de Carlucci quién en este caso no integra el tribunal.

Como síntesis, juzga el ministro Romano que "el hecho de la víctima culpable o no, puede ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño, a los fines de destruir la conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño. En consecuencia, las eximentes de responsabilidad deben encuadrarse en el contexto de la causalidad adecuada..."(28).

V. Meditaciones a modo de colofón.

A lo largo de esta recopilación se ha procurado, con nuestras limitaciones, refrescar la evolución y estado actual de la hermenéutica autoral y judicial relacionada con el alcance de la, coloquialmente denominada, "culpa" de la víctima cuando ésta es menor.

Todos los intérpretes están contestes en reconocer que no se le puede endilgar reproche subjetivo en función de la inmadurez para comprender tanto la falta de previsibilidad como la antijuridicidad de su conducta. Ello, ha llevado necesariamente a pulir el modo de cómo evaluar la participación del inimputable en el acontecimiento generador del daño, proponiéndose en todos los casos, parámetros objetivos, aún cuando los defensores del causalismo puro no le den importancia al punto o la misma sea secundaria, en sus elaboraciones.

Esta ineludible evaluación que se debe formular de la conducta del menor que en muchas oportunidades se formula con rigidez, ha generado un sinnúmero de

matices que van desde la reprochabilidad culposa, pasando por destacar, en otros pronunciamiento, que es antijurídica para recalcar finalmente, en que la misma haya sido realmente imprevisible e inevitable (casus) para el sindicato como dañador.

Algunos autores de esta última corriente evaluativo han dejado constancia de su inspiración humanista, que compartimos en un todo. Así, el profesor Campagnucci de Caso marca que ésta es la tendencia de la moderna legislación y hacia allí debemos llegar, pues estima necesario pensar en adecuar las normas a las nuevas necesidades de la vida contemporánea mediante la protección de los peatones en general, y de aquellos que se encuentran en situación aún más desprotegida (29). Por su parte, Kemelmajer de Carlucci, en igual sentido manifiesta que "la tremenda cantidad de accidentes en los cuales niños resultan afectados por grandes incapacidades, exige una legislación más protectora de su salud, de su cuerpo, de sus posibilidades de desarrollo. Por eso, el ordenamiento debiera crear respecto de estas víctimas, especialmente débiles, un régimen especial..."(30). Ello para estar a tono con las tendencias constitucionales.

El creciente humanismo surgido como reacción postmoderna contra el total olvido o secundarización de la persona humana que provocó el industrialismo a gran escala que necesitaba abaratar los costos no solo de producción sino del resarcimiento de los daños que podían generarse por el riesgos de las máquinas creadas y puestas en el mercado, origina la ineludible necesidad de formularnos una serie de interrogantes:

¿Fue el camino correcto el recorrido por la ciencia jurídica nacional cuando incorporó al art. 1113 del Código Civil el caso fortuito por una interpretación extensiva (31), cuando esta norma expresamente regula a la mera falta ("culpa") de la víctima como eximente?

¿Acaso, no fue la intención de la norma, siguiendo una concepción protectora del ser humano morigerar la responsabilidad del dueño de la cosa riesgosa o viciosa únicamente cuando existiera negligencia o imprudencia de la víctima? (32).

Quizás, si nos hubiéramos sacudido la cultura del maquinismo a tiempo y pensando más en la protección del hombre que es la parte más débil en esta sociedad de consumo (33), hubiésemos interpretado simplemente que la norma exigía la falta de la víctima, hubieran quedado protegidos, en todos los casos, los inimputables. De haberse seguido esa línea de razonamientos, hoy no sería una aspiración de deseo tener una legislación como la tiene otro país.

En la dogmática argentina existen la suficiente cantidad de herramientas normativas para dar amparo cierto al ser humano frente a los daños generados por las cosas riesgosas o viciosas, sólo resta formular las hermenéuticas teniendo como propósito final proteger real y efectivamente a la esencia del Derecho: el Hombre, más cuando es un niño.

(1) Suprema Corte de Justicia Mendoza, autos N° 81.457 caratulados "Mosca, Gustavo y ot. En J° 143.529/28.502 Mosca G. c. Duerlli Verdini, Emilio E. y ots. p/ Ds. Y Ps. s/ Inc.", 11/10/2005.

(2) www.luchemos.org.ar

(3) PIZARRO, Ramón D., "Causalidad adecuada y factores extraños", en el libro "Derecho de daños", Primera Parte, (Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1991), p. 263.

(4) PIZARRO, Ramón D., ob. cit., p. 264.

(5) PIZARRO, Ramón D., ob. cit., p. 265.

(6) BUERES, Alberto J. - Mayo, Jorge A., "Menores dañantes y menores dañados - (Enfoque general)", Revista de Derecho de Daños 2002-2, (Rubinzal-Culzoni Editores), p. 80.

(7) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La eximente del art. 1113 del Código Civil y el niño inimputable víctima de un accidente de tránsito", Revista de Derecho de Daños - 2002-1 (Rubinzal-Culzoni-Editores), p. 224; "Daños sufridos y causado por niños", Revista de Derecho de Daños 2002-2 (Rubinzal-Culzoni- Editores), p. 30.

