

LA CULPA de Alfredo Orgaz

(ed. Lerner, Buenos Aires, 1970, 279 p)

por
Luis Moisset de Espanés

Revista Notarial de Córdoba, N° 23, 1972, p. 143-151

I.- Exordio

Grata pero difícil es la tarea que me ha solicitado la Revista del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, de efectuar un análisis crítico de este libro del maestro cordobés.

Grata, porque la lectura de sus páginas resulta placentera e instructiva, por lo correcto de la prosa y la agudeza del discurso; difícil, porque los conocimientos que **Orgaz** posee sobre el tema en cuestión son tan superiores a los míos, que resulta verdaderamente osado señalar discrepancias con las soluciones a que arriba el autor, y, aunque es lógico que existan criterios de apreciación diferentes para algunos de los problemas enfocados en el libro, nuestras argumentaciones han de resultar pobres si pretendemos rebatir las ideas desarrolladas por **Orgaz** con rigor lógico perfecto y posiblemente en tales casos la diferencia de opiniones tenga su origen en que yo he tomado como base de razonamiento premisas distintas de las que maneja el autor.

Dicho esto a manera de preámbulo, procuraré ahora realizar un análisis de la obra en su doble aspecto: metodológico o externo, y dogmático, o de contenido.

II.- Plan del libro

El tema ha sido distribuido en once parágrafos, de los

cuales el primero tiene carácter introductorio y los restantes podrían sistematizarse formando tres grupos, de acuerdo a los temas en ellos desarrollados, a saber:

1º) Los parágrafos 2 y 3, destinados a la imputabilidad;

2º) Los parágrafos 4 a 9, en que el autor se ocupa del tema central del trabajo, es decir la culpa; y

3º) Por último los parágrafos 10 y 11, que tratan de problemas vinculados a la relación de causalidad.

Personalmente me hubiese inclinado a considerar el problema del nexo causal en primer término, pues si él falta resulta innecesario indagar sobre la imputabilidad o culpabilidad del sujeto, ya que no puede existir responsabilidad sin causalidad; pero pienso que **Orgaz**, posiblemente, ha pospuesto su consideración a designio, para destacar más netamente la contraposición que existe entre la responsabilidad fundada en la culpa del sujeto, y la llamada "responsabilidad objetiva", o sin culpa, que asienta sobre la idea de una conexión causal de tipo material, que hace "atribuible" el hecho a un sujeto, aunque sea inimputable, o haya procedido sin ninguna culpa de su parte.

Este es, a grandes rasgos, el plan de trabajo seguido por **Orgaz**. Procuraré ahora exponer brevemente los aspectos más salientes de los análisis que efectúa al tratar cada uno de los temas mencionados.

III.- Introducción y prenociones

Comienza **Orgaz** estableciendo como premisa básica de todos sus futuros desarrollos, que la responsabilidad, en sentido propio, presupone que el sujeto, además de ser "físicamente" autor del daño (relación de causalidad), lo sea también "moralmente" y que sólo en situaciones excepcionales, por razones de equidad o conveniencia práctica, la ley admite en casos establecidos de manera expresa, que se reparen perjuicios causados sin que haya mediado culpa.

Por mi parte, entiendo que la palabra "responsabilidad", tanto por su origen etimológico, como por el significado que actualmente le concede la lengua castellana (ver Diccionario de la Real

Academia), y el sentido que se le acuerda en el propio ordenamiento jurídico positivo, tiene la suficiente amplitud como para comprender todas las hipótesis en que la ley impone a un sujeto la obligación de resarcir los perjuicios causados a otro; sea como resultado de un obrar ilícito; sea por una actuación lícita, pero que pese a su licitud ocasiona daños que deben resarcirse; sea por hechos que son físicamente atribuibles al sujeto (aunque no haya mediado acto voluntario, como los daños causados por las cosas o animales que le pertenecen); sea por hechos causados por otros sujetos, cuyas consecuencias la ley atribuye legalmente al denominado responsable.

Vemos, pues, que existen numerosas hipótesis en que no media culpa y sin embargo hay "responsabilidad"; este punto de partida diferente me llevará en muchos casos a conclusiones distintas a las sustentadas por el autor, pero debo reconocer que la mayor parte de la doctrina contemporánea coincide con **Orgaz** en continuar sosteniendo que la culpa es elemento básico de la "responsabilidad".

