

TESIS DOCTORAL.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA.
“Santa María de los Buenos Aires”**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario.

DOCTORADO EN DERECHO.

AÑO: 2011, 2012, 2013, 2014, 2015.

DIRECTOR DE LA CARRERA: Dr. Alejandro Dalmacio Andrada.

DOCTORANDO: Adrián Oscar Morea.

TEMA: El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el ordenamiento jurídico argentino.

FECHA DE PRESENTACIÓN:

A mis padres, por ser la causa más noble de todo cuanto soy.

A Guillermina Leontina Sosa, por compartir conmigo la pasión por el Derecho.

A Milton César Feuillade, por guiarme con la generosidad intelectual de un maestro.

Indice.

- Introducción.....	9
- Parte A. Abordaje general de la mitigación del daño evitable.....	14
- Capítulo I: Bases sociológicas de la mitigación del daño evitable.....	16
1. ¿Por qué una visión sociológica?	17
2. Análisis particularizado por técnica de encuesta.....	18
2.1. Daño evitable por adopción de medidas positivas sobre el daño total.....	20
2.2. Daño evitable por agravación por agente humano sobre el daño total.....	21
2.3. Eficacia global de las medidas positivas para mitigar el daño evitable.....	23
2.4. Tendencia de la víctima a no comprometerse con la mitigación del daño evitable posterior.....	24
2.5. Relevancia de la conducta de la víctima en la extensión del daño real.....	25
2.6. Tendencia de la víctima a magnificar los daños que experimenta en sede judicial.....	25
2.7. Tendencia de los jueces en la mitigación del daño evitable como criterio estable de limitación del resarcimiento.....	26
2.8. Existencia del deber de la víctima de mitigar el daño como pauta para determinar la extensión del resarcimiento.....	28
2.9. Importancia atribuida al argumento de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.....	29
2.10. Frecuencia con que los abogados del demandado alegan que la víctima no ha adoptado las medidas positivas que le son exigibles para mitigar el daño...	30
2.11. Frecuencia con que los abogados del demandado alegan que la víctima ha agravado el daño.....	31
2.12. Frecuencia con que los abogados del actor alegan que el daño causado no pudo ser evitado por parte de la víctima.....	32
2.13. Frecuencia con que los abogados del actor se ocupan de demostrar que la mitigación del daño evitable no resulta exigible en el caso concreto.....	33
2.14. Conveniencia de una ponderación sistemática de la conducta de la víctima frente al daño evitable.....	34
2.15. Conveniencia de fomentar la colaboración entre la víctima y el responsable en orden a la mitigación del daño.....	35
3. Exposición global de resultados.....	36
3.1. Proporción de los daños evitables sobre los daños totales.....	37

3.2. Relevancia fáctica del problema de la mitigación del daño evitable.....	38
3.3. Frecuencia con que los operadores del derecho utilizan el argumento de la mitigación del daño evitable.....	40
3.4. Capacidad del orden jurídico argentino para dar respuesta adecuada al problema de la mitigación del daño evitable.....	45
3.5. Conveniencia de fomentar la colaboración entre la víctima y el dañador mediante la ponderación sistemática de la conducta de la víctima.....	47
4. Conducta de la víctima en la mitigación del daño evitable como dato social judicializado.....	50
4.1. Responsabilidad extracontractual civil y comercial.....	50
4.2. Responsabilidad contractual civil y comercial.....	57
4.3. Derecho cambiario.....	60
4.4. Derecho del seguro.....	60
4.5. Derecho de la navegación.....	63
4.6. Derecho internacional privado.....	63
4.7. Derecho laboral.....	64
4.8. Derecho ambiental.....	65
4.9. Derecho administrativo.....	68
4.10. Derecho constitucional.....	68
4.11. Derecho de familia.....	69
4.12. Derecho tributario.....	72
4.13. Derecho aduanero.....	74
4.14. Derecho procesal.....	76
5. Conclusiones particulares.....	77
- Capítulo II: Enfoque gnoseológico-jurídico de la mitigación del daño evitable.....	80
1. ¿Por qué una visión gnoseológica?.....	80
2. Gnoseológica clásica de la conducta de la víctima en el derecho de daños.....	82
3. Evaluación crítica del paradigma clásico.....	84
4. Replanteo de la cuestión: hacia un nuevo paradigma.....	87
5. Dimensión cosmológica de la realidad de la acción dañosa.....	90
6. Balance y prospectiva.....	92
7. Conclusiones particulares.....	96

- Capítulo III: Estudio iusfilosófico de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.....	99
1. ¿Por qué una visión iusfilosófica?.....	100
2. Significación jurídica del instituto.....	101
3. Fundamento.....	105
3.1. Análisis económico del derecho.....	106
3.2. Teoría del acto propio.....	109
3.3. Gestión de negocios ajenos.....	113
3.4. Alter noeminem laederere.....	115
3.5. Razonabilidad.....	117
3.6. Solidaridad.....	119
3.7. Hecho o culpa de la víctima.....	121
3.8. Buena fe.....	125
4. Naturaleza jurídica.....	133
4.1. Deber moral.....	134
4.2. Obligación jurídica.....	136
4.3. Carga jurídica.....	139
4.4. Principio indemnizatorio.....	141
4.5. Deber jurídico.....	142
5. Función.....	146
5.1. Función represiva.....	147
5.2. Función indemnizatoria negativa.....	149
5.3. Función económica.....	150
5.4. Función axiológica.....	152
5.5. Función preventiva.....	153
5.6. Teorías eclécticas.....	159
6. Validez.....	162
6.1. Positivismos conductista de Ross.....	166
6.2. Positivismos psicológico-social de Savigny.....	168
6.3. Positivismos puro de Kelsen.....	171
6.4. Positivismos mitigados de Hart.....	175
6.5. Análisis funcional del derecho de Bobbio.....	180
6.6. Antipositivismos de Dworkin.....	183
6.7. Iusnaturalismos dialécticos de Villey.....	190
6.8. Teoría jurídica discursiva de Alexy.....	194

6.9. Teoría jurídica de Finnis.....	194
6.10. Tridimensionalismo de Goldschmidt.....	199
6.11. Realismo jurídico clásico o iusnaturalismo ontológico.....	204
7. Autonomía.....	218
8. Conclusiones particulares.....	233
- Capítulo IV: Análisis económico de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.....	237
1. ¿Por qué un análisis económico del derecho?.....	237
2. Consideraciones elementales sobre el análisis económico del derecho.....	240
3. Presupuestos antropológicos y metodológicos del análisis económico del derecho.	245
4. Análisis económico aplicado al derecho de daños.....	255
5. Análisis económico positivo de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.....	275
6. Análisis económico prescriptivo de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.....	283
7. Conclusiones particulares.....	290
- Capítulo V: Perspectiva histórica de la mitigación del daño evitable como institución jurídica.....	294
1. ¿Por qué una visión histórica?.....	294
2. Derecho romano.....	295
3. Common law.....	297
4. Derecho francés.....	301
5. Derecho argentino.....	303
6. Conclusiones particulares.....	306
- Capítulo VI: Cuestión en el derecho comparado.....	308
1. ¿Por qué una visión comparada?.....	309
2. Sistemas que receptan autónomamente la exigencia de mitigar el daño por disposición legal de carácter general.....	310
2.1. Estados Unidos.....	310
2.2. Canadá.....	314
2.3. Suiza.....	315

2.4. China.....	315
2.5. Argentina.....	316
2.6. Otros países.....	316
3. Sistemas que, sin contar con una norma legal de carácter general, receptan autónomamente la exigencia de mitigar el daño a nivel jurisprudencial.....	317
3.1. Alemania.....	317
3.2. Italia.....	319
3.3. Inglaterra.....	322
3.4. España.....	325
3.5. Holanda.....	328
3.6. Bélgica.....	329
3.7. Colombia.....	329
3.8. Chile.....	334
3.9. Puerto Rico.....	337
3.10. Bolivia.....	338
3.11. Perú.....	339
4. Sistemas que no regulan en forma autónoma y general al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.....	339
4.1. Francia.....	339
4.2. Austria.....	342
4.3. Quebec.....	342
4.4. Rumania.....	343
5. Derecho trasnacional o de integración.....	343
6. Conclusiones particulares.....	347
- Parte B. Régimen jurídico del deber de mitigar del daño evitable por parte de la víctima en el ordenamiento argentino.....	350
- Capítulo I. Impacto orgánico del deber de mitigar el daño por parte de la víctima en el derecho de daños.....	351
1. ¿Por qué una visión sistémica?.....	352
2. El deber de mitigar en el sistema resarcitorio.....	353
3. Ubicación temática del instituto.....	354
4. Revisión de los presupuestos generales de responsabilidad a la luz del deber de mitigar el daño por parte de la víctima.....	357

5. Extensión del resarcimiento y deber de mitigar.....	359
6. Tensión jurídica entre el deber de mitigar y el principio de reparación integral del daño.....	361
7. Consecuencias metodológicas del deber de mitigar el daño evitable en el procedimiento de determinación de la responsabilidad civil por daños.....	368
8. Ámbito contractual y extracontractual del deber de mitigar.....	372
9. Conclusiones particulares.....	378
- Capítulo II. Aspectos jurídicos prácticos del deber de mitigar el daño por parte de la víctima.....	382
1. ¿Por qué una visión práctica?.....	383
2. Conceptualización jurídica de la institución.....	384
3. Ámbito subjetivo de aplicación.....	384
4. Ámbito objetivo de aplicación.....	388
5. Ámbito temporal de aplicación.....	390
6. Modalidades expresivas.....	393
7. Presupuestos.....	399
8. Contenido.....	414
9. Límites.....	421
10. Pautas de valoración de la conducta de la víctima.....	434
11. Efectos del cumplimiento.....	439
12. Efectos del incumplimiento.....	448
13. Carga de la prueba.....	454
14. Aplicación judicial.....	462
15. Costas.....	467
16. Sentencia. Fórmulas y parámetros para determinar la extensión del resarcimiento.....	469
17. Conclusiones particulares.....	476
- Conclusiones generales.....	484
- Bibliografía.....	488

Introducción.

El objeto de esta tesis está centrado en el deber de mitigar el daño por parte de la víctima en el ordenamiento jurídico argentino.

En el año 2007, cuando promediaba el cursado de la carrera de abogacía, leí por obra de la casualidad una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en la que los magistrados redujeron el resarcimiento debido a una víctima con fundamento en el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable¹. No tardé en querer saber más sobre esta figura: ¿De dónde surge? ¿En qué consiste? ¿Cómo se aplica?

Aquel fallo me brindó las primeras pistas sobre la fisonomía del instituto. Y una intuición persistente me sugirió que aquel deber, pese a su exigua fama, estaba llamado a regir en muchos más casos donde la conducta de la víctima posterior al daño estaba teñida por la indiferencia, la negligencia, la especulación, la simple comodidad e, incluso, el deseo de venganza.

Desde entonces, me comprometí con el tema. Traté de hacerle un seguimiento cada vez que alguna bibliografía me aproximaba a la figura o que algún caso de la realidad ponía en jaque el proceder de la víctima tras la ocurrencia del daño. Hasta que, finalmente, el doctorado me ofreció la oportunidad de entregarme a fondo al estudio del instituto.

Las hipótesis centrales de este trabajo podrían resumirse en tres preguntas básicas: ¿La mitigación del daño evitable comporta un problema práctico relevante en la realidad social de nuestro país? ¿Existe un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el orden jurídico argentino? ¿Cuál es el régimen jurídico que, en su caso, corresponde aplicarle a este instituto?

Por fortuna, la temática elegida posee la virtud de traer consigo límites precisos que facilitan enormemente la delimitación del marco teórico de la investigación.

Tenemos un límite subjetivo, puesto que no nos referimos al deber de mitigar que pesa sobre cualquier persona, sino a una categoría particular de sujeto: la víctima de un daño. Incluso, no utilizamos una noción genérica de víctima entendida como aquella que sufre algún perjuicio, sino que aludimos al concepto específico de víctima como persona que padece un daño jurídico en relación de causalidad adecuada con un hecho atribuible a un sujeto responsable según un factor objetivo o subjetivo.

También hay un límite objetivo, impuesto por el tipo de daño sobre el que proyectamos el deber de mitigación. La figura, por su propia índole, no comprende toda

¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re “*Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación*”, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930.

clases de daño, sino únicamente los daños evitables. Es decir, aquellos que pueden ser impedidos o mitigados, en la medida de lo razonable, con una acción u omisión por parte de la víctima. Este carácter evitable del daño no es material o fáctico, sino jurídico, allende su conexión con la realidad.

Existe un límite temporal, por cuanto el objeto en cuestión descarga sus efectos durante la etapa del post-daño. Esto significa que la mitigación importa de suyo la ocurrencia de un perjuicio inicial y la subsistencia de éste o de sus consecuencias dañosas, sobre las que recaerá la conducta mitigadora de la víctima. Si no hay daño puede haber evitación, más no mitigación.

Finalmente, marcamos un límite espacial, a propósito del cual emplazamos el estudio del instituto dentro del ordenamiento jurídico argentino. Esto implica que tanto las referencias generales a la figura como el análisis de la cuestión en el derecho comparado, al margen de su eventual utilidad científica, no resultan justificados per se, sino por su conexión auxiliar o complementaria con el tema central.

El estado de la cuestión en nuestro país da cuenta de un desarrollo embrionario del deber de mitigar como instituto autónomo. Como consecuencia práctica de ello, la doctrina y jurisprudencia argentina no han pergeñado un régimen jurídico que regule orgánicamente la conducta de la víctima posterior al daño, menos aún han integrado dicho régimen dentro del sistema general de responsabilidad civil.

A pesar de que algunos autores han abordado esta temática, lo cierto es que las formulaciones realizadas son escuetas, carecen de sistematicidad y, muchas veces, subsumen –equivocadamente, a nuestro juicio– el deber de mitigar el daño evitable dentro de la culpa de la víctima o del deber de evitar el daño.

En el plano jurisprudencial, resulta curioso observar que el problema de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima campea en numerosos casos de responsabilidad civil, pero que, en claro contraste, escasean las demandas y sentencias que tratan esta cuestión, en particular aquellas que se refieren expresamente al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

En lo que respecta a la normativa legal, hay que decir que, aunque existen varias disposiciones que resultan compatibles con esta figura e incluso sirven como basamento positivo para justificar su vigencia, no hay una consagración directa, general y expresa de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Por lo que toda conclusión relativa a su juridicidad positiva termina siendo, en mayor o menor medida, el fruto de una derivación razonada del derecho vigente. Sin perjuicio de ello, es justo reconocer que el Código Civil y Comercial ha facilitado considerablemente la fundamentación de esta

exigencia mediante el reconocimiento general del deber de prevención ex post del daño. Con todo, la reglamentación de los efectos de la figura resulta a todas luces insuficiente.