(8) CNApel. en lo Civil, sala F, L.371.319 "Morales, Carlos Alfredo y otro c. Horrach, Carlos Alberto s/ Daños y perjuicios (acc. de tran. c/ Les. o muerte) -Sumario", 26/3/2004.

(9) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "La culpa de la víctima como causa eximente de responsabilidad civil", J.A. Doctrina 1974, p. 6.

(10) BUERES, Alberto J., "Menores dañantes y...", cit., p. 79.

(11) ORGAZ, Alfredo, ob. cit., p. 229/230.

(12) GESUALDI, Dora M., "Responsabilidad Civil - Factores objetivos de atribución. Relación de causalidad", (Hammurabi, Buenos Aires, 2000), pág. 71 y sig... cita a Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", t. I, p. 229 y nota 4.

(13) PIZARRO, Ramón D., ob. cit., p. 265.

(14) Cámara Civil Comercial y Minería San Juan, Sala Tercera, autos N° 7281 "Zalazar Julio Miguel y Otra c. Benítez Carlos Augusto y Otro-Daños y Perjuicios", Libro de Sent. T° II F° 296/305, 02/07/2004: "Tampoco puede considerarse la existencia de culpa en el menor, pues por tener cinco años de edad es inimputable (caso análogo fallado por este Tribunal). En tales condiciones, no puede esgrimirse la culpa de la víctima como causa de exoneración del propietario de la cosa riesgosa, sino a lo sumo el hecho de la víctima.- Pero en esta última hipótesis, la demandada "sólo puede aspirar a una disminución de responsabilidad, en función de la gravitación del hecho de la víctima y del propio hecho que le concierne y que ha originado su obligación de reparar" (Jorge Joaquín Llamblás, "La culpa de la víctima como causa eximente de responsabilidad civil", J.A., 1974, Doctrina, pág. 6). (Expte. N° 2563 "Veragua, Sixto . S.E.S. - Daños y Perjuicios - Sumario - II Cpo. - Inconstitucionalidad".- P.R.E. SALA 2° 2003-I-171)...".

(15) ECHEVESTI, Carlos A., "La culpa. Teoría General. Principales supuestos de aplicación", colección Responsabilidad Civil, v. 6 (Hammurabi, buenos Aires, Argentina, 1997), p. 127.

(16) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Daño sufrido y...", ob. cit., p. 31 recuerda que este es el criterio empleado en Francia a partir de las decisiones plenarios del 9 de mayo de 1984 (arret "Derguini" y "Lemaire") la Casación admite la posibilidad de la culpa de la víctima menor. De igual modo, acontece con la Casación italiana que desde hace mas de cuarenta años viene sosteniendo que el resarcimiento debido por un ilícito aquiliano a un niño inimputable debe ser reducido proporcionalmente a su culpa en la causación del daño.

(17) La simple utilización del vocablo, "comportamiento", implica la realización de una evaluación positiva o negativa. Ello en razón de que el mismo significa: "conducta, manera de portarse". Y a su vez portarse es actuar o proceder de la manera que el adverbio o la expresión adverbial lo indique.

(18) CC0103 LP 230522 RSD-75-98 S 14/4/1998, "Rey, Jorge y otra c. Cabrera, Alberto y otros s/ Daños y perjuicios", JUBA Civil y comercial B201633.

(19) Cámara Civil Comercial y Minería San Juan, Sala Segunda, autos N° 13.925 "Ibanez, Juan Carlos c. Maldonado, Antonio Pedro y otros - Daños y perjuicios", Libro de Sent. T° I F° 164/171, 28/04/1995.

(20) PIZARRO, Ramón D., ob. cit.; Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad civil en materia de accidentes de automotores", Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1985, p. 170.

(21) BUERES, Alberto J., "Menores dañantes y menores dañados", Revista del Derecho de Daño 2002-2, (Rubinzal -Culzoni Editores), p. 80.

(22) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, ob. cit., p. 7.

(23) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Curso de Obligaciones", t. 2, (Zavalía, Buenos Aires, Argentina, 2004), p. 274; Mayo, Jorge A., Comentario al art. 514 del Código Civil, en "Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" t. 2 (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1979), p. 662; Pizarro, Ramón D., en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", t. 3A, (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999), p. 579.

(24) Suprema Corte de Justicia de la Nación, M. 3121. XXXVIII. "Morales, Jesús del Valle c/ Transportes Metropolitanos General San Martín S.A.", 23/11/04, JA, 20/04/05. En ese fallo los magistrados disidentes Fayt, Zaffaroni, Fernández, sostuvieron siguiendo el dictamen del Procurador General que "los daños causados por trenes en movimiento se rigen por las previsiones del art. 1113, párrafo 2º, parte final, del Código Civil, y la culpa de la víctima con aptitud para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio a que alude dicha disposición debe aparecer como única causa del daño, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor...".

(25) Suprema Corte de Justicia Mendoza, N° 62637 "Pérez, Rodolfo O. y otro En J: Pérez y otro Julio Guevara - Daños y Perjuicios - Inconstitucionalidad", LS 284 - F° 472, 16-12-1998.