A continuación distingue muy bien el autor entre la imputabilidad y la culpabilidad, expresando que la primera es un presupuesto de la segunda, ya que si el sujeto carece de capacidad genérica y abstracta de realizar actos voluntarios, es inútil plantearse en el caso concreto la cuestión de si actuó con conciencia y libertad.

Se requiere, pues, dos condiciones sucesivas: primero, determinar si el sujeto es o no imputable, es decir si tiene o no capacidad de discernimiento, para luego investigar si obró efectivamente con culpa, en sentido lato (es decir dolo, o culpa propiamente dicha).

Se ocupa de la evolución de la doctrina de la responsabilidad en el derecho romano, a partir de la Ley de las Doce Tablas, hasta la sanción de la Ley Aquilia, de la que se desprende el principio de la responsabilidad subjetiva -fundada en la culpa, que por ello suele también denominarse responsabilidad aquiliana-, principio que ha predominado soberanamente hasta el primer tercio del presente siglo. Ya a fines del siglo pasado comenzaron algunos penalistas a sostener que la culpa no es elemento necesario del delito, y así la escuela positiva italiana sostiene que lo único que importa es la imputabilidad física del delito a su agente, o sea el nexo de causa-

lidad; y en materia de responsabilidad civil se abre camino en Francia, a impulsos de Saleilles y Josserand, la doctrina objetiva de la responsabilidad, que encuentra su fundamento en el riesgo creado.

Considera **Orgaz** que esta doctrina, que tuvo inicialmente gran auge, ha sido abandonada como doctrina general, y sólo mantiene validez en reducidos sectores, bajo la formulación del "riesgo beneficio", de tal manera que ya no se piensa que pueda suplantar a la responsabilidad subjetiva; y aunque en el campo legislativo se advierte que la responsabilidad objetiva ha logrado algunos avances, la responsabilidad fundada en culpa continuará manteniendo todo su prestigio.

IV.- **Imputabilidad**

En el parágrafo 2 procede el autor a brindarnos el concepto de imputabilidad, diciendo que ella consiste en atribuir a una persona una acción u omisión contrarias a la ley, con el fin de hacerla responsable de sus consecuencias.

Señala que en el campo del derecho penal la imputación sólo procede por los hechos propios, mientras que en el derecho civil pueden imputarse a una persona los actos contrarios a derecho ejecutados por otra, cuando esta última se encuentra bajo su dependencia o subordinación.

Advierte que también se puede imputar a una persona el llamado "hecho de la cosa", pero que en esta hipótesis no se trata verdaderamente de "responsabilidad", sino de la existencia de una "obligación legal".

Por todo ello afirma que "la imputabilidad, en su forma típica, requiere que el sujeto sea persona con discernimiento", concepto que es común a la responsabilidad penal y civil.

Me parece correcto lo que dice **Orgaz**, pero ello obliga, a mi entender, a precisar aún más los conceptos, y distinguir por un lado la "atribuibilidad", de carácter material, que existe cuando hay suficiente conexión causal entre el daño y la persona responsable (u obligada legalmente), sea que esa conexión provenga de manera inmediata del hecho mismo de la persona responsable, o que se trate de

una conexión mediata, en razón del vínculo que existe entre la persona responsable con el autor material del hecho, o con la cosa que ocasionó los daños. Y, por otra parte, la "imputabilidad" moral, es decir lo que **Orgaz** denomina "forma típica" de imputabilidad, y que se refiere específicamente a la "capacidad de culpabilidad", lo que permite clasificar a los sujetos en imputables e inimputables, según posean o no discernimiento, aspecto que debe apreciarse en el momento de ejecución del acto.

En el párrafo tercero trata de las causas de inimputabilidad, ocupándose primero de los menores, tanto en lo que se refiere a la inimputabilidad civil (menores de 10 años, art. 921), como a la penal (menores de 16 años, ley 14.394 y decreto-ley 5286), y señalando también las soluciones contenidas en algunos códigos extranjeros.

Luego de referirse a la responsabilidad de los representantes del menor -sea éste imputable o inimputable- nos recuerda que muchos cuerpos legales consagran una solución de equidad, por la cual, cuando la víctima no puede obtener reparación de los representantes del menor o incapaz inimputable, puede lograr la reparación parcial, e incluso total, de los daños, habida cuenta de la situación patrimonial de ambas partes, principio que ha sido incorporado a nuestro Código por la reciente reforma introducida por la ley 17.711 (ver art. 907).