A fin de obtener conclusiones válidas y concordantes con los objetivos trazados, nos hemos inclinado por desarrollar un modelo de investigación predominantemente cualitativo basado en el paradigma epistemológico de la complejidad, en cuanto apuntamos a interpretar, comprender e integrar el objeto de estudio, a partir de la interrelación dialéctica entre los esquemas normativos, la realidad implicada y los valores jurídicos en juego, sirviéndonos para ello de diferentes saberes y, fundamentalmente, del diálogo interdisciplinario entre las áreas involucradas.

Hemos adoptado la estrategia de la triangulación que combina la aplicación de metodologías cuantitativas y cualitativas, por cuanto entendemos que ambas no excluyen, sino que se complementan. Apelamos, en tal sentido, a un pluralismo metodológico en el convencimiento de que la particularidad de los hechos debe determinar la particularidad del método de abordaje. No a la inversa. Ante hechos complejos y diversos, es preciso recurrir a métodos de igual índole para procesar cada uno de los aspectos involucrados. Es por tal motivo que utilizaremos los siguientes métodos:

Deductivo: en orden al planteo de los temas más generales hasta llegar a los aspectos concretos y específicos del problema. Desde el punto de vista cualitativo, será el método de mayor “*rentabilidad científica*”, en cuanto posibilitará el diseño medular –a partir de la fuerza rectora de los principios generales- del régimen jurídico del deber de la víctima de mitigar el daño y de su funcionamiento particular en el ámbito de la responsabilidad civil, como en las restantes ramas del derecho.

Inductivo: encaminado a la presentación de los aspectos particulares del problema hasta llegar a los aspectos más generales. La eficacia de este método se pondrá de manifiesto a partir del análisis de casos judiciales como de normas particulares relativas a la mitigación del daño evitable, no ya con la finalidad de conocer la aplicación concreta de los principios y reglas generales en la materia, sino con el objetivo más sutil de revisar la validez y legitimidad de aquellas directivas a partir de su adecuación al dato fáctico que nos proporciona la casuística.

Analógico: orientado a la extensión de conocimientos obtenidos de una realidad a otra, en la medida de la relación de semejanza que medie entre ambas, a través del recurso de la comparación y la abstracción. La analogía será una técnica apropiada para capitalizar los progresos científicos y doctrinarios logrados en otros sistemas jurídicos que presentan regulaciones normativas más sofisticadas y orgánicas y, a su vez, resultan, en alguna medida, compatible con los basamentos lógicos, normativos, fácticos y axiológicos del

ordenamiento argentino. Asimismo el empleo del método adquirirá relevancia para integrar -con la regulación vigente en ciertas áreas específica del derecho argentino- los vacíos normativos, en la medida de la compatibilidad que exista con las normas comparadas.

Histórico: tendiente a realizar un seguimiento de la evolución jurídica que ha experimentado la institución en el tiempo. Este método también será utilizado para vislumbrar los antecedentes normativos y fácticos que explican el descubrimiento de este deber como institución jurídica independiente. Servirá, incluso, para comprender las exigencias presentes a las que se enfrenta la mitigación del daño en Argentina. Y, finalmente, será una técnica útil para avizorar, en clave de prospectiva jurídica, las tendencias y el devenir al que se orienta la institución.

Estructural: a partir del planteo de un tema central, desglosado en apartados subsidiarios o variables convergentes. Nuestra tesis adoptará el método estructural como plan de exposición literaria y mapa de encadenamiento lógico de los contenidos que forman parte del marco teórico.

Dialéctico: en punto a considerar el problema jurídico, materia de la tesis, en el contexto de las relaciones sociales y económicas, evaluando sus contradicciones y conflictos. La lógica dialéctica será utilizada, además, para analizar las relaciones de mutua interferencia entre la mitigación del daño evitable como instituto jurídico y el sistema resarcitorio en sus diferentes ámbitos.

En lo que hace a la perspectiva iusfilosófica desde la cual abordaremos esta temática, adscribimos al realismo jurídico clásico según el cual el derecho trasunta una relación antropológica-metafísica pre-moral que puede ser conocida por medio de la razón práctica. Para acceder al núcleo de lo jurídico será necesario indagar, pues, en las cinco causas del derecho: material, formal, eficiente, ejemplar y final.

La estructura de la tesis constará de dos grandes partes. La primera se focalizará en el estudio de los aspectos de la mitigación del daño evitable desde una perspectiva general e interdisciplinaria. La segunda privilegiará el estudio en particular del régimen jurídico aplicable a esta figura con una mirada práctica y concreta.

A su vez, cada parte estará subdividida en capítulos. Cada uno de ellos se distinguirá menos por los contenidos abordados que por el prisma a través del cual se enfoque el problema central de la tesis.

Y, finalmente, cada capítulo se desglosará en títulos que estarán enderezados al desarrollo coherente y lógico del eje temático pertinente.

En cuanto al tratamiento sustancial de las hipótesis de investigación, utilizaremos un doble prisma normativo-infraconstitucional de carácter general: por un lado, el Código

Civil de la Nación y, por otro, el Código Civil y Comercial de la Nación. Si bien la entrada en vigencia del segundo importa de suyo la derogación del primero, no es menos cierto que la ultractividad de la ley anterior está asegurada por la propia ley posterior. En efecto, el art. 7 del nuevo Código dispone: *“A partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”*. En los fundamentos de la norma proyectada, el codificador se ocupa de interpretar este artículo al señalar que las leyes se aplican a las consecuencias y no a las relaciones. Con lo cual, el Código de Vélez conservaría su vigencia respecto a las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial.

Sin más preámbulos, dejamos estas páginas a consideración de la comunidad jurídica, albergando la viva esperanza de contribuir, desde nuestro modesto lugar, a repensar el sistema de la responsabilidad civil a la luz del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, en aras de que los intereses de los protagonistas de la relación resarcitoria y de la sociedad en general reciban una tutela justa y efectiva.

PARTE A.

ABORDAJE GENERAL DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EVITABLE.

En esta primera parte, procuraremos abordar desde una perspectiva interdisciplinaria la problemática de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

Comprender el derecho no es una actividad que pueda reducirse al conocimiento de la norma legal, sino que exige la asimilación de un saber práctico prudencial que se complemente con otros saberes auxiliares en orden a forjar una visión jurídica integral.

Sobre la base de tal convicción, recurriremos a la sociología jurídica para comprobar el sustento fáctico de las premisas desde las cuales hilvanaremos nuestros razonamientos, identificar las necesidades y conflictos sociales, evaluar las reacciones individuales y colectivas frente a la actual regulación jurídica y, fundamentalmente, relevar el funcionamiento práctico del sistema de justicia en los distintos sectores de la realidad. Este proceso resulta fundamental para adentrarnos en un conocimiento cabal de la causa material de la exigencia de mitigar el daño por parte de la víctima.

Apelaremos a la gnoseología jurídica con el propósito de reconocer los paradigmas jurídicos contemporáneos bajo los cuales se interpreta la dinámica de la relación jurídica resarcitoria, escrutar la aptitud cognoscitiva de tales postulados para hallar soluciones a los problemas prácticos que plantean los daños evitables y desarrollar una cosmovisión que posibilite la realización de los valores imperantes en el orden jurídico. Se trata de

promover una revisión crítica de las estructuras mentales desde las cuales se intentará comprender las causas de este problema jurídico.

Destinaremos un capítulo al estudio iusfilosófico de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. El objetivo fundamental se perfila, aquí, hacia un análisis del instituto basado en una perspectiva estructural y general. A tales efectos, procuraremos indagar en el significado de la figura, reconocer el basamento sobre el cual se edifica el instituto, determinar su naturaleza jurídica, precisar la función tuitiva predominante, justificar su validez y, finalmente, fundamentar la autonomía conceptual y jurídica de esta exigencia. Allende el grado de abstracción proyectado, abordaremos este estudio a la luz y en pleno contraste con el orden jurídico argentino, tal como lo hemos previsto en el marco teórico propuesto.

Postulamos, asimismo, un análisis económico del derecho en orden a determinar las motivaciones que influyen sobre los patrones de conducta vigentes en el orden social, predecir los incentivos y desincentivos individuales de los diferentes sistemas resarcitorios, estimar los costos sociales de una política legislativa regulatoria o des-regulatoria del problema en cuestión. No apuntamos a reemplazar derechos por utilidades, sino a la búsqueda de soluciones jurídicas eficientes. En el fondo, el análisis económico del derecho posibilitará una lectura realista y práctica de la adecuación de los medios para la consecución del bien común como causa final del derecho.

Finalmente, apostamos al examen de las coordenadas espaciales y temporales del instituto mediante un estudio histórico y comparado. No tanto para alcanzar una erudición en la materia, sino más bien para discriminar entre los rasgos esenciales y permanentes de la exigencia en cuestión y sus perfiles contingentes y mutables. La evolución y el examen comparado de una institución ayudan a desarrollar un útil sentido de dinamismo en el operador de derecho que, a nuestros fines, nos permitirán modular la regulación de esta exigencia conforme al momento histórico actual y al contexto sociocultural reinante. Ambos métodos son claves para desarrollar una lectura circunstanciada de las causas del instituto de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

CAPITULO I.

BASES SOCIOLOGICAS DE LA MITIGACION DEL DAÑO EVITABLE.

SUMARIO: 1. ¿Por qué visión sociológica? 2. Análisis particularizado por técnica de encuesta. 2.1. Daño evitable por adopción de medidas positivas sobre el daño total. 2.2. Daño evitable por agravación por agente humano sobre el daño total. 2.3. Eficacia global de las medidas positivas para mitigar el daño evitable. 2.4. Tendencia de la víctima a no comprometerse con la mitigación del daño evitable posterior. 2.5. Relevancia de la conducta de la víctima en la extensión del daño real. 2.6. Tendencia de los jueces en la mitigación del daño evitable como criterio estable de limitación del resarcimiento. 2.7. Existencia del deber de la víctima de mitigar el daño como pauta para determinar la extensión del resarcimiento. 2.8. Importancia atribuida al argumento de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. 2.9. Frecuencia con que los abogados del demandado alegan que la víctima no ha adoptado las medidas positivas que le son exigibles para mitigar el daño. 2.10. Frecuencia con que los abogados del demandado alegan que la víctima ha agravado el daño. 2.11. Frecuencia con que los abogados del demandado alegan que la víctima no ha adoptado las medidas positivas que le son exigibles para mitigar el daño. 2.12. Frecuencia con que los abogados del actor alegan que el daño causado no pudo ser evitado por parte de la víctima. 2.13. Frecuencia con que los abogados del actor se ocupan de demostrar que la mitigación del daño evitable no resulta exigible en el caso concreto. 2.14. Conveniencia de una ponderación sistemática de la conducta de la víctima

frente al daño evitable. 2.15. Conveniencia de fomentar la colaboración entre la víctima y el responsable en orden a la mitigación del daño. 3. Exposición global de resultados. 3.1. Proporción de los daños evitables sobre los daños totales. 3.2. Relevancia fáctica del problema de la mitigación del daño evitable. 3.3. Frecuencia con que los operadores del derecho utilizan el argumento de la mitigación del daño evitable. 3.4. Capacidad del orden jurídico argentino para dar respuesta adecuada al problema de la mitigación del daño evitable. 3.5. Conveniencia de fomentar la colaboración entre la víctima y el dañador mediante la ponderación sistemática de la conducta de la víctima. 4. Conducta de la víctima en la mitigación del daño evitable como dato social judicializado. 4.1. Responsabilidad extracontractual civil y comercial. 4.2. Responsabilidad contractual civil y comercial. 4.3. Derecho cambiario. 4.4. Derecho del seguro. 4.5. Derecho de la navegación. 4.6. Derecho internacional privado. 4.7. Derecho laboral. 4.8. Derecho ambiental. 4.9. Derecho administrativo. 4.10. Derecho constitucional. 4.11. Derecho de familia. 4.12. Derecho tributario. 4.13. Derecho aduanero. 4.14. Derecho procesal. 5. Conclusiones particulares.

1. ¿Por qué una visión sociológica?

“Ex facto oritur ius”

La primera parte de la tesis apuntará, como ya hemos anticipado, a identificar la realidad que constituye el objeto material del problema planteado. Esa realidad está conformada por la conducta humana social observada en el sistema jurídico argentino.

En clave iusnaturalista, nos ocuparemos de estudiar la causa material del derecho y, específicamente, la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Procuraremos determinar, en el orden sociológico, la existencia, el estado, las

características de la conducta de la víctima frente a la ocurrencia de daños evitables causados por sujetos responsables².

A modo de aproximación conceptual, y sólo con un sentido provisorio, nos permitimos adelantar que el daño evitable comprende aquellos perjuicios “*que el acreedor o damnificado habrían podido evitar con la debida diligencia*”. Dentro de esa categoría, nos abocaremos únicamente a aquellos perjuicios cuyos efectos dañosos no se han extinguido y, por ende, es posible su agravamiento o disminución. O sea del denominado daño evitable posterior.

Consideramos que la validez científica de los esquemas normativos, como de las valoraciones axiológicas, requiere que nuestra investigación no se construya sobre realidades presupuestas, sino sobre realidades comprobadas mediante métodos exploratorios fiables. Estamos convencidos de que esa es la mejor forma de garantizar la realidad del análisis lógico y jurídico. Y, al mismo tiempo, de legitimar la existencia del problema como cuestión irresuelta en el medio social.

Por este motivo, hemos acudido al estudio de jurisprudencia, documentos de sociología jurídica y técnicas de encuestas en orden a relevar los patrones y tendencias principales de comportamiento de las víctimas frente al daño evitable.

2. Análisis particularizado por técnica de encuesta.

Como consecuencia de lo expuesto, principiaremos nuestra investigación con un relevamiento de las observaciones y opiniones de diferentes operadores jurídicos, a partir del cual podremos hacer un primer diagnóstico de la plataforma fáctica de nuestro objeto de estudio como así también obtener una percepción social calificada del problema que anima nuestro interés.

Hemos desarrollado un plan de encuestas sobre una muestra exclusiva de operadores del derecho.

El marcado contenido jurídico de las preguntas, la referencia constante a la práctica tribunalicia y las ponderaciones dikelógicas implicadas determinaron la necesidad de que

² VISINTINI, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, Tomo II: El daño. Otros criterios de imputación, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999. pag. 265.

los destinatarios de la encuesta sean personas que revisten la condición de operadores profesionales del derecho³.

Dentro de esta categoría, apelamos a un criterio de muestra intencionada a fin de asegurar una amplitud significativa, consultando no sólo a abogados especialistas en derecho de daños, sino también a operadores que se dedican a otras incumbencias que guardan relación tangencial –abogados comercialistas, laboralistas, administrativistas, civilistas de otras ramas- con el problema de la mitigación del daño evitable.

Asimismo, proyectamos la encuesta en abogados de la matrícula, en funcionarios judiciales como también en profesionales que no tienen injerencia directa en el litigio judicial, a los efectos de lograr una perspectiva diversificada de la realidad en examen.