(26) CC0002 QL 5687 RSD-198-2 S 12-11-2002, "Monzón Oscar Francisco c. Moyano Marcelo Rodolfo s/ Daños y perjuicios", JUBA Civil y comercial B2951347

(27) Suprema Corte De Justicia de Mendoza, Causa N° 81.457 "Mosca, Gustavo y Ot. En J° 143.529/28.502 Mosca G. c. Durelli Verdini, Emilio E. y ots. p/ Ds. y Ps. s/ Inc.", L.S. 357 F° 215 11/10/2005. En el mismo sentido: causa N1 80.025, "Soruco Edmundo Rubén y ot. en j° 27.971 Soruco E. R. y ot. C. Letard Pedro E. y ot. p/ D. y P. s/Inc. Cas.", LS 348 F° 059, 10/3/2005; 71709 - Rodríguez, Héctor y Ot. En J: Rodríguez, Héctor y Ot. Gustavo Valencia y Ots. Daños y Perjuicios - Inconstitucionalidad", LS 307 - F° 204, 29-04-2002; N° 69271 "Álvarez, Pedro y Ot. En J: Álvarez Municipalidad de Godoy Cruz, Ingra Construcciones Daños y Perjuicios - Inconstitucionalidad - Casación", S300 - Fs.222, 21-03-2001; N° 75505 "Verdugo, Enrique E. En J: Verdugo, Enrique E. Navesi, María Lucila - Daños y Perjuicios - Inconstitucionalidad - Casación", Ls328 - F° 176, 17-09-2003; 75243 - Montenegro, Andrés Jesús En J: Montenegro, Andrés Jesús Massi Balducci, Alfonso y Ot. Daños Y Perjuicios - Inconstitucionalidad", LS 330 - F° 041, 15-10-2003; N° 76821 "Morellato, Norma En J: Morellato, Norma Marta Fernández, Hernán M. - Daños y Perjuicios - Inconstitucionalidad", LS 334 - F° 036, 27-02-2004, entre otros.

(28) *Ibidem*

(29) CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "Responsabilidad por accidente de automotores: Derechos del peatón", en libro "Los Derechos del Hombre. Daños y protección a la persona" (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 1997), p. 466. Este autor completa su pensamiento indicando que "no se trata de una discriminación para desfavorecer, se pretende una legislación para proteger. Como sostenía el diputado francés M. Badinter: "la víctima pietone es fragile; l'automobiliste est protégé par una envelope d'acier"...".

(30) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las eximentes del art. 1113...", cit., p. 228. Esta autora, como el precedentemente citado proponen una legislación similar a la ley Francesa de la Circulación Ley N° 85-677 de fecha 5 de julio de 1985 que en su art. 3 dispone que si la víctima tiene menos de 16 años debe ser indemnizada en todos los casos, con excepción que ella haya buscado voluntariamente el perjuicio.

(31) TRIGO REPRESAS, Félix A., Ponencia presentada en las Jornadas Australes de Derecho - Comodoro Rivadavia - 1980, el Tema B "Responsabilidad del dueño y del guardián en los accidentes de automotores", libro "Responsabilidad Civil" dirigido por Luis Moisset de Espanés (Dirección Gral. de Publicaciones - Universidad Nacional de Córdoba - Distribuido por Zavalía, 1984), pág. 24. Este autor incorpora por extensión al caso fortuito "en tanto sea éste la única causa del perjuicio y no un mero factor concurrente con el hecho de la cosa...".

(32) BORDA, Guillermo A., "Proyección actual de la Ley 17.711 en materia de responsabilidad civil" en libro "Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio", (Abeledo Perrot, Buenos Aires, set./1997), p. 27, enfatiza que "la teoría del riesgo no desplaza la culpa, pero se la completa con la noción más dinámica del riesgo creado. Esta reforma, continúa, rompió el dique que implicaba la aplicación rigurosa de la teoría de la culpa y abrió un amplio campo para la modernización de nuestro Derecho sobre responsabilidad civil. El daño desde el ángulo del autor del hecho; hoy se lo mira más bien del lado de la víctima y se procura que todo daño injusto sea reparado...".

(33) TRIGO REPRESAS, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil", t. 1, (Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2004), p. 783; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Lineamientos actuales de la responsabilidad civil", Revista "Ley, Razón y Justicia", año 1 N° 1, p. 13 y sig., aseguran que "la responsabilidad por el riesgo generado es una responsabilidad socializada y responde a la necesidad productiva de valerse de cosas peligrosas. Esta teoría, "se va a plantear la primacía del bien común de la colectividad por encima de los meros intereses individuales en miras de procurar una adecuada protección al público en general, atribuyendo el riesgo de la actividad económica privada a quién o quienes reciban provecho de ella...". A su vez, Pizarro, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas", (Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983), p. 55., coincide al decir que "la doctrina del riesgo creado responde plenamente a la concepción solidaria

del derecho, que pone especial énfasis en la protección de quienes son económicamente débiles, con el propósito de concretar un ideal de igualdad que no sea meramente formal... ".