Seguidamente trata de la enajenación y de la inconsciencia como causales de inimputabilidad, ya que en ambas hipótesis faltaría la "voluntariedad" necesaria para que exista culpa.

Si la inconsciencia es provocada voluntariamente, o se debe a falta de prudencia del sujeto, que pudo prever su posterior pérdida de razón, y no tomó las precauciones necesarias para evitarlo, el sujeto deberá responder por los daños que causa.

V.- Culpabilidad

Comienza el párrafo cuatro definiendo la culpabilidad, como una conducta espiritual del agente, desaprobada por la ley, y caracterizando las dos formas que pueden distinguirse, a saber: el obrar intencional o doloso, y el obrar imprudente o culposos.

Señala aquí **Orgaz** que el dolo requiere la "intención de dañar", y dice (p. 63) que "empíricamente, basta que el acto haya sido querido para que se tenga también por existente la intención de dañar, sea de manera directa o indirecta", apreciación en la que coincido porque, a mi entender, el vocablo "intención" -en sentido técnico- debe ser interpretado como conocimiento y conciencia del acto y sus resultados. Sin embargo, un poco más adelante (p. 65), nos dice que la "intención de dañar" requerida en el dolo es "propósito o voluntad de causar daño", y que "para nuestra ley no basta que el agente tenga conciencia del daño que pudo ocasionar", afirmación que no puedo compartir, por las razones antedichas.

Resulta importante distinguir entre dolo y culpa, pues aunque el principio de reparación integral es común a los delitos y cuasidelitos, existen algunas diferencias de régimen, que el autor puntualiza, a saber:

a) Se admite la posibilidad de establecer cláusulas contractuales de limitación de la responsabilidad por culpa;

b) Si bien hoy la responsabilidad por cuasidelitos también pesa solidariamente sobre los coautores, en este caso, a diferencia de lo que ocurre en materia de delitos, el que hubiese pagado de más tiene acción de reintegro (art. 1109 in fine).

c) Además el juez puede atenuar la responsabilidad del deudor cuando el acto fuese culposo (art. 1069).

En el parágrafo cinco se ocupa de las causas que excluyen la culpabilidad, efectuando una distinción previa entre las causales excluyentes de la ilicitud (llamadas causas de justificación); las que excluyen la relación causal; las que excluyen la imputabilidad y, finalmente, las que excluyen la culpabilidad en sentido estricto.

Quiero destacar que **Orgaz** señala que, al hablar de culpabilidad del autor previamente nos colocamos en el terreno de lo ilícito, porque no cabe hablar de culpa con respecto a acciones u omisiones lícitas. De esta manera adhiere a un concepto netamente objetivo de lo ilícito, considerando que la culpa es un elemento de la responsabilidad, y no del acto ilícito. Por mi parte, creo que la culpa es un elemento de la ilicitud, ya que el obrar voluntario del agente no es realmente antijurídico si no se le puede imputar dolo o culpa.

Así, por ejemplo, con relación a la falta de imputabilidad, **Orgaz** ha dicho con acierto que ello significa que no existe de ninguna manera voluntad; y si no hay voluntad, no habrá acto, ni lícito ni ilícito, porque ambos son, por definición, voluntarios.

En cambio, frente a las llamadas causas de justificación, nos encontramos con sujetos imputables, que realizan actos voluntarios, que no son ilícitos, sino perfectamente lícitos, porque están autorizados por la ley (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, etc...), razón por la cual queda excluida la antijuridicidad del obrar.

En cuanto al error y la coacción, que para **Orgaz** serían causales de inculpabilidad, a mi entender excluyen la voluntad. Se trata de vicios, y sabemos que la voluntad viciada no es una voluntad jurídica, lo que en definitiva nos impone llegar a la conclusión - cuando el vicio tiene suficiente entidad, y es excusable- de que no hay acto voluntario y, en consecuencia, tampoco hay acto ilícito (art. 898), pero no por falta de culpa, sino por falta de voluntariedad, al punto que si el error fuese inexcusable (producto de una negligencia culpable), no alcanzaría a computarse para eliminar la voluntariedad del acto.

En conclusión, el error no elimina la culpa, sino la voluntariedad y, a nuestro entender, pueden presentarse conjuntamente error y culpa.

Pero, siguiendo con el análisis del libro, vemos que **Orgaz** se ocupa detenidamente del error de hecho, y del error de derecho, analizando con respecto a este último no sólo la posición adoptada por nuestro Código civil, sino también las corrientes que prevalecen en la doctrina moderna.