Incluimos a operadores de distintas franjas generacionales sobre la convicción de que no sólo es relevante recabar el diagnóstico del profesional experimentado, sino también la evaluación entusiasta del joven abogado, aunque a veces –lo reconocemos- la edad no venga acompañada de estas condiciones.

Atento a que la cuestión investigada pertenece más al denominado derecho sustantivo que al derecho adjetivo –con todo, guardamos nuestras reservas respecto a esta dicotomía- y, por ende, reclama soluciones normativas uniformes en todo el país, y también a que en este punto la jurisprudencia entre los distintos tribunales provinciales presenta una casuística tendencialmente homogénea, juzgamos adecuado efectuar un sondeo aleatorio en una cantidad acotada de ciudades argentinas. Sobre dicha base, surtimos la muestra con operadores del derecho que se desempeñen en grandes ciudades, en ciudades intermedias y también en pequeñas localidades, pues los hábitos sociales, el ritmo de vida y las pautas de comportamiento reflejan, en ese punto, diferencias apreciables.

A partir de tales premisas, encuestamos a cincuenta operadores del derecho, procedentes de la ciudad de Rosario (pcia. de Santa Fe), Córdoba (pcia. de Córdoba), Chaco (pcia. de Chaco), Pergamino (pcia. de Buenos Aires), San Nicolás (pcia. de Buenos Aires), Colón (pcia. de Buenos Aires), Alfonzo (pcia. de Buenos Aires) y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Dentro de los parámetros anteriormente señalados, optamos por un criterio de accesibilidad según nuestras posibilidades de interacción social.

³ Es válido inferir que la formación recibida y el ejercicio acumulado los hace aptos para comprender el sentido de las interrogaciones como para estimar con propiedad el alcance de sus respuestas.

A los efectos de facilitar la claridad expositiva y correlacionar eficazmente los resultados obtenidos, la encuesta estuvo compuesta por quince puntos y una matriz de respuesta de variabilidad predeterminada. Las contestaciones posibles son en todos los casos: a) “*mucha*”, b) “*moderada*”, c) “*poca*”, d) “*ninguna*”.

La encuesta combina preguntas de tipo descriptivo y valorativo. Las primeras apuntan a constatar hechos fácticos y jurídicos. Las segundas están encaminadas a recabar un juicio de valor del entrevistado sobre una cuestión determinada.

Es importante aclarar que, debido a que la encuesta ha sido realizada con anterioridad a la promulgación y puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, hay puntos de ésta que podrían variar en sus resultados. Aun así, dicha variación es relativa toda vez que no hay, hasta el presente, un desarrollo jurisprudencial consolidado acerca de las cuestiones examinadas en los distintos puntos de la encuesta.

En atención a que las modificaciones normativas vinculadas a la exigencia de mitigación del daño evitable por parte de la víctima no han sido derogatorias sino confirmatorias de la legislación precedente, que varias de las preguntas de la encuesta apuntan directamente a la constatación de realidades fácticas, y considerando el vacío jurisprudencial que actualmente registra la cuestión en relación al nuevo Código, es que pensamos que los datos arrojados por la encuesta continúan siendo, además de válidos, necesarios para interpretar la realidad sociológica implicada.

A continuación, analizaremos en particular cada uno de los resultados obtenidos de las preguntas realizadas.

A tal efecto, indicaremos los porcentajes obtenidos por cada opción disponible, describiremos la relación entre los distintos porcentajes calculados e interpretaremos –en los supuestos más relevantes- las posibles motivaciones en que se fundan aquellos resultados.

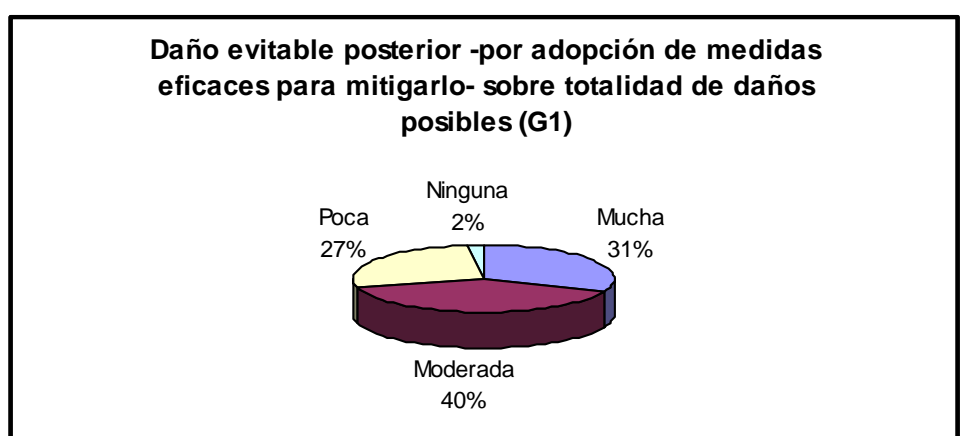
2.1. Daño evitable por adopción de medidas positivas sobre el daño total.

La encuesta comienza con una pregunta estrictamente fáctica. El quid de la consulta reside, aquí, en determinar la proporción aproximada de los daños que pueden ser mitigados en sus efectos por parte de la víctima mediante la adopción de medidas positivas -en cuanto suponen un hacer- tendientes a disminuirlos o eliminarlos.

¿Todos los daños son susceptibles de ser mitigados? ¿Hay daños que, por su naturaleza, no pueden mitigarse en su entidad o extensión? ¿Existe siempre posibilidad de adoptar medidas orientadas a tal fin? En fin, estos son los interrogantes que pretenden esclarecerse por medio del primer punto de la encuesta⁴.

Dicho de modo más preciso, nos servimos de la percepción de los encuestados para indagar en qué medida los daños ocurridos en la realidad son evitables en el sentido antes explicado.

Vale aclarar que no nos ocupamos de la faz preventiva anterior al daño, sino de la faz preventiva posterior a la ocurrencia del daño inicial.



Para el 31% de los encuestados, la posibilidad de mitigar el daño es “*mucha*”. Para el 40% es “*moderada*”. Para el 27%, “*poca*”. Y para un 2% “*ninguna*”.

Esto nos permite deducir rápidamente que para la amplia mayoría de los consultados (98%) existen daños que pueden ser mitigados mediante la adopción de medidas positivas ordenadas a tal fin. Sólo un 2% negó dicha posibilidad.

Incluso, un 71% entendió que la reducción del daño tiene un nivel de factibilidad apreciable (en un 40% “*moderada*”, en un 31% “*mucha*”). Es decir que en la mayor parte de los casos sería posible mitigar el daño.

2.2. Daño evitable por agravación por agente humano sobre el daño total.

⁴ Por medida positiva debe entenderse cualquier *acción* del sujeto orientada a mitigar el daño.

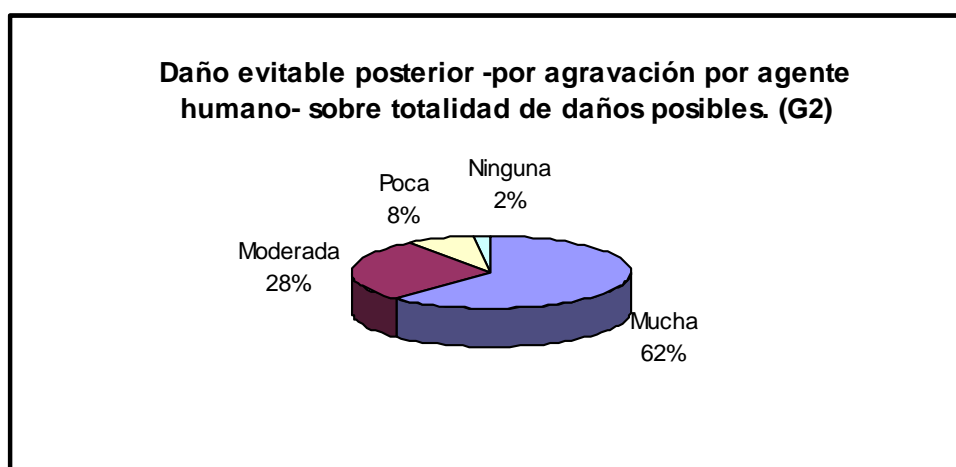
⁵ En adelante, por razones de brevedad expositiva, utilizaremos el vocablo “*daño evitable*” para referirnos exclusivamente al daño evitable posterior.

La segunda pregunta está dirigida a desentrañar el aspecto negativo del daño evitable. Es decir, consultar qué proporción aproximada de los daños ocurridos pueden ser agravado por la incidencia de la conducta humana.

Ya no estamos frente al supuesto del sujeto que reduce el daño mediante medidas positivas, sino frente al sujeto que, con su propio accionar, agrava o aumenta la extensión del daño.

En suma, se trata de averiguar si todos los daños son pasibles de ser agravados mediante la intervención activa del sujeto.

Urge aclarar que esta categoría no es excluyente, sino perfectamente compatible con el supuesto de daño evitable por adopción de medidas positivas. Teóricamente podemos distinguir dos grandes categorías jurídicas: 1) daños que no son evitables y 2) daños evitables. En esta última, hallamos dos sub-categorías: a) daños evitables por no adopción de medidas positivas para mitigarlos, b) daños evitables por ser susceptibles de agravamiento y c) daños que combinan ambos modos de agravación. El gráfico G1 comprende la sub-categoría a y c. El gráfico G2 comprende la categoría b y c.



Los resultados son todavía más tajantes. El 62% respondió “*mucha*”. El 28% “*moderada*”. El 8% “*poca*”. Y el 2% “*ninguna*”.

Nuevamente un 98% ratificó el carácter evitable del daño. Lo llamativo es que aquí el 62% de los encuestados entendió que esta posibilidad es “*mucha*”. A saber que, en la mayoría de los casos, el daño puede agravarse por el accionar de los sujetos.

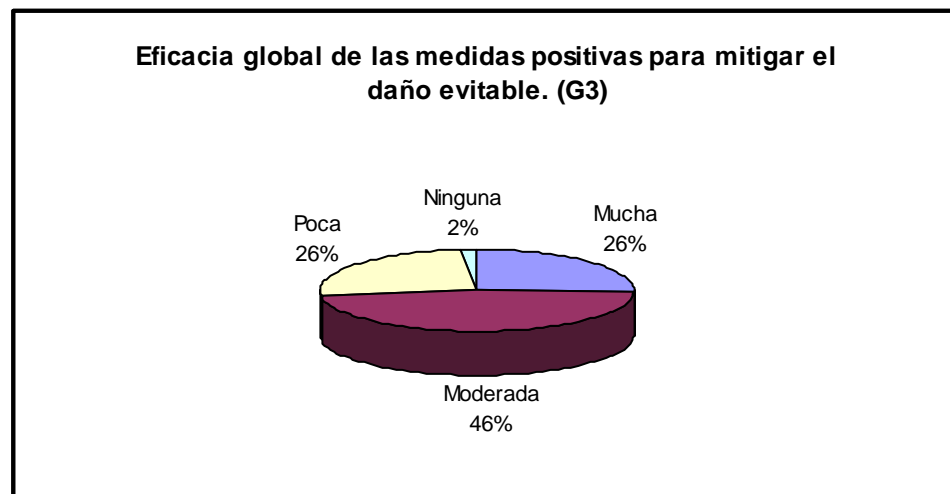
También debemos destacar que el 8% contestó “*poca*” y sólo el 2% “*ninguna*”, con lo cual el 90% de los encuestados entiende que la posibilidad de agravar el perjuicio se verifica en la mayoría de los supuestos de daños.

2.3. Eficacia global de las medidas positivas para mitigar el daño evitable.

La tercera pregunta está orientada a precisar la eficacia global de las medidas positivas para evitar que los daños evitables puedan ser mitigados por el empleo de medidas positivas.

En virtud de las preguntas anteriores, hemos logrado recoger la percepción de los encuestados acerca de la proporción del daño evitable –ya sea por aplicación de medidas eficaces para mitigarlo como por agravamiento causado- sobre el total de los daños ocurridos.

En este punto de la encuesta, como ya anticipamos, procuramos mensurar globalmente la eficacia de tales medidas positivas para mitigar los daños evitables. Por eficacia global entendemos el promedio de efectividad de las medidas positivas para evitar o disminuir el daño.



A tal consulta, el 46% respondió “*moderada*”. El 26% “*mucha*”. Igual porcentaje “*poca*”. Y el 2% “*ninguna*”.

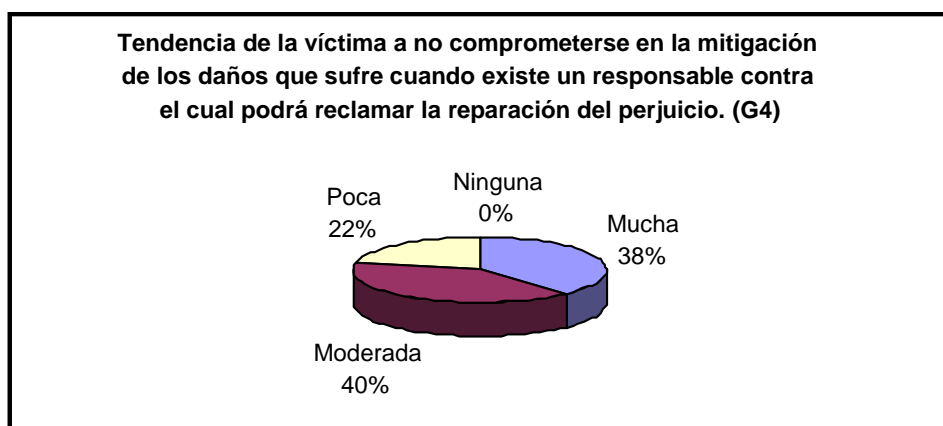
Este resultado revela que la mayoría de los encuestados (72%) considera que las medidas positivas tienen globalmente una eficacia significativa -46% “*moderada*”, 26% “*mucha*”- para mitigar el daño. Sólo el 28% subestima la eficacia de las medidas positivas para mitigar el daño. Y dentro de ese porcentaje, apenas un 2% desprecia totalmente la eficacia de este tipo de medidas.

La conclusión es que, ante el acaecimiento de un daño evitable, resulta en general relevante lo que el agente humano puede hacer para mitigar sus efectos⁶.

2.4. Tendencia de la víctima a no comprometerse con la mitigación del daño evitable posterior.

La cuarta pregunta inquiriere si existe una tendencia de la víctima a no comprometerse con la mitigación de los daños que sufre cuando existe un responsable contra el cual podrá reclamar la reparación del perjuicio sufrido.

A diferencia de las preguntas anteriores que se vuelcan sobre la realidad del daño evitable, este punto de la encuesta apunta a conocer la conducta habitual de la víctima frente a este tipo de supuestos.



Es llamativo observar que el 40% respondió “moderada” y el 38% “mucha”.