A continuación trata de la fuerza y temor, distinguiendo la violencia física de la intimidación, y la irrelevancia del temor reverencial, que no alcanza a constituir un vicio de la voluntad.

En el párrafo sexto recuerda el autor que la culpa (en sentido amplio), comprende tanto a la culpa propiamente dicha, como al dolo, y nos dice que en el campo del derecho civil la culpa, en sentido estricto, es la forma ordinaria y más importante, y que todo cuanto se diga de ella es aplicable, con mayor razón, al dolo.

Elogia el art. 512 de nuestro Código, que nos brinda una definición elástica y, en general, acertada de la culpa. El precepto se refiere a la "omisión de diligencias", pero el acto culposo puede consistir tanto en un obrar positivo, como en uno negativo, y en ambos casos la culpa se manifiesta como "omisión de diligencias", es decir lo que suele denominarse "culpa inconsciente". Frente a ella se presenta la "culpa consciente", hipótesis en la cual el agente asume un riesgo con menosprecio de la prudencia exigida por las circunstancias.

Trata luego de los actos ilícitos de comisión, y de las "comisiones por omisión", recordando el principio general contenido en el art. 1074 del Código civil para los actos de omisión y procurando determinar la influencia que sobre esa norma puede tener el nuevo art. 1071, al consagrar la represión del abuso del derecho.

Sostiene que el concepto civil y el penal de culpa son coincidentes y critica algunas definiciones de culpa civil.

En cuanto a la apreciación de las circunstancias personales, para determinar el grado de culpa, señala que en derecho penal suelen tomarse en cuenta no para eximir de pena al delincuente, sino para graduarla, pero en el derecho civil, que no se ocupa de las penas, sino de la reparación del daño patrimonial sufrido, las condiciones personales no tienen ninguna influencia sobre la obligación del responsable.

Con relación a la clasificación de la culpa, se refiere a la evolución que ha sufrido en el Derecho romano, desde la Lex Aquiliae, pasando por la división tripartita de los glosadores en culpa grave, leve y levísima, hasta llegar a distinguir la culpa leve en concreto, de la culpa leve en abstracto.

Estas clasificaciones han perdido importancia en la actualidad, pero subsiste lo relativo al sistema a adoptar para apreciar la culpa, que puede ser objetivo (de apreciación en abstracto), que es el adoptado por códigos como el alemán, y el muy reciente de Portugal, o el subjetivo (o de apreciación en concreto) consagrado por nuestro Código civil en el art. 512.

Analiza en su funcionamiento ambos sistemas, para llegar a la conclusión de que no existe una separación neta entre ellos, ya

que en su aplicación práctica el sistema objetivo no puede prescindir de la naturaleza de la obligación, ni de las circunstancias de persona, tiempo y lugar, mientras que el sistema subjetivo no puede dejar de efectuar comparaciones entre la conducta del agente, y la que idealmente se considera conducta de un individuo de diligencia normal u ordinaria, razón por la cual debe afirmarse que la apreciación de la culpa se hace combinando criterios abstractos y concretos.

Dedica el apartado siete al problema de la unidad o pluralidad de culpas, destacando que no debe confundirse esta cuestión con la identidad o diversidad de "responsabilidades". Primeramente trata de la ya clásica distinción entre culpa contractual y extra contractual, expresando que -si bien es cierto que en nuestro sistema positivo hay un doble régimen legal-, en lo concerniente a la culpa propiamente dicha, y a su apreciación, uno y otro campo son idénticos a tal punto que la definición de culpa dada en el art. 512, para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, es extensiva al sector cuasidelictual y, a la inversa, la definición de dolo, suministrada por el art. 1072, al caracterizar el delito, es aplicable al dolo en el incumplimiento de las obligaciones contractuales (ver p. 139).

Comparto casi totalmente esta apreciación del maestro y, precisamente porque la comparto, encuentro que hay cierta incongruencia cuando se sostiene -como él lo hace en otra parte del libro- que el dolo en los delitos requiere el "propósito deliberado" de causar daño, mientras que de manera casi unánime la doctrina está conforme en aceptar que el dolo en el incumplimiento de las obligaciones sólo requiere la "voluntad de no cumplir", aunque con ella no se quiera ocasionar ningún daño al acreedor. Por eso pienso que tanto en una como en otra hipótesis, para que se configure el dolo es suficiente que el autor tenga pleno conocimiento y conciencia del acto y de sus posibles efectos.

Sigue **Orgaz** refiriéndose a las diferencias que, con respecto a la "responsabilidad", se presentan entre el ámbito contractual y el extra contractual, como ser la vinculada con el plazo de prescripción, que es de dos años para la responsabilidad extra contractual (art. 4037), y de 10 años para la contractual (art. 4023),

o al hecho de que la extensión del resarcimiento es más amplia en el campo extra contractual (arts. 903 a 906), que en el contractual (art. 520 y siguientes).

Con respecto a la distinción entre culpa civil y culpa penal, que tantas divergencias ha provocado en nuestra doctrina y en los fallos judiciales, luego de hacer una breve mención a las llamadas cuestiones prejudiciales civiles, se ocupa de las hipótesis en que la sentencia penal ejerce influencia sobre la resolución civil, señalando que deben distinguirse dos casos: a) sentencia condenatoria; y b) sentencia absolutoria.

En el caso de sentencia condenatoria, el juez civil no podrá revisar ni la calificación legal del hecho, ni la conexión causal de éste con el daño, aspectos que no pueden ser desconocidos, aunque se puedan examinar otras cuestiones civiles, ajenas a la justicia penal, como por ejemplo lo relativo a una culpa concurrente de la víctima, o la falta de responsabilidad del padre en el delito cometido por el hijo menor.

Si la sentencia penal es absolutoria, también hará cosa juzgada si afirma que el hecho no existió, o que el supuesto autor no tuvo participación en él. Pero advierte que la doctrina se divide cuando se trata de hipótesis en que el juez penal ha considerado que el sujeto "no era culpable", sosteniendo unos que el juez civil debe aceptar esa calificación, y otros que puede apartarse de ella, para declararlo culpable a los fines de la indemnización civil. Por supuesto que esta divergencia de opiniones entronca con la posición que se adopte respecto a la unidad o pluralidad de culpas. Para responder afirmativamente, es necesario sostener que hay algo diferente entre la culpa penal y la civil, tesis difícil de conciliar con lo que surge de nuestra ley. Por ello sólo podría aducirse que "aunque iguales en naturaleza, en grado y en la manera de apreciarlas, difieren por el fin a que una y otra sirven", que en un caso es la represión pública, y en el otro la reparación del daño. Destaca, sin embargo, que "con la tesis de la unidad es imposible sostener que la misma y única conducta del acusado pueda justificar la absolución penal de éste, y la condenación civil a los fines del resarcimiento del daño".

Por mi parte quiero destacar que estas afirmaciones son un

trasunto de la limitación que crea el hecho de ligar el resarcimiento a lo ilícito; se quiere entonces encontrar una "culpa" (elemento indispensable de la ilicitud), para hacer responsable al sujeto, y a tal fin se imagina una culpa civil "menor" que la penal; pero no hay necesidad de forzar los conceptos de esta manera; basta con recordar que la ley civil impone la obligación de reparar los daños provenientes de actos lícitos (por ejemplo, búsqueda de un tesoro en predio ajeno), para comprender que el daño puede ser resarcible -aunque no exista culpa del agente- cuando la ley encuentra más conveniente proteger a la víctima que al autor del hecho!

Prosigue **Orgaz** exponiendo los diversos sistemas que se han elaborado en el derecho comparado para solucionar este problema, y distingue principalmente tres:

a) El primero es el de la subordinación absoluta de la justicia civil a la penal, que encuentra aplicación en la jurisprudencia francesa a partir de 1913;

b) El segundo, opuesto al anterior, es el de la completa independencia de las jurisdicciones civil y penal en la determinación de la culpa, consagrado por el Código suizo de las Obligaciones (art. 53), y en nuestro país por la ley de Propiedad intelectual N° 11.723 (art. 77).

c) El tercero es el de una subordinación atenuada de la justicia civil a la penal, adoptado por el Código civil del Brasil (art. 1525) y por el derecho italiano (art. 25 del Código de Procedimiento penal), que limitan la fuerza de la cosa juzgada penal a la existencia del hecho, o a la determinación de quién es su autor, pero fuera de estos casos dejan libertad al juez civil para apreciar la culpa.

Entiende **Orgaz** que nuestro Código se enrola en este tercer sistema, de manera que si la sentencia penal es absolutoria, hace cosa juzgada sólo parcialmente en la instancia civil, a tal punto de que si reconoce la existencia del hecho y la participación del imputado, pero lo absuelve por falta de culpabilidad, el juez civil podrá examinar libremente si hubo o no culpa, a los fines de indemnizar el perjuicio.