Esto significa que el 78% de los encuestados encuentra que existe una tendencia seria y no menor de la víctima a desentenderse de la reparación del perjuicio cuando sabe que el costo final de la reparación no recaerá sobre sus espaldas. De hecho, no hubo un solo encuestado que haya desestimado la existencia de esta tendencia. Tenemos, pues, un primer patrón de conducta desde el cual orientar el curso de nuestra investigación.

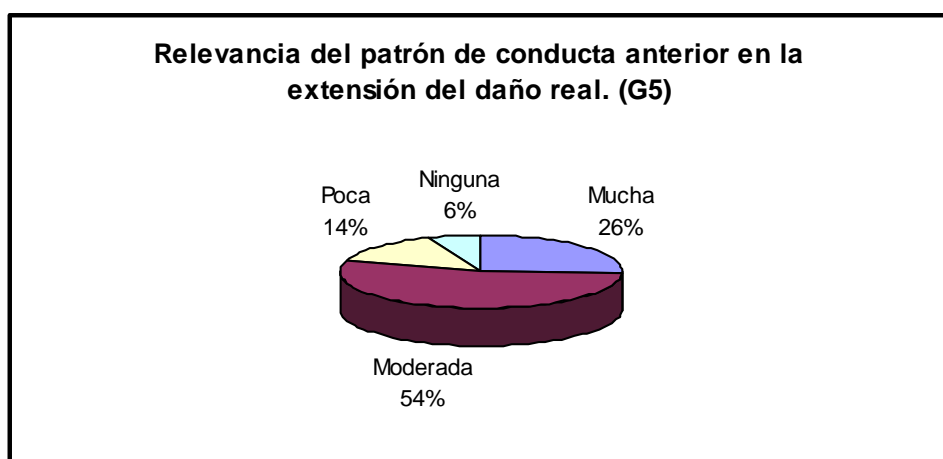
Con la puesta en vigencia y aplicación continuada del Código Civil y Comercial,

⁶ En cuanto a la eficacia de la acción humana para agravar el daño, estimamos innecesario efectuar relevamiento alguno, pues es evidente que la posibilidad de intensificar un daño no tiene más límite que la subsistencia del interés afectado por el daño y la aptitud humana para afectarlo.

será conveniente evaluar si la consagración expresa y general del deber de la víctima de mitigar el daño evitable incide o no en esta tendencia.

2.5. Relevancia del patrón de conducta de la víctima en la extensión del daño real.

La pregunta siguiente es si este patrón de conducta tiene relevancia en la extensión del daño real, es decir si esta tendencia de la víctima a no comprometerse termina siendo en la práctica un factor agravante del daño finalmente ocurrido.



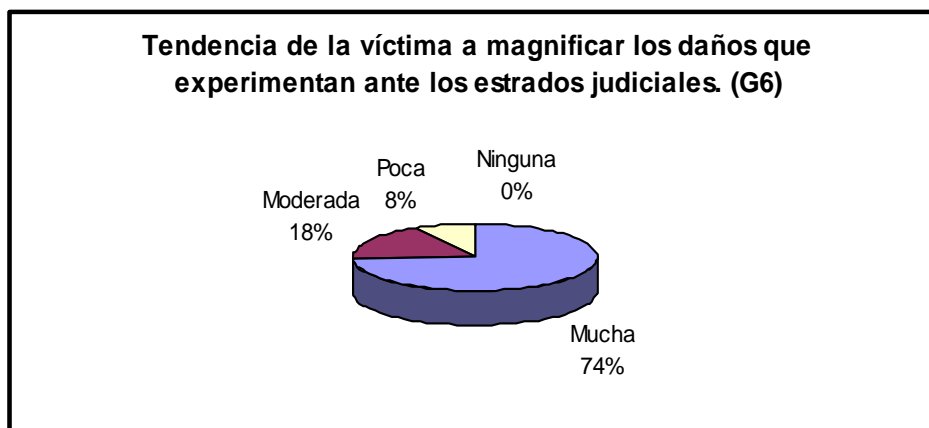
Aquí, la respuesta de los operadores jurídicos volvió a ser contundente. El 54% de los encuestados respondió “moderada” y el 26% “mucha”. Esto significa que la amplia mayoría -80% de los consultados- le asigna a la conducta de la víctima posterior al daño una relevancia considerable -aunque no siempre exagerada- en la extensión del perjuicio base. Sólo el 14% respondió que la influencia es “poca” y un 6% negó la relación entre la tendencia de la víctima a no comprometerse con la mitigación del daño y la magnitud global del daño.

2.6. Tendencia de la víctima a magnificar los daños que experimenta en sede judicial.

La pregunta sexta es si existe una tendencia de la víctima a magnificar los daños

que experimenta ante los estrados judiciales. El interés no se centra aquí en la realidad del daño, sino en la adecuación existente entre la magnitud del daño realmente sufrido y la magnitud del daño alegado en la demanda que entabla la víctima.

Si bien el epicentro conceptual del problema de la tesis apunta más al primer que al segundo aspecto, el dato no carece de relevancia a los fines de nuestra investigación, en razón de que, en el fondo, nos sirve para medir la propensión del damnificado a especular con su situación de víctima a fin de obtener un rédito indebido.



Los resultados son todavía más elocuentes. El 74 % de los encuestados contestó “*mucha*”. El 18%, “*moderada*”. Apenas el 8% expresó que esta tendencia sería “*poca*”. Y ningún encuestado se atrevió a negar la existencia de esta tendencia. Esto refleja que incluso los abogados litigantes que patrocinan a las víctimas admiten que los reclamos resarcitorios son propensos a “*inflarse*” como práctica procesal habitual.

Por las razones ya expuestas en el análisis del gráfico G4, recomendamos el reexamen de la cuestión en una futura etapa de consolidación de la vigencia del Código Civil y Comercial.

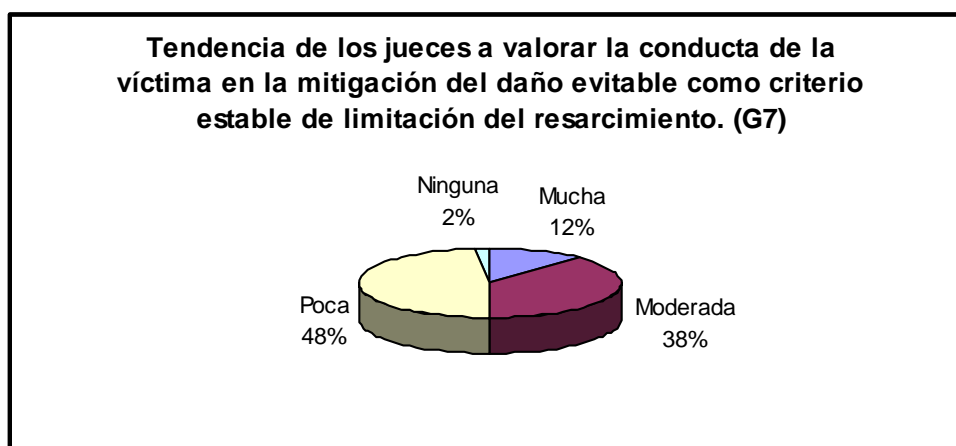
2.7. Tendencia de los jueces en la mitigación del daño evitable como criterio estable de limitación del resarcimiento.

La séptima pregunta está centrada en el funcionamiento del sistema judicial, más que en el comportamiento de la víctima.

El dato consultado es si los jueces valoran la conducta que observa la víctima frente al daño evitable como un elemento de juicio a tener en cuenta a la hora de cuantificar la extensión del resarcimiento.

Utilizamos la expresión “*conducta de la víctima*” para referirnos ampliamente a cualquier acto u omisión observado en sede judicial como extrajudicial por parte de la víctima, por cuanto la conducta mitigadora o agravante del daño puede consistir también en una conducta procesal determinada⁷.

Se trata de una cuestión fundamental en cuanto apunta a determinar si los jueces prestan atención o advierten en la práctica este tipo de conductas por parte de la víctima, y si estiman que tales hechos son conducentes para la correcta determinación del daño resarcible.



La percepción de los encuestados está muy dividida. Podemos constatar aquí que el 38% de los encuestados respondió “*moderada*”. El 12% “*mucha*”. El 48% “*poca*”. Y el 2% “*ninguna*”. O sea, la mitad de los encuestados considera que los jueces estiman adecuadamente (a veces, en demasía) la conducta de la víctima frente al daño evitable. Y la otra mitad entiende que la valoración judicial de tales hechos es insuficiente o insignificante.

La recolección de datos divergentes revela, a nuestro criterio, que la jurisprudencia de nuestros tribunales no es pacífica ni concordante respecto a la importancia que cabe asignarle a la consideración de la conducta de la víctima frente al daño evitable como

⁷ En la práctica procesal argentina, ocurre con frecuencia que el juez no asiste a las audiencias de producción de prueba, en contra de lo previsto por las leyes procesales provinciales. Este hábito operativo –contra legem– limita sensiblemente las posibilidades del juez de valorar adecuadamente la conducta observada en juicio por parte de la víctima. Y, en consecuencia, de valerse de tal conducta como criterio estable para determinar el resarcimiento.

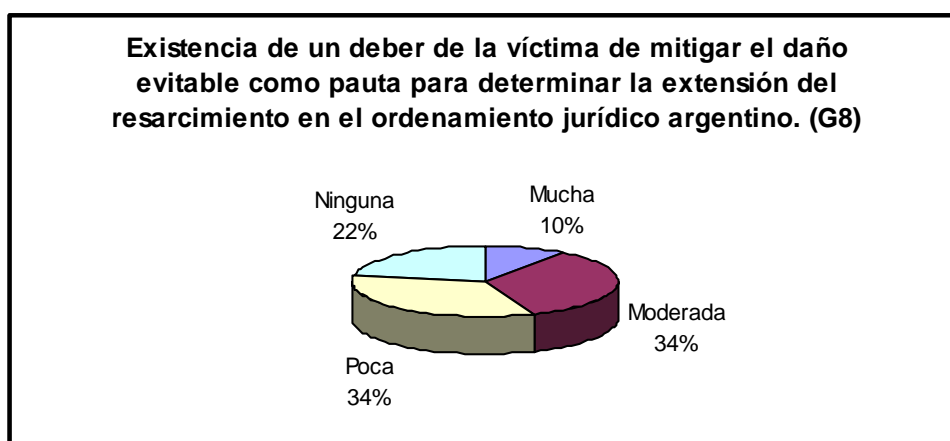
parámetro para ponderar el monto de la reparación y, posiblemente también, que el procedimiento mental utilizado por la judicatura para cumplir tal cometido no siempre resulta eficaz.

Este es otro punto que deberá reexaminarse especialmente con la puesta en vigencia y aplicación continuada del nuevo Código a fin de determinar el impacto de la regulación expresa y general del deber de la víctima de mitigar el daño evitable en el razonamiento judicial.

2.8. Existencia del deber de la víctima de mitigar el daño como pauta para determinar la extensión del resarcimiento.

La octava pregunta es si el ordenamiento jurídico argentino permite interpretar la existencia de un deber de la víctima de mitigar el daño.

Esta es una pregunta que apunta a recabar una interpretación por parte del encuestado sobre las implicancias jurídica de nuestro sistema normativo. El objetivo no es tanto que los operadores consultados formulen una teoría al respecto, sino que puedan ofrecer su punto de vista acerca de si la regulación normativa actual nos habilita a inferir la existencia de este deber.



Asombra la heterogeneidad del resultado. El 34% respondió “moderada”. Igual porcentaje para la respuesta “poca”. El 22% de los encuestados contestó “ninguna”. Y el 10% “muchas”.

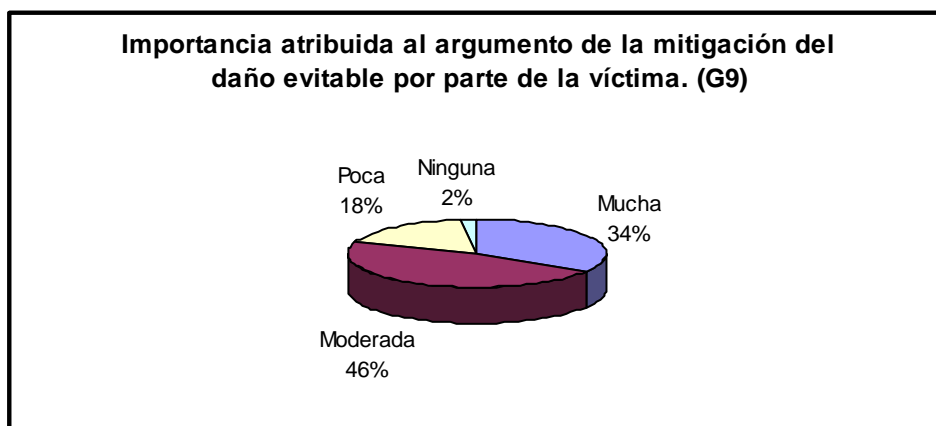
Una primera interpretación de los datos nos permite aseverar que los consultados no tienen conciencia cierta de que el ordenamiento jurídico argentino contenga una respuesta evidente e inequívoca acerca de la existencia de este deber y/o que esta cuestión resulta excluida de la formación jurídica general del operador del derecho. Me inclino por ambas posibilidades.

Allende las hipótesis que podemos hilvanar, los resultados dan cuenta de la necesidad de fundamentar, explicitar y difundir los alcances jurídicos de la conducta de la víctima frente al daño evitable.

El nuevo Código Civil y Comercial, con seguridad, irá modificando la percepción de los operadores de derecho en este punto dada la incorporación expresa del instituto en cuestión, por lo que la revisión a futuro del interrogante planteado constituye una asignatura inexcusable. Sin perjuicio de ello, y a juzgar por lo categórico de la fórmula legal, nos permitimos pronosticar que la tendencia a considerar la existencia de un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el orden jurídico argentino será predominante en el marco del nuevo Código.

2.9. Importancia atribuida al argumento de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

La novena pregunta se vincula directamente al quehacer del abogado litigante. En efecto, lo que se busca determinar es el nivel de gravitación que cabe adjudicar al argumento de la no mitigación del daño evitable por parte de la víctima.



La mayoría de los encuestados coincide en otorgar relevancia al argumento de la no mitigación del daño evitable por parte de la víctima como cuestión relevante para determinar la entidad y extensión del resarcimiento debido a la víctima.