Advierte que el defecto de este sistema es que retrotrae el problema a la graduación de las culpas, abandonado por el derecho

moderno, pero que es forzoso reconocer que es el sistema adoptado por nuestra ley.

Para finalizar este párrafo se ocupa del problema del sobreseimiento, llegando a la conclusión de que no hay real analogía entre la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento, razón por la cual no puede admitirse en ningún caso que el sobreseimiento tenga el valor de cosa juzgada, cuando es menester discutir el problema de la responsabilidad en sede civil.

Siempre dentro de este gran capítulo de la obra destinado a la culpa, encontramos el párrafo octavo, que trata del problema de su prueba. Nos recuerda el autor que es un principio fundamental que quien pretende una indemnización debe probar los elementos de la relación jurídica, a saber: a) la violación de la ley; b) el daño; y c) la culpa del autor del acto.

Pero, ¿cómo se prueba la culpa? No es suficiente probar que el presunto responsable es autor de una acción u omisión antijurídica, porque puede haber obrado sin culpa, o no existir un nexo causal entre el obrar antijurídico y el daño sufrido; sin embargo, considera que la prueba de la ilicitud engendra una presunción de culpa relativa al autor.

A continuación nos dice **Orgaz** que tampoco la prueba de la relación causal entre el acto del sujeto y el daño constituye por sí sola presunción de culpa, ya que "la relación de causalidad es el momento **objetivo** del acto ilícito, anterior al **subjetivo** de la culpa, de suerte que no cabe confundirlos" (p. 159).

Quizás deba señalarse que en esta frase de **Orgaz** aflora un reconocimiento de que el acto ilícito jamás puede presentarse de manera aislada, con sólo la violación de una norma, sino que para integrarse requiere la presencia de su elemento **subjetivo**!

Se refiere luego el autor a ciertas hipótesis excepcionales, en que el Código no exige a la víctima la prueba de la culpa del responsable, sino que crea una presunción que tiene como efecto la inversión probatoria, exigiendo al presunto culpable que despliegue en el juicio la actividad necesaria para demostrar que obró con diligencia y prudencia, o que el daño se originó por caso fortuito o hecho de un tercero extraño. Estas hipótesis son, según **Orgaz**, las

enunciadas: a) en los artículos 1114 a 1117. Con respecto a los padres, tutores, curadores. etc.; b) art. 1113, para el daño causado con las cosas; c) art. 1124 y siguientes, para el daño causado por animales; y d) art. 1113 para el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa.

En los dos primeros casos hay una verdadera presunción de culpa, como bien lo expresa **Orgaz**, y el propio autor señala que en las otras dos hipótesis se trata más bien de una presunción de causalidad, lo que también es cierto, porque en tales casos la ley atribuye la responsabilidad al sujeto por el sólo hecho de la conexión causal, con prescindencia de si hubo o no culpa de su parte, de manera que su actividad debe tender a probar no la falta de culpa, sino la falta de conexión causal!!

Continúa su estudio dedicando el parágrafo nueve a las presunciones de culpa propiamente dichas, es decir las hipótesis que hemos señalado precedentemente con las letras a y b.

En cuanto a la responsabilidad del patrón por el hecho del dependiente, señala que, en nuestro sistema jurídico, no encuentra su fundamento en una presunción de culpa, sino que probado que el dependiente ha realizado el acto "en ocasión" de sus funciones, y que ha obrado culposamente, el patrono responderá inexcusablemente y con independencia de toda culpa propia. Advierte que no hay en este caso una presunción -aunque suele afirmarse que se trata de una presunción "iuris et de iure"- porque la ley se limita a declararlo responsable, sin admitir ninguna prueba que lo libere por la falta de culpa y tal atribución legal de responsabilidad es incompatible, lógicamente, con la idea de presunción.

La solución adoptada por nuestro sistema jurídico está inspirada en el derecho francés (art. 1384 del Código Napoleón), y se opone a la consagrada por la generalidad de los códigos del siglo pasado y comienzos del presente, que se inclinaban a establecer una presunción "iuris tantum".