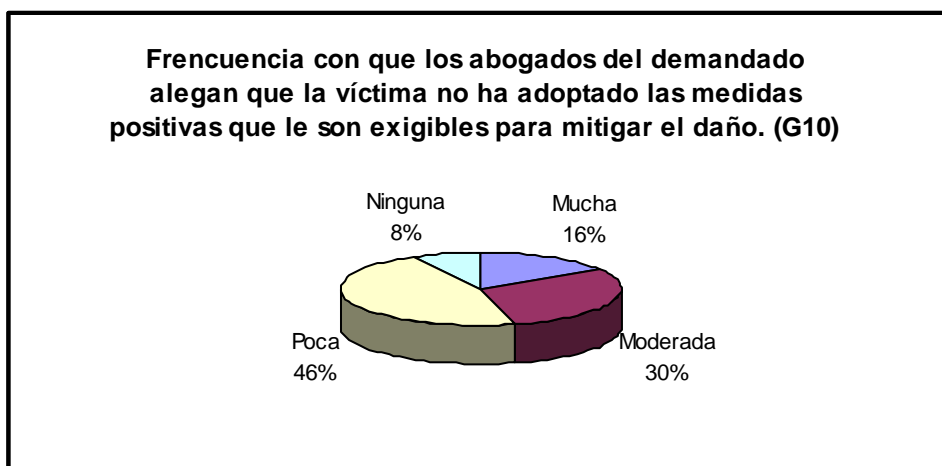
Esto revela que, aunque no existiera propiamente un deber de la víctima de mitigar el daño evitable, el sentido jurídico de los operadores del derecho se resiste a soslayar la actitud posterior de la víctima frente al daño evitable. Por el contrario, los resultados obtenidos ratifican la importancia de contemplar dicha conducta como indicador necesario para modular la pretensión indemnizatoria de la víctima.

Cabe prevenir que la cotización del argumento de la mitigación del daño evitable comenzará a mutar en el imaginario jurídico de los operadores del derecho en la medida de que se consolide la vigencia del código promulgado en el medio social, a propósito del reconocimiento expreso del deber de mitigar el daño evitable.

2.10. Frecuencia con que los abogados del demandado alegan que la víctima no ha adoptado las medidas positivas que le son exigibles para mitigar el daño.

La pregunta décima indaga la frecuencia con que los abogados del demandado se ocupan de alegar que la víctima no ha empleado la diligencia exigible para mitigar el daño evitable como defensa tendiente a contrarrestar la pretensión indemnizatoria del actor.

Se trata de una pregunta que reclama un examen sobre la práctica procesal de los abogados litigantes para determinar en qué medida esta cuestión se encuentra internalizada en el ejercicio profesional.



Los resultados muestran que el 46% respondió “*poca*”. Seguido de un 30% que se inclinó por la opción “*moderada*”. El 16% “*mucha*”. Y el 8% “*ninguna*”.

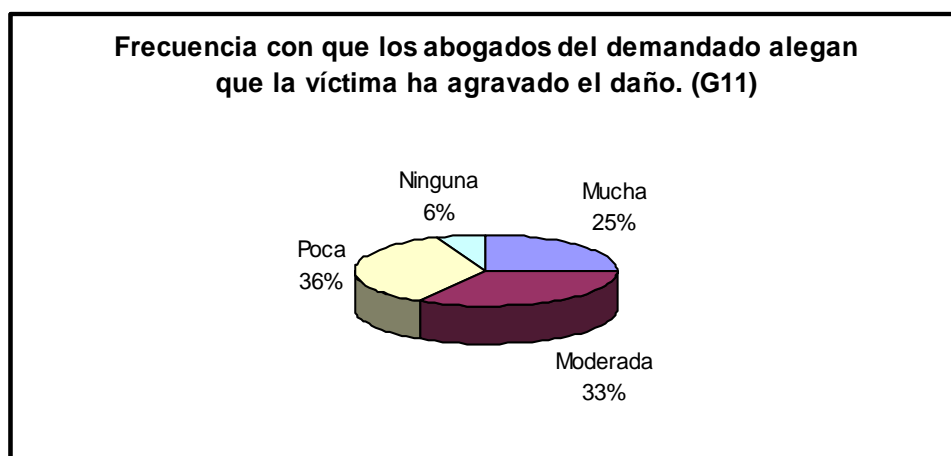
Si bien no existe un desuso radical de este argumento, no puede obviarse que para un 54% de los encuestados la alegación de que la víctima no ha adoptado las medidas positivas que le son exigibles para mitigar el daño es insuficiente.

Por las razones ya expuestas, recomendamos el reexamen de la cuestión en una futura etapa de consolidación de la vigencia del Código Civil y Comercial.

2.11. Frecuencia con que los abogados del demandado alegan que la víctima ha agravado el daño.

La pregunta décimo primera está emparentada con la anterior, con la diferencia de que se refiere a un aspecto diferente del daño evitable.

Aquí se trata de investigar la frecuencia con que los abogados del demandado alegan que la víctima ha agravado el daño como defensa útil para no responder por el mayor daño derivado de aquella conducta agravatoria.



Sobre este aspecto, los resultados muestran ligeras variaciones. El 36% respondió “*poca*”, el 33% “*moderada*”. El 25% “*mucha*”. Y sólo un 6% “*ninguna*”.

No es difícil advertir que la invocación de esta defensa por parte de los abogados del demandado no es tan inhabitual como la defensa basada en la no adopción de las medidas positivas exigibles para evitar el daño. De hecho un 58% consideró que la frecuencia es significativa -33% “*moderada*” y 25% “*mucha*”.

Encontramos la explicación en el hecho de que la antijuridicidad derivada de la agravación del daño por parte de la víctima resulta más ostensible que aquella que deriva de la no adopción de las medidas positivas exigibles para mitigarlo. En la primera, hay una realidad: un daño que se agrava por intervención activa de la víctima. En la segunda, media una hipótesis: un daño que podría haberse evitado si la víctima hubiese arbitrado las medidas eficaces tendientes a mitigarlo.

Creemos que actualmente no existe conciencia cabal por parte de los operadores del derecho de que la víctima debe –en sentido jurídico- comprometerse en la medida de lo posible con la mitigación del daño.

Por las razones ya expuestas, recomendamos el reexamen de la cuestión en una futura etapa de consolidación de la vigencia del Código Civil y Comercial.

2.12. Frecuencia con que los abogados del actor alegan que el daño causado no pudo ser evitado por parte de la víctima.

Nos pasamos al otro lado de la tribuna para determinar, pues, con qué frecuencia los abogados del actor se ocupan de probar que el daño causado no pudo ser evitado por parte de la víctima.

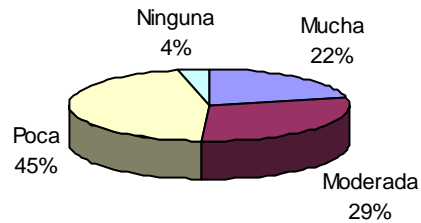
El interés de este punto es dilucidar si la acreditación de la no evitabilidad del daño forma parte de la estrategia habitual del letrado patrocinante de la víctima.

A primera vista, podría observarse que esta cuestión carece de interés práctico, habida cuenta de que, en virtud de los principios del *onus probandi*, la carga de probar que el daño causado pudo ser evitado por parte de la víctima corresponde al demandado que así lo afirma.

Empero, esta afirmación no es exacta. El juez puede, en circunstancias excepcionales, distribuir la carga de la prueba en función de otros criterios. Y poner a cargo del actor la comprobación de tal extremo, en cuyo caso, resultaría de su interés demostrar la imposibilidad de evitar el daño.

Tampoco puede perderse de vista que, por más que la carga de la prueba recaiga sobre el demandado, hace al derecho de defensa en juicio del actor la posibilidad producir prueba que acredite la no evitabilidad del daño o contrarreste la prueba producida en sentido contrario por el demandado.

Frecuencia con que los abogados del actor se ocupan de demostrar que el daño causado no pudo ser evitado por parte de la víctima. (G12)



En el 96% de los casos hubo consenso de que la prueba de la no evitabilidad del daño causado no es completamente ajena a la práctica procesal del abogado del actor. Sin embargo, dentro de ese porcentaje, el 45% entendió que la frecuencia es “*poca*”. El 29% “*moderada*”. Y el 22% “*mucha*”.

Para gran parte de los encuestados (45%), la prueba de la no evitabilidad del daño se efectuaría entonces aisladamente por parte de los abogados del actor, sin que constituya dicha práctica una actividad procesal frecuente.

Para otro sector (49% = 22% “*mucha*” + 29% “*moderada*”), esta demostración resulta frecuente en la estrategia procesal del abogado del actor.

Por las razones ya expuestas, recomendamos el reexamen de la cuestión en una futura etapa de consolidación de la vigencia del Código Civil y Comercial.

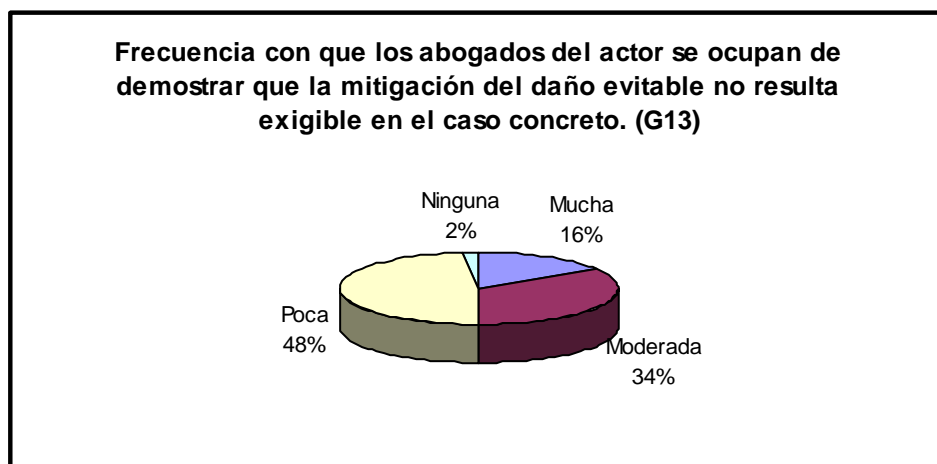
2.13. Frecuencia con que los abogados del actor se ocupan de demostrar que la mitigación del daño evitable no resulta exigible en el caso concreto.

La pregunta décimo tercera presenta una fisonomía similar a la anterior, pero se vuelca sobre un aspecto diferente. En concreto, apunta a determinar la frecuencia con que los abogados del actor se ocupan de demostrar que la mitigación del daño evitable no resulta exigible en el caso concreto.

Vale precisar que aquí se incluyen todos aquellos supuestos en los que, si bien se ha demostrado que el daño es evitable total o parcialmente por parte de la víctima, la

exigencia de la conducta mitigadora deviene irrazonable, excesiva o injusta en el caso concreto.

En tal sentido, la pregunta se dirige a determinar la frecuencia con que los abogados del actor se ocupan de demostrar la no exigibilidad de la mitigación del daño en el caso concreto.



Los resultados son muy similares a los de la pregunta precedente. El 16% respondió “*mucha*”. El 34 % “*moderada*”. El 48 % “*poca*”. Y el 2 % “*ninguna*”.

Las consideraciones fundamentales son las mismas que en el caso anterior. Como particularidad, cabe remarcar que el porcentaje correspondiente a la opción “*poca*” y “*moderada*” aumentó levemente. Y se redujo moderadamente el porcentaje de la opción “*mucha*”.

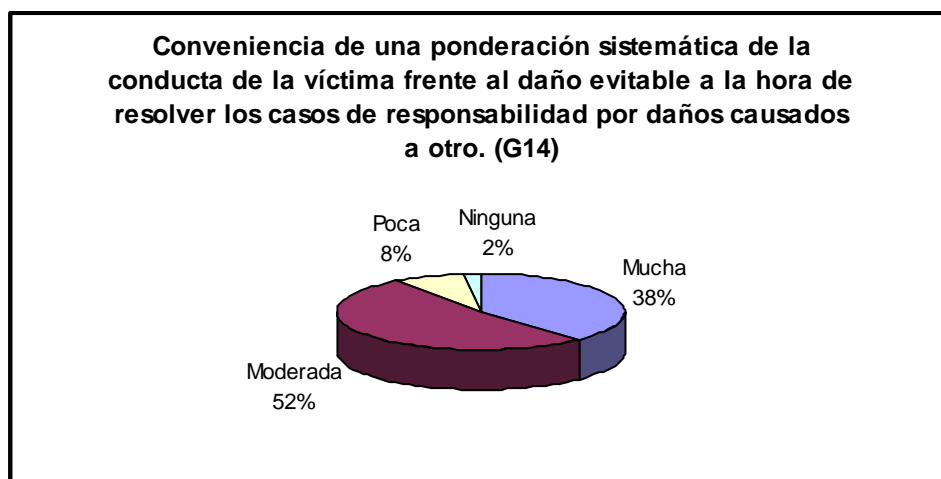
Estimamos que esta leve modificación porcentual responde a que el argumento de la no exigibilidad de la evitación del daño es más sofisticado y complejo que el argumento de la no evitabilidad del daño cuya comprensión no demanda mayores esfuerzos en cuanto - debido a su mayor patencia fáctica- aparece nítido al sentido humano de justicia.

Por las razones ya expuestas, recomendamos el reexamen de la cuestión en una futura etapa de consolidación de la vigencia del Código Civil y Comercial.

2.14. Conveniencia de una ponderación sistemática de la conducta de la víctima frente al daño evitable.

La pregunta décimo cuarta ya no reclama una constatación fáctica al encuestado, sino más bien una valoración técnica. La interpelación tiende a determinar la conveniencia de una ponderación sistemática de la conducta de la víctima por parte de los jueces a la hora de resolver los casos de responsabilidad por daños causados a otros.

En otros términos, el dato consultado procura inquirir si para los encuestados sería favorable que la consideración de la conducta de la víctima integre de modo sistemático el razonamiento judicial empleado para juzgar la responsabilidad civil del presunto dañador.



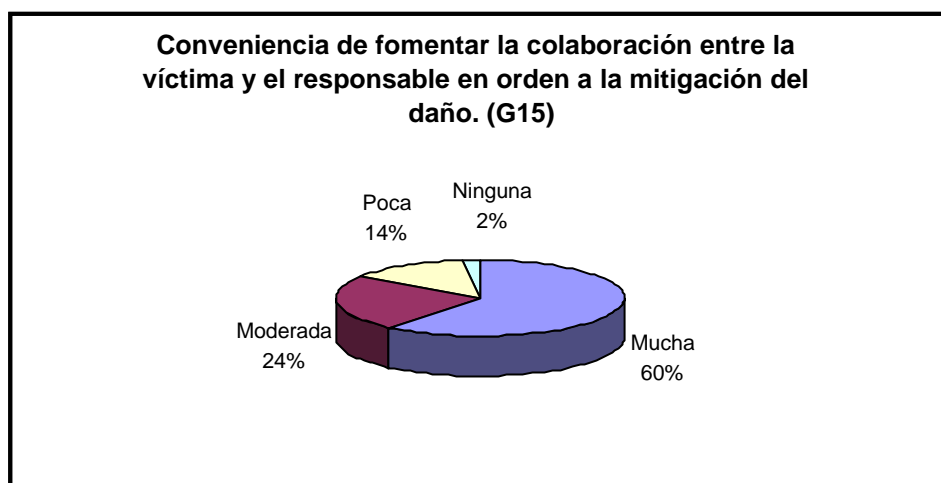
Los resultados son altamente sugestivos. El 38% respondió “*mucha*”. El 52% “*moderada*”. 8 % “*poca*”. Y 2 % “*ninguna*”.