Analiza el interés práctico de la solución, y sus fundamentos teóricos, aceptando que es más justo que sea el patrón -que se beneficia con la actuación del subordinado- el que se perjudique por las consecuencias dañosas, y no un tercero extraño, la víctima, la

que deba soportar el resultado de esa actuación ilícita. Además el patrón podrá posteriormente dirigirse contra el subordinado para repetir lo que hubiese pagado. No acepta que se busque el fundamento de la responsabilidad del patrón en la teoría del riesgo, no sólo porque no alcanza a cubrir todos los supuestos -ya que en algunas hipótesis el principal no lucra con el trabajo del subordinado- sino porque si el patrón debiese ser quien cargase con el riesgo, no podría luego reclamar al subordinado lo que hubiese pagado.

Considero correcto el enfoque del problema, pero me parece que este problema debió reservarse para los párrafos siguientes, y ser tratado junto a otras hipótesis de responsabilidad objetiva, en las cuáles la persona responsable sólo puede liberarse demostrando la falta de nexo causal; en este caso, por ejemplo, la falta de subordinación!

A renglón seguido trata de la responsabilidad de los padres, tutores, curadores, directores de colegios, etc., por los daños causados por los menores o incapaces que están a su cargo. Esta responsabilidad existe mientras el sujeto se encuentre bajo su guarda o vigilancia, pues si no habitase con el padre, tutor o curador, junto con la vigilancia se transfiere la responsabilidad.

El presunto responsable deberá probar que de su parte no hubo culpa, es decir que ha procedido con diligencia y esmero, tanto en el cuidado, como en la educación del menor o incapaz. Si quedase alguna duda, subsistiría la responsabilidad, pues en tal caso no se habría destruido la presunción legal por la prueba en contrario de la falta de culpa.

Trata luego de los daños causados "por" y "con" las cosas, y de los problemas que acarrea el empleo de esta última preposición en las reformas introducidas al art. 1113 del Código civil. Después de señalar que una interpretación literal del precepto nos llevaría a resultados absurdos y haría desaparecer casi totalmente la aplicación del art. 1109, pues prácticamente no se encuentra casos en que no participe en el daño alguna cosa, contribuyendo al resultado, lo que bastaría para hacer funcionar la inversión de la prueba, sostiene con acierto que el intérprete debe esforzarse en buscar a la ley un sentido razonable, y llega entonces a la conclusión de que el art.

1109 conserva su valor como principio general de la responsabilidad por el hecho propio, sea que el agente lo produzca con su cuerpo, sea que lo ocasione con una cosa sometida a su acción directa o inmediata, de manera que es sólo un instrumento de su voluntad, empleado para causar el daño, como por ejemplo si se utiliza un bastón o un paraguas para dar golpes a la víctima.

Comparto esta conclusión a la que, por otra parte, había llegado también en un par de comentarios críticos que efectué a trabajos de Acdeel E. Salas y Félix A. Trigo Represas.

Opina, entonces, que en el art. 1113 deben considerarse dos hipótesis; la primera sería la del daño causado "con" las cosas, en las que se consagra una presunción de culpa, que puede ser desvirtuada por la prueba en contrario y que correspondería a casos como los que se mencionaban en el derogado art. 1133 y otros análogos, y considera que en esta hipótesis la responsabilidad pesa primeramente sobre el dueño, pero no por el mero hecho de ser dueño, sino porque tiene la "guarda" de la cosa, y que se eximiría de responsabilidad si ha transferido esa guarda a otro, caso en el que el responsable sería el guardián. Se trataría, pues, a su entender, de una responsabilidad alternativa y no acumulativa, especialmente por haberse empleado la preposición o (dueño o guardián), y por analogía a lo que la ley dispone expresamente en el art. 1124 para el caso de daño causado por animales.

La segunda hipótesis contenida en el art. 1113 se refiere al daño causado por riesgo o vicio de la cosa, que trata en otro de los párrafos que ya comentamos.

VI.- Problemas vinculados con la relación de causalidad

Ya hemos dicho que dedica a estos problemas dos párrafos, que son los que llevan los números diez y once. En el primero de ellos comienza ocupándose de la responsabilidad por riesgo, y refiriéndose al hecho de que el principio de responsabilidad subjetiva consagrado por la Lex Aquiliae fue sufriendo, a lo largo de los siglos, una serie de atenuaciones, algunas de las cuales se incorpora-

ron a nuestro Código bajo la forma de las presunciones de culpa estudiadas precedentemente, y aún más en algunos casos en que se consagró objetivamente la responsabilidad del patrón (art. 1113), los dueños de hoteles (art. 1118), o los capitanes de buques (art. 1119), aunque brindasen la prueba de que les había sido imposible impedir el daño.