De modo tal que el 90% de los encuestados consideró conveniente no sólo la contemplación de la conducta de la víctima frente al daño evitable por parte del juez, sino además que esta consideración sea efectuada de modo sistemático, es decir en forma permanente y según reglas técnicas adecuadas a tal fin.

La encuesta nos marca una postura definida de los operadores del derecho sobre uno de los criterios jurídicos que deben atenderse a la hora de resolver un caso controvertido de responsabilidad por daños causados a otro. Esta valoración mayoritaria no debería ser soslayada por jueces y legisladores, pues en definitiva es fruto de la apreciación de todas aquellas personas que conocen y trabajan el derecho. Y que, por ende, se encuentran en condiciones adecuadas para apreciar estas cuestiones.

2.15. Conveniencia de fomentar la colaboración entre la víctima y el responsable en orden a la mitigación del daño.

La última pregunta, al igual que la anterior, está centrada sobre una cuestión de política legislativa. Aunque es justo decir que tiene un sentido menos técnico que axiológico, de lo que se trata es de indagar si para los encuestados es conveniente fomentar la cooperación entre la víctima y el dañador en orden



Los resultados son contundentes. El 60% de los encuestados respondió “*mucha*”. El 24% “*moderada*”. El 14% “*poca*”. Y el 2% “*ninguna*”.

Esto deja muy claro que la mayoría de los operadores del derecho están a favor de comprometer no sólo al responsable, sino también a la víctima en la labor de mitigar el daño.

Consideramos que el consenso profesional se muestra abierto a un cambio de paradigma en la materia, según el cual las relaciones entre víctima y dañador no estén signadas por la confrontación, sino por la cooperación. Un 84 % ha manifestado decididamente su opinión favorable en tal sentido. Y dentro de este porcentaje, una amplia mayoría considera que la modificación debe ser profunda.

3. Exposición global de resultados.

En este segmento, complementaremos el análisis particular de los resultados obtenidos con un examen conglobado.

A saber, procuraremos describir patrones de conducta explicativos de los porcentajes alcanzados, hallar continuidades lógicas en el proceder de los operadores del derecho, perfilar tendencias futuras, descifrar los valores o criterios de elección de los encuestados, comprender su modo de percibir la realidad, etc. Todo esto a partir del análisis comparativo y totalizante de los datos obtenidos.

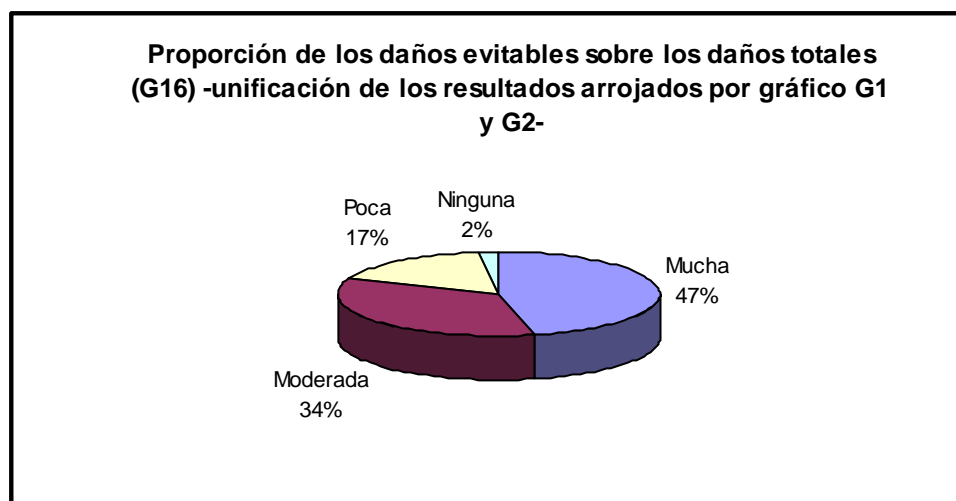
3.1. Proporción de los daños evitables sobre los daños totales.

Queremos, ante todo, partir de la realidad sociológica pura. Es así que apuntamos a ponderar en el orden fáctico la gravitación cuantitativa de las dos grandes especies de daño desde la perspectiva del problema abordado. Nos referimos al daño evitable y al daño no evitable. A la postre, nos proponemos visualizar qué proporción sobre el daño total representan aquellos daños que el demandado hubiese podido evitar poniendo la diligencia debida.

Los resultados proyectados en el gráfico G1 y G2 muestran que la proporción de los daños evitables sobre el daño total por adopción de medidas positivas tendientes a mitigarlo es predominantemente “*moderada*”. Y la proporción sobre el daño total de los daños evitables por ser susceptibles de agravación es notoriamente “*mucha*”.

Los resultados del gráfico G3 exteriorizan que la eficacia global de las medidas positivas tendientes a mitigar el daño es mayormente “*moderada*”. En tanto que, según un criterio lógico y práctico, la posibilidad de agravar el daño no tiene más límite que la subsistencia del interés afectado por el daño y la aptitud humana para afectarlo.

A fin de poder expresar la gravitación del daño evitable posterior sobre el total de los hechos dañosos, elaboramos un gráfico complejo que combina los resultados del gráfico G1 (daño evitable posterior por no adopción de medidas positivas) y G2 (daño evitable posterior por agravación).



Podemos ver aquí que la franja mayoritaria -47%- coincide en que el daño evitable ocupa la mayor proporción del daño total. Para el segundo segmento de opinión, esta proporción es “moderada” -34%-. Sólo un 17% le asigna una presencia reducida a este tipo de daño. Y apenas el 2% asume que el daño evitable no representa ningún valor sobre el daño total.

Es decir, se trata de un proceder que no atenta meramente contra la lealtad procesal, la buena fe, la solidaridad social, etc., sino que también incide considerablemente en la magnitud del daño real y, por consiguiente, en los costos personales y económicos que demanda la reparación de tales perjuicios.

A esta altura de la evaluación, podemos concluir, en la medida de la representatividad de la muestra, que existe un patrón de conducta generalizado de la víctima tendiente a no comprometerse con la mitigación de los perjuicios sufridos, lo cual provoca consecuencias disvaliosas a nivel social, económico y jurídico que el derecho debería corregir mediante soluciones institucionales adecuadas. En tal sentido, habrá que evaluar si la regulación normativa prevista por el Código Civil y Comercial sobre esta cuestión incide y, en su caso, de qué modo y con qué intensidad sobre la conducta de los justiciables.

3.2. Relevancia fáctica del problema de la mitigación del daño evitable.

Como segunda cuestión, procuraremos centrarnos en la realidad sociológica extraprocesal percibida por los encuestados, más que en el funcionamiento del sistema judicial o en las cuestiones de política legislativa.

Del cotejo de los resultados entre el gráfico G4 y G6 puede colegirse que la conducta de la víctima no está generalmente ordenada a la justa composición de los intereses en conflicto, ya sea porque no suele asumir un proceder diligente que tienda a mitigar o a no agravar el daño evitable, ya sea porque no tiende a buscar una reparación justa que sea proporcional –ni mayor ni menor- a la magnitud del daño sufrido.

No es casual que un 78% de los encuestados haya coincidido en que la víctima tiene una tendencia marcada a no comprometerse con la mitigación del daño cuando existe un responsable contra el cual podrá obtener la reparación del daño sufrido –ver G4-. Ni tampoco puede obviarse que el 92% de los encuestados haya afirmado categóricamente que la víctima tiende a magnificar los daños que experimenta frente a los estrados judiciales –ver G6-.

La importancia de la relación precedente debe medirse a la luz de los resultados expresados en el gráfico G5. En efecto, la segunda pregunta muestra nítidamente que, según la percepción de los encuestados –80% entre aquellos que respondieron “*mucha*” o “*moderada*”-, la falta de compromiso de la víctima a la hora de mitigar el daño tiene una relevancia significativa en la extensión del daño real.

Seguidamente, presentaremos otro gráfico complejo para representar globalmente la relevancia fáctica del problema de la mitigación del daño evitable, es decir para determinar en qué medida la conducta de la víctima frente al daño evitable adquiere trascendencia práctica para el derecho.

En este sentido juzgamos conveniente combinar los resultados de los gráficos G4, G5, G6 y G16).

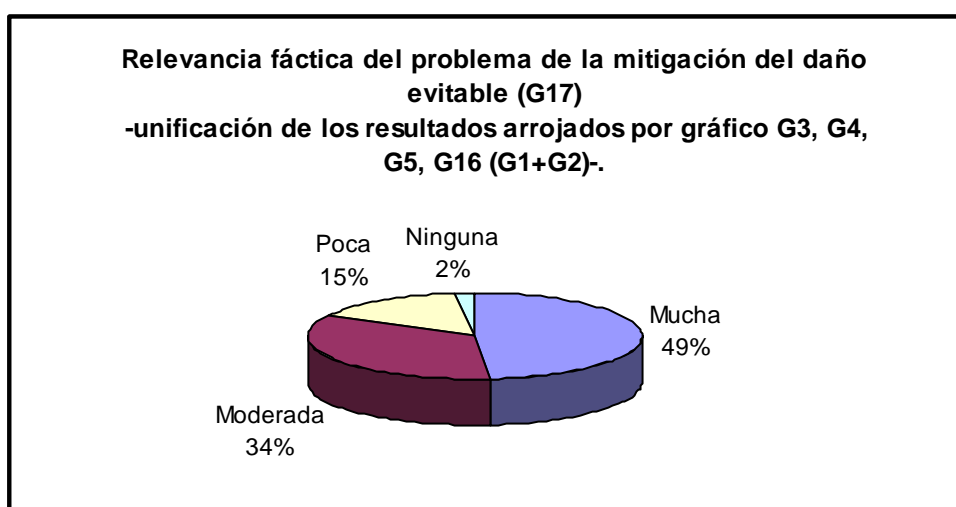
El G16 es el que marca las dimensiones del plano. Constituye una referencia necesaria para percibir qué porción de la realidad del daño estamos englobando cuándo nos referimos al daño evitable. Por ende, sus resultados son lo primero que debemos ponderar para tener una visión panorámica de la relevancia del problema de la no mitigación del daño evitable.

El gráfico G4, porque marca la tendencia de comportamiento de la víctima frente al daño evitable. De poco valdría analizar las posibles consecuencias jurídicas para la víctima por la no mitigación del daño evitable si en la práctica ésta fuese proclive a aventarlo, es decir a no incurrir en el supuesto de hecho que es objeto de análisis.

El gráfico G6 también merece ser incluido en esta variable compleja, habida cuenta

de que trasunta el patrón de conducta de la víctima frente al daño evitable en el plano procesal, circunstancia que le confiere matices más específicos a la cuestión de la mitigación del daño evitable.

El gráfico G5 deviene fundamental en cuanto expresa cuál es la incidencia objetiva de la conducta de la víctima en la extensión del daño real. Es evidente que para ponderar adecuadamente la relevancia fáctica del problema de la mitigación no sólo hay que conocer el patrón de conducta de la víctima, sino que también es preciso determinar en qué medida el proceder omisivo o comisivo por parte de la víctima repercute en la mayor medida del daño.



A la luz de los resultados combinados, podemos notar que el 49% de los consultados entendió que la relevancia fáctica del problema de la mitigación del daño evitable es “*mucha*”. El otro sector destacado -34%- correspondió a quienes entendieron que esta cuestión tenía una importancia relativa. Muy por debajo, se ubicaron quienes consideraron que la relevancia del tema era “*poca*” -15%-. Y únicamente un 2% de los encuestados estima que el problema carecía de relevancia fáctica.

3.3. Frecuencia con que los operadores del derecho utilizan el argumento de la mitigación del daño evitable.

Surge entonces la pregunta obvia: ¿Está nuestro sistema jurídico preparado para dar solución efectiva a esta problemática?

La respuesta surge de la encuesta formulada.

A nivel del ordenamiento argentino (ver gráfico G8), el 56% de los encuestados consideraron que las previsiones jurídicas que ofrece nuestro sistema son insuficientes para fundamentar la existencia de un deber de la víctima de mitigar el daño evitable. El 34% consideró que la posibilidad de inferir tal deber es “poca”. Un 22% entendió que no hay previsión jurídica que permita invocar este deber. Un 34% afirmó que la respuesta normativa es, en tal sentido, “moderada”. Y sólo un 10% consideró que es “mucha”.

Allende que nuestro sistema normativo posibilite o no inferir objetivamente la existencia del deber de la víctima de mitigar el daño evitable, los resultados de la encuesta reflejan claramente que la imposición de este deber no es una cuestión manifiesta o evidente para la percepción del operador jurídico, sino que contiene una cuota inexorable de ambigüedad y, consiguientemente, de inseguridad jurídica. A fortiori, puede inferirse que la regulación de este deber -en cuanto a sus alcances, requisitos, efectos, ámbitos de aplicación- es igual o más incierta.

El nuevo Código Civil y Comercial, como ya anticipamos, impone una revisión de este punto, toda vez que reconoce expresamente el deber de mitigar el daño evitable, por lo que sería esperable que aumente la proporción de encuestados que considere que el orden jurídico recepta la existencia de un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

A nivel judicial, cabe reiterar que la mitad de los encuestados reputó que la valoración judicial de la conducta de la víctima frente al daño evitable -como criterio limitativo del resarcimiento- es insuficiente. O sea que, en consonancia con la falta de claridad normativa respecto a la existencia del deber de la víctima de mitigar el daño en el orden jurídico argentino, hay también una tendencia significativa de los magistrados a no considerar adecuadamente el proceder de la víctima como pauta para determinar del monto de la indemnización. Lo cual, a nuestro entender, se relaciona no sólo con la mirada predominantemente unidireccional del juez hacia la conducta del responsable – recién se mira a la víctima cuando la conducta de ésta tiene una incidencia causal directa en la ocurrencia del daño-, sino también con la ausencia de reglas claras acerca de cómo debe ponderarse la conducta posterior de la víctima en el procedimiento de determinación de la responsabilidad. Otro punto en el que reexamen se tornará altamente conveniente a partir de la consolidación legal y jurisprudencial del nuevo Código⁸.

⁸ Al respecto, Ciuro Caldani opina: “(...) hay que tener mucho cuidado porque el Código va a ser lo que los jueces lo hagan ser. Por eso, hay que estar atentos a cómo se va a componer la administración de justicia. Si la administración de justicia fuese dominada por algún partido

A nivel de los abogados litigantes, la encuesta mostró que el empleo del argumento de la no mitigación del daño evitable no está internalizado en la estrategia jurídica y procesal de buena parte de los abogados. Pese a que la mayor proporción de los daños son evitables, y que la víctima tiende a no comprometerse con la reparación cuando hay un sujeto prima facie responsable, la alegación de este argumento no tiene un uso generalizado en la estrategia jurídica del abogado⁹. Aquí también será fundamental el reexamen de la cuestión en una etapa futura.

La estrategia jurídica del abogado no es otra cosa que la ciencia y el arte de componer y descomponer las acciones y argumentos fácticos y jurídicos en un ámbito temporal, espacial y personal determinado en búsqueda de la finalidad deseada. El análisis de este argumento corresponde a la etapa de formulación y ejecución estratégica jurídica. La eficacia de un argumento depende de su impacto en la realidad social¹⁰.

Desde una óptima general, Ciuro Caldani justifica la perspectiva estratégica: *“El saber jurídico se enriquece con la consideración de los intereses en juego, de modo que no ha de extrañar que lo investigado con referencia a la guerra como disputa de intereses sirva para comprender mejor el derecho. La comprensión estratégica permite tomar*

político, y se dejase atrás lo que ya ha sido consagrado por la tradición jurisprudencial y doctrinaria, eso provocaría un incremento del poder del gobierno. Porque, si bien es cierto que se puede contemplar el mantenimiento de las reglas consagradas, siempre existiría el argumento posible de que si hay un código nuevo, cabría una interpretación nueva. Y ahí va a aumentar el poder de los jueces. Ahora ¿Qué jueces? [el entrevistado adopta una expresión reflexiva y preocupada]. Siempre para hacer una ley, hay que tener cuidado de quién la va a aplicar. En un contexto de neoconstitucionalismo, donde los jueces ya tienen una cuota importante de poder, no hay que descuidar esta cuestión”. Ver entrevista realizada al Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani. Publicada en Revista Jurídica Labor judicial, edición n° 16, Pergamino, 1/9/2014.

⁹ Pareciera que, frente al daño sufrido, el derecho sólo debe sacarse el sombrero y dejar que la víctima reaccione como mejor le plazca frente a su propia desgracia. Que el derecho no tiene derecho a pretender que la víctima actúe razonablemente ante el mal padecido. Es como si el momento posterior al daño quedara en una zona extrajurídica en la que ni jueces, ni abogados, ni partes pueden exigirle a la víctima que rinda cuenta por la conducta obrada. Olvidamos que, más allá del interés afectado –que indudablemente merece protección–, hay otros intereses individuales y colectivos que pueden verse ilegítimamente vulnerados frente a un proceder arbitrario por parte de la víctima.

Cabe aquí traer a colación las palabras de Kant: *“cuando se trata de problemas de Derecho y de Justicia, no basta la justificación de la conducta ante uno mismo, antes bien se requiere otra forma especial de justificación, a saber una justificación objetiva, una justificación de acuerdo con normas objetivas. Esto es así, porque entonces se trata de actos que afectan a la convivencia y cooperación entre los humanos, comportamientos que, por ser tales, precisarán no ya de una justificación subjetiva sino de una justificación objetiva, de una justificación que ya no me satisfaga sólo a mí, sino también al otro u otros a quienes afecta mi conducta, o a la sociedad en términos generales”*. Ver KANT, Emmanuel, *Crítica de la razón pura*, traducción Pedro Ribas, Madrid, Alfaguara, 1978, págs. 639 y ss.

¹⁰ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Aportes a la estrategia en las fuentes y el funcionamiento de las normas, publicado en Investigación y Docencia, Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social, n° 46 (82), 2012. El autor especifica: *“análisis de la situación, evaluación estratégica, formulación estratégica, ejecución de la estrategia y control estratégico”*.

*conciencia, de cierto modo “científica”, de mucho de lo que los abogados que ejercen la profesión aprenden y hacen en la práctica extrauniversitaria”*¹¹.

En relación directa al rol estratégico del letrado patrocinante, Feuillade plantea que el abogado debe conjeturar cómo se desarrollará el proceso y tratar de influir para que el juez decida tal como lo pide, destruyendo la juridicidad de lo invocado por la otra parte¹².

Formuladas estas aclaraciones, continuaremos con el análisis combinado de la encuesta. En tal sentido, es posible observar que los abogados del demandado alegan con “poca” frecuencia el argumento según el cual la víctima no ha adoptado las medidas positivas que le son exigibles para mitigar el daño (ver gráfico G10). E invocan con frecuencia “moderada”- el argumento según el cual la víctima ha agravado el daño (ver gráfico G11).

En la misma sintonía, los abogados del actor alegan con escasa frecuencia -45% “poca”- el argumento según el cual el daño causado no pudo ser evitado por parte de la víctima (ver gráfico G12). En tanto que el argumento según el cual no es posible exigirle a la víctima en el caso concreto la adopción de medidas positivas orientadas a mitigar el daño es de todavía menor utilización práctica (ver gráfico G13).

Cabe señalar que al utilizar la expresión “argumento” aludimos a las “razones alegadas”, según la precisa conceptualización de Bentolila como: “razonamientos explicativos (por ende, excluyentemente humanos) de índole subjetiva y consciente, cuya coincidencia con los móviles (retrospectivos o prospectivos) se declara, desenvueltos en el terreno del discurso, que el propio agente utiliza como soporte racional, cuya finalidad persigue el apoyo de la decisión adjudicataria por parte de terceros, y tendentes normalmente a provocar razones sociales”¹³.

En aras de integrar globalmente la percepción sobre el uso por parte de los operadores jurídicos del argumento de la mitigación del daño evitable posterior, estimamos conveniente formular un gráfico que combine los resultados de los gráficos G6, G10, 11, 12 y 13.

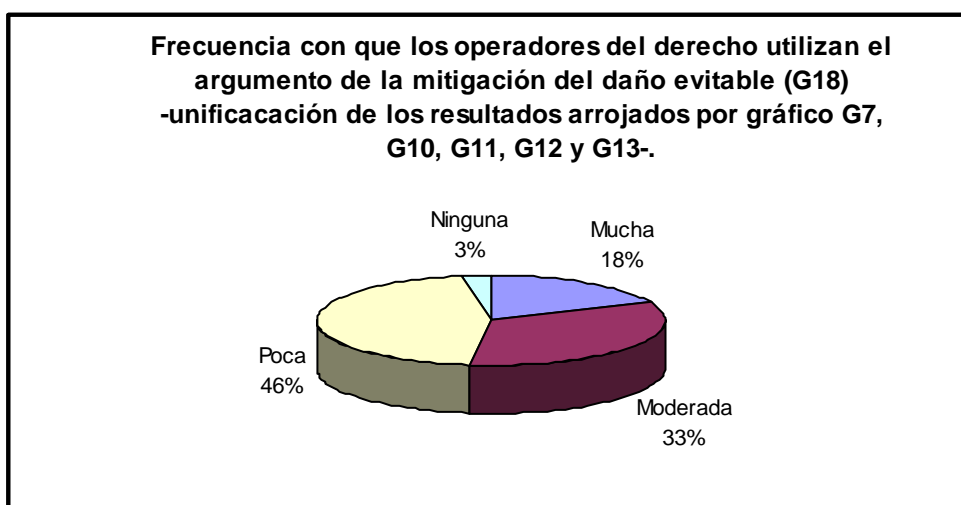
El gráfico G7 se refiere a la ponderación judicial del argumento fáctico-jurídico de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. En tanto que los gráficos G10, G11, G12 y G13 se centran en el uso del argumento por parte del abogado litigante, ya sea como

¹¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Estrategia jurídica, Rosario, UNR Editora, 2011, pag. 97.

¹² FEUILLADE, Milton C., Estrategia y táctica en el derecho procesal internacional, publicado en Investigación y Docencia, Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social, n° 46 (86), 2013.

¹³ BENTOLILA, Juan José, Comprensión jurídica del razonamiento justificatorio, Tesis doctoral, (doctorado), UNR, 2012, p. 69.

actor o demandado.



La unificación de los resultados obtenidos revela que el segmento mayoritario de los consultados considera que el argumento de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima es utilizado con “*poca*” frecuencia por los operadores del derecho -46%- . El grupo de opinión que le sigue en número percibe que el uso del argumento es “*moderado*” -33%- . El 18% opina que es “*mucho*”. Y sólo un 3% del total sostiene que el argumento no es utilizado por los operadores. Constatamos entonces que la mitad de los encuestados -49%- entiende que la frecuencia en el uso del argumento es reducida o nula.

En suma, es posible advertir que la utilización de este argumento jurídico no está internalizado en los operadores procesales. Interpretamos que esta circunstancia, lejos de encontrar explicación en la ocurrencia infrecuente de estos supuestos –cuestión que no compartimos con sustento en los gráficos G1, G2, G4 y G5-, responde al desconocimiento generalizado de los deberes de la víctima frente al daño evitable posterior, tal como lo refleja el gráfico G8. Especialmente en aquellos casos en los que, sin llegar a configurarse culpa de la víctima como hecho interruptivo del nexo causal, existe empero una conducta de la víctima que transgrede el deber a cargo de ésta de mitigar el daño evitable.

Sin embargo, entendemos que esa no es la única razón. Dice Bentolila que: “*Las razones alegadas, a diferencia de los móviles (y mucho más aun, de los motivos), revelan determinadas características que les son propias, y que gravitan sobre su utilidad a los fines de la justificación del acto al que acceden, si es que presuponemos su carácter racional, a saber: a) deben ser comprensibles; b) deben ser verosímiles (aun cuando no fueren verdaderas o veraces); c) deben ser aceptables desde el punto de vista lógico del sujeto receptor (esto es, deben guardar la necesaria coherencia que permita su*

sostenimiento); y d) deben ser aceptables desde el punto de vista axiológico de quien esté llamado a evaluarlas¹⁴”.

Desde esta óptica, consideramos que otra de las razones que determinan la escasa utilización del argumento por parte de los operadores del derecho es la creencia por parte de los operadores del derecho de que los jueces no tendrán en cuenta la conducta posterior de la víctima como límite jurídico a la extensión del resarcimiento. Expectativa negativa que, sin lugar a dudas, se funda en la ausencia de un régimen jurídico previsible de la culpa de la víctima posterior al daño y también en la habitual indiferencia judicial a este patrón de conducta -tal como resulta de los datos arrojados por el G7-. Es decir, no resultarán aceptables desde el punto de vista de quien está llamado a evaluarla.

3.4. Capacidad del orden jurídico argentino para dar respuesta al problema de la mitigación del daño evitable.

Respecto a la pregunta fundamental sobre si el sistema jurídico argentino es apto para dar respuesta adecuada al problema de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima, elaboramos un esquema complejo que unifica los resultados del gráfico G7, G8 y G18.

Adoptamos la expresión “*sistema jurídico*” en sentido amplio, no sólo para abarcar el conjunto de principios y normas de derecho que regulan la conducta humana social de las sujetos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de dicho sistema, sino también para englobar la costumbre jurídica de los operadores, como de los habitantes en general. Entendemos que el sistema jurídico no se reduce a una estructura normológica, sino que además se integra con el funcionamiento real de las instituciones en el plano sociológico.

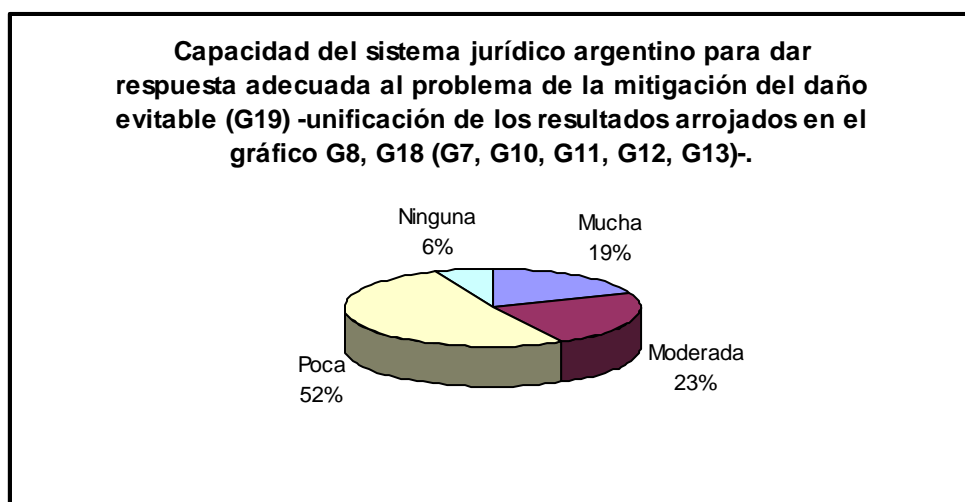
A tal efecto, extrajimos datos del gráfico G8, que indaga si para los encuestados el ordenamiento jurídico argentino establece el deber de la víctima de mitigar el daño evitable. Se trata de una cuestión esencial, por cuanto los operadores del derecho están vinculados por los principios y normas que emanan directamente del orden jurídico.

¹⁴ BENTOLILA, Juan José, op. cit., p. 73 y 74.

Resultaría inútil comprobar si los operadores han internalizado el uso de este argumento, si el sistema no habilita su aplicación¹⁵.

El gráfico G18, entre sus variables combinadas, expresa la tendencia de los jueces para valorar la conducta de la víctima frente al daño evitable, circunstancia que merece ser considerada a la hora de ponderar la eficacia del sistema. En rigor, son los jueces los que tienen la atribución constitucional de aplicar los principios y reglas fijadas por el orden jurídico.

También combina la conducta de los abogados respecto al uso del argumento de la mitigación del daño evitable. Atento a que en los procesos de daños y perjuicios rige el principio dispositivo, según el cual el sistema confía a las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez, el proceder diligente de los letrados se termina convirtiendo en la práctica en una condición necesaria para que el deber de mitigar el daño por parte de la víctima adquiera vigencia práctica. Esto es lógico si se tiene en cuenta que el juez no puede extraer consecuencias del incumplimiento de este deber, si las partes no se han ocupado de probar los presupuestos fácticos de la no mitigación del daño evitable¹⁶.



¹⁵Respecto a este punto de la encuesta, cabe señalar su necesaria revisión en una futura etapa de consolidación del Código Civil y Comercial, en cuyo cuerpo se contempla expresamente un deber general de mitigar el daño: “Art. 1710. PREVENCIÓN DEL DAÑO. Toda persona tiene el deber en cuanto depende de ella: a) De evitar causar un daño no justificado, b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o impedir su magnitud (...) c) De no agravar el daño si ya se ha producido”.

¹⁶ Ampliar fundamentación procesal en PALACIO, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, décimo octava edición actualizada, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004, pag. 63 y ss. El autor especifica que el principio dispositivo se descompone en diversas directivas. Una de ellas es la aportación de la prueba: en principio, la posibilidad de aportar prueba sobre los hechos de la litis está reservada a las partes, sin perjuicio de las medidas para mejor proveer.

Podemos observar que el 52% de los encuestados consideró que la capacidad del sistema jurídico argentino para regular esta cuestión es “poca”. El 23% entendió que es “moderada”. El 19% “muchacha”. Y sólo un 6% sostuvo que “ninguna”. Es decir que existe un 58% de consultados que estima que las soluciones jurídicas que proporciona nuestro sistema son insuficientes. Y un 81% que cree que el sistema podría ser aún más apto para dar una respuesta a esta problemática.