Los cambios producidos en las condiciones de vida como consecuencia del maquinismo y la revolución industrial, han puesto de relieve la necesidad imperiosa de que se preste atención especial a las víctimas de los hechos dañosos y este problema se refleja en las legislaciones contemporáneas que acogen, en algunos sectores especiales, la responsabilidad objetiva, sin perjuicio de mantener, como principio general, la responsabilidad por culpa. Estas nuevas formas de responsabilidad asumen a veces la forma de una "garantía", y en otros casos tienen su fundamento en el riesgo; por ejemplo la responsabilidad por el vicio de la cosa es un supuesto de garantía en favor de terceros.

El autor menciona las soluciones que se dan a estos problemas en el derecho alemán, italiano, y portugués, ocupándose luego con bastante detenimiento de la jurisprudencia francesa, para culminar con el análisis de las reformas que sobre el particular se han introducido a nuestro Código en virtud de la ley 17.711 y llega a la conclusión de que ahora no cabe duda de que se ha incorporado a nuestro sistema jurídico la responsabilidad por riesgo.

Considera que la redacción del precepto nos obliga a distinguir entre cosas "peligrosas" y "no peligrosas", es decir entre aquellas que normalmente no ofrecen peligro y otras que son por sí mismas intrínsecamente riesgosas (como los explosivos e inflamables). Critica a la reforma el hecho de que ha dejado librado a los jueces la determinación de cuando las cosas son riesgosas, estimando que hubiera sido prudente regular con precisión cuáles son las situaciones riesgosas, limitándolas a los daños provenientes de la explotación de actividades industriales, circulación de automotores, y de cosas especialmente peligrosas.

Considera luego que debe distinguirse entre el riesgo y el vicio de la cosa, opinando que en el caso de riesgo la responsabilidad es notoriamente objetiva y existe por la sola causación del daño

en ejercicio de la actividad peligrosa, mientras que en el caso de vicio, se trata de una garantía establecida por la ley a favor de terceros perjudicados, pero que en el fondo tiene como fundamento una culpabilidad, razón por la cual si bien es cierto que la responsabilidad frente a la víctima es objetiva, hay una relación subjetiva o de culpa propia con respecto a quien originó el vicio, o sus agentes.

Se trata de una fina construcción jurídica, pero el propio argumento utilizado aquí por **Orgaz** hace pensar que tiene razón **Borda** cuando afirma que la víctima puede dirigirse indistintamente contra el dueño o el guardián (ambos responden objetivamente), ya que luego entre ellos tendrán o no acción de repetición, en relación con sus respectivas culpas. Ésta es la única forma de asegurar indemnización a la víctima, y lograr al mismo tiempo la solución más justa en la relación entre los responsables.

Finaliza el párrafo diez tratando detenidamente de la responsabilidad por el daño causado por los animales, a través de un interesante estudio de derecho comparado y un meditado análisis de las normas contenidas en nuestro código civil.

El último párrafo de la obra se dedica a analizar el problema de la causa ajena como factor que elimina el nexo causal y, por tanto, hace cesar la responsabilidad, distinguiendo tres grandes supuestos, a saber: a) culpa de la víctima; b) culpa de un tercero; c) caso fortuito. Desmenuza cada una de estas hipótesis, estudiando a fondo las distintas variantes que pueden presentarse, tanto en el caso de la culpa exclusiva, como en el de concurrencia de culpas (en sus dos formas: culpa en sentido estricto, y dolo), como cuando la culpa se presenta en concurrencia con el riesgo o hay concurrencia de culpas.

VII.- **Conclusión.**

Un libro de **Alfredo Orgaz** no necesita de elogios; basta saber quien es el autor para que se sienta el deseo de leerlo y detenerse a meditar las enseñanzas que contiene.

Al terminar, después de haber marcado con paciencia los conceptos más destacados, o los puntos que motivaron nuestras dudas

o reflexiones, se siente la tentación de abrirlo de nuevo, releer sus líneas y ahondar aquellos temas en que señalamos discrepancias, pues ahora, después de haber apreciado la obra en su conjunto, es muy posible que contemos con nuevos elementos de juicio que nos impulsen a rectificar nuestras primeras apreciaciones.

Y después de colocarlo en los anaqueles de nuestra biblioteca, antes de que transcurra mucho tiempo, volveremos a buscarlo, para encontrar la solución del problema que se nos plantea en un pleito, preparar una clase o conferencia o, más simplemente, por el mero placer que produce la lectura de sus páginas.

Luis Moisset de Espanés