Por las razones ya aportadas, insistimos en que este punto deberá ser revisado en una etapa futura de consolidación legal y jurisprudencial del Código Civil y Comercial.

3.5. Conveniencia de fomentar la colaboración entre la víctima y el dañado mediante la ponderación sistemática de la conducta de la víctima.

Si bien las constataciones fácticas y jurídicas precedentes resultan suficientes para justificar la necesidad de regular íntegramente esta cuestión, queremos complementar los fundamentos vertidos con la valoración de los operadores del derecho respecto a las implicancias del tópico abordado.

En tal sentido, el gráfico G9 revela que al argumento de la mitigación del daño evitable debe atribuírsele importancia decisiva en los casos de responsabilidad civil. De hecho, el 80% de los encuestados se volcó a favor de esta conclusión, dentro del cual un 46% respondió “moderada”, y un 34% “muchacha”.

Cabe destacar que, en contraste con la falta de uso del argumento de la mitigación del daño evitable por parte de los operadores del derecho, ya sea por desconocimiento, falta de recepción judicial u otras razones, existe amplio consenso acerca de la importancia de contemplar la conducta de la víctima frente al daño evitable como pauta integrativa para determinar el daño resarcible.

Concomitantemente, el gráfico G14 expresa en forma contundente el pronunciamiento favorable de los encuestados sobre la conveniencia de una ponderación sistemática de la conducta de la víctima frente al daño evitable a la hora de resolver los casos de responsabilidad por daños causados a otros.

El 90% de los encuestados avaló la conveniencia de dicha ponderación. En esa franja, un 58% se inclinó por la opción “moderada” y un 32% por la opción “muchacha”. Puede advertirse que, para los operadores jurídicos, la mitigación del daño no es cuestión

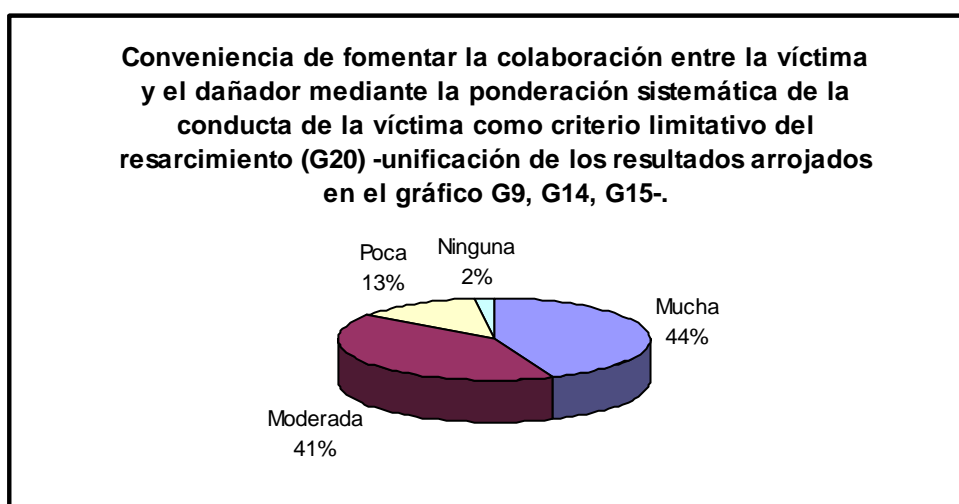
que deba tan sólo regularse, sino que es preciso además que integre orgánicamente el sistema de responsabilidad por daños.

Finalmente, el gráfico G15 nos termina de aportar una visión definida sobre la orientación teleológica que cabe asignarle a las relaciones entre la víctima y el dañador en el marco de la responsabilidad por daños. En concreto, se inquiere sobre la conveniencia de fomentar la cooperación entre estos dos sujetos en orden a la mitigación del daño.

Los resultados son rotundos. El 84% de los encuestados se mostró a favor de fomentar dicha cooperación. Y merece destacarse que, sobre ese 84%, el 60% de los encuestados respondió “*mucha*”.

Esto nos revela dos datos fundamentales. Por un lado, un claro posicionamiento de los encuestados en pro de una vinculación entre los actores de la relación resarcitoria basada en términos de cooperación, más que en términos de confrontación. Y, por otro lado, una constatación indirecta de que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra lejos de la orientación deseada.

Desde un prisma global, ideamos un esquema complejo que combine los resultados de los gráficos G9, G14 y G15. Entendemos que la correlación de tales datos permite conocer la valoración de los encuestados respecto a la cuestión central, cual es si conviene fomentar la colaboración entre la víctima y el dañador mediante la ponderación sistemática de la conducta de la víctima como criterio limitativo del resarcimiento.



Observamos que el 44 % entiende que la conveniencia es “*mucha*”. En similar proporción, el 41% considera que merece fomentarse tal colaboración. Muy por debajo, una tercera franja de encuestados postula que tal política sería poco conveniente. -13%- . Y apenas el 2% cree que dicha colaboración no reviste ninguna conveniencia.

Ergo, puede concluirse que el 85% de los consultados se muestra favorable a intensificar las relaciones de cooperación entre la víctima y el dañador a través de la consideración sistemática de la conducta de aquella.

A modo de digresión ilustrativa, vale referir que, en el ámbito del proceso civil, la idea de la cooperación entre partes ha calado hondo en las normas y principios jurídicos que gobiernan la legislación adjetiva. Esto no obedece tanto a un cambio radical del patrón de conducta de las partes, sino más bien a la efectividad de determinados resortes procesales que disparan consecuencias disvaliosas contra los litigantes que tienen un desempeño obstruccionista o indolente¹⁷. Así, la incomparecencia de las partes a la audiencia de prueba confesional, la negativa injustificada a responder las posiciones o las respuestas evasivas funcionan como confesión ficta de los hechos contenidos en éstas y, en consecuencia, deben tenerse por presumidos los hechos contenidos en las preguntas (art. 413 del CPCC de la Nación)¹⁸.

Vemos, no obstante, que existen otros mecanismos procesales tendientes a asegurar la efectiva colaboración de las partes en orden a la averiguación de la verdad como el juramento de decir verdad que, aunque con una pena prevista en el derecho positivo (delito de falso testimonio previsto en el art. 275 del Código Penal), es por sí solo insuficiente para motivar a las partes a una activa colaboración en la práctica procesal argentina, atento a la baja persecución y sanción penal efectiva en este tipo de delitos¹⁹. Con acierto, comenta Echandía que la efectividad del juramento depende de la efectividad de la sanción penal por el perjurio y, en forma muy secundaria, en la fuerza moral del acto y las creencias religiosas del testigo. Estos últimos con una importancia cada vez menor debido al relajamiento de las costumbres y a la disminución del fervor religioso²⁰.

¹⁷ KIELMANOVICH, Jorge L., Teoría de la prueba y medios probatorios, cuarta edición, ampliada y actualizada, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2010, pag. 545 y ss.

¹⁸ Sobre la relevancia sociológica de la confesión ficta como modo de disuadir la falta de colaboración entre los sujetos del proceso, cabe pasar revista a los numerosos casos que se han presentado en sede judicial: “*En cuanto a la eficacia probatoria de la confesión ficta, la rebeldía en la prueba de posiciones es suficiente por sí sola para tener por ciertos los hechos aducidos y no desvirtuados, aunque hayan sido negados en la contestación de la demanda (...)*”. Ver CN.Civ., sala K, 26-6-89, Rep. J.A. 1990-783, sum. 3, y 18-3-91, Rep. J.A. 1991-787, sum.4. En concordancia, CN.Com., sala E, 8-2-88, L.L. 1988-C-404; sala A, 3-6-76, Rep. L.L. XXXVII, 1240; C1CCom. de Bahía Blanca, sala II, 25-9-80, Rep. L.L. XLI, J-Z, 2410, sum. 19; C.CCom. de Junín, 20-9-88, L.L. 1989-C-614, f.38.097-S.

¹⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACION, Estadísticas en materia de criminalidad, [INTERNET] [consulta: 16 de Agosto de 2013 www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html].

²⁰ ECHANDIA, Devis Hernando, Teoría general de la prueba judicial, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Victor de Zavallía, 1970, pag. 55.

4. Conducta de la víctima en la mitigación del daño evitable como dato social judicializado.

En esta parte, ofreceremos un panorama jurisprudencial acerca de las áreas del derecho en cuyo seno el problema de la mitigación del daño evitable ha adquirido relevancia práctica.

A lo largo de la exposición, procuraremos contrastar los datos obtenidos por medio de la encuesta con los datos contenidos en los pronunciamientos judiciales, a los efectos de corroborar por doble vía la consistencia fáctica de las afirmaciones precedentes, evaluar aspectos aún no tratados y ponderar las diferencias entre la percepción judicial (desde el proceso) y la extrajudicial (por fuera del proceso, como hemos hecho en la encuesta).

Cabe puntualizar que, en esta parte de la tesis, apelaremos a la jurisprudencia como fuente de hechos, como constancia documental de casos en los que cobra relevancia la conducta de la víctima frente al daño evitable. Desde este ángulo, apuntaremos a ordenar el material fáctico en tipologías, tendencias, categorías, etc.

A través de casos emblemáticos, trataremos de ilustrar cómo incide el problema de la mitigación del daño evitable en las diferentes ramas del Derecho, en vistas a que el lector pueda valorar la proyección amplia y transversal de la cuestión en el ordenamiento jurídico. Para que sea capaz, en definitiva, de advertir la incidencia de la conducta de la víctima sobre el daño real en múltiples situaciones en las que tal incidencia se ignora, se subestima o no se la considera jurídicamente.

En mérito a una mayor limpieza argumentativa, la ordenación lógica de cada una de las ramas jurídicas seguirá el siguiente criterio: derecho fondal y derecho adjetivo. Dentro del primero, comenzaremos analizando las ramas iusprivatistas, luego las ramas mixtas y, por último, las ramas iuspublicistas.

4.1. Responsabilidad extracontractual civil y comercial.

Una de las áreas en la que el problema de la mitigación del daño evitable tiene una manifestación fáctica abundante en términos cuantitativos, y relevante en términos

cualitativos, es la responsabilidad extracontractual.

- El caso que expondremos –que confieso ha sido el que despertó nuestra inquietud sobre el tema de esta tesis- nos lo revela muy claramente.

Carlos Nadal Nicolau inició acción de daños y perjuicios contra Luis Naveda y contra el Departamento General de Irrigación por la suma de \$300.000 por daños causados a la toma y compuerta por la que se riega su propiedad a causa de un uso imprudente de la máquina retroexcavadora. Atento a ello, el actor planteó que no pudo regar su propiedad y, en consecuencia, no pudo realizar más cultivos con el previsible perjuicio económico.

La demandada no pudo desacreditar los dichos de Nadal. Sin embargo, alegó y probó que, frente a esa dificultad, la Inspección de Cauce había ideado una solución provisoria a los fines de que los regantes no se vieran perjudicados. En tal sentido, había propuesto la captación del recurso por la toma de Giuliani y su posterior distribución utilizando la hijuela perteneciente al actor. A los fines de conseguir la autorización para la utilización de la toma de hijuela se citó a Nadal y a otros regantes a una reunión informativa. En ese contexto, se labró un acta en la que Nadal prestó su consentimiento para que su servidumbre sea utilizada para conducir el agua hacia su propiedad e inmuebles ubicados aguas abajo. Posteriormente, y sin explicación alguna, el actor se negó a que ingresara el agua, evitando el riego sobre la zona y la posibilidad de retomar los cultivos.

La Suprema Corte de Mendoza reconoció la responsabilidad civil de los demandados por el daño acaecido. Al mismo tiempo, juzgó irrazonable la conducta del actor con posterioridad a la ocurrencia del daño, por cuanto se negó a una solución transitoria alternativa que, a las claras, resultaba altamente favorable para todas las partes en conflicto y que hubiera evitado que el actor padeciese un perjuicio mayor.

De este modo, el Máximo Tribunal de Mendoza revocó parcialmente el resolutorio del Tribunal de Segundo Grado haciendo lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada. Y redujo considerablemente el monto de la condena con base en el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.²¹

Este fallo nos vuelve a dar aviso de la dificultad –aquí sólo en las instancias inferiores- para valorar adecuadamente la conducta de la víctima como criterio de determinación del daño resarcible y de la tendencia de la víctima a especular con su situación, en el convencimiento de que el costo final del daño recaerá sobre otro sujeto.

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re “*Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación*”, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930.

De la lectura atenta del fallo puede advertirse que la alegación de la defensa -basada en el daño no evitado por la víctima- no se efectuó de un modo correcto. El actor intentó subsumir el hecho en la causal de la culpa de la víctima cuya procedencia exige la comprobación de la ruptura del nexo causal. Pero tal extremo no estuvo fehacientemente acreditado.

La Corte, haciendo uso del principio *iura novit curia*, no tuvo por verificada la culpa de la víctima, pero excluyó las consecuencias dañosas evitables de la extensión del perjuicio indemnizable con base en el incumplimiento del deber de ésta de mitigar el daño evitable y, a raíz de esto, limitó el monto del resarcimiento.

Podemos notar que ni siquiera el actor encuadró la cuestión en la figura jurídica adecuada. Lo cual evidencia que la alegación de la defensa basada en la no mitigación del daño evitable por parte de la víctima no formó parte del dominio técnico de los abogados litigantes.

- La Sala A de la Cámara Nacional Civil tuvo que resolver en un caso en el que el demandante perseguía el resarcimiento de los daños y perjuicios que había experimentado como consecuencia del impacto sobre el frente de su casa por un automóvil.

El actor se agravió porque el magistrado de primer grado no acogió el resarcimiento del lucro cesante con motivo de no haber podido utilizar la habitación del frente durante todo el tiempo en que ha estado desocupada dicho espacio por no encontrarse en condiciones de habitabilidad.

La Cámara confirmó el fallo de primera instancia y, entre los que argumentos que empleó, sostuvo: *“no se explica que para evitar el daño derivado de la imposibilidad de alquilar la habitación dañada, que por el tiempo transcurrido ya alcanzaría a la cifra de \$33.600 que menciona el recurrente a fs. 126 vta., éste haya omitido la realización de un gasto del orden de \$11.000 a que pudo alcanzar el importe de los trabajos de reparación. Desde este punto de vista la incuria del dueño del edificio, que tampoco ha demostrado carecer de medios para encarar ese trabajo de reparación, aparece como un factor decisivo del daño que le puede haber reportado la falta de utilización de la habitación durante todo el tiempo transcurrido desde que el hecho ilícito se cometió y, consiguientemente, ello se erige en un motivo para denegar la indemnización que se pretende, puesto que tal incrementación del daño aparece más como un efecto de esa omisión del dueño del edificio perjudicado que como consecuencia del hecho ilícito que dio origen a la situación examinada”*²².

²² Cam. Nac. Civ., Sala A, in re *“Martinetto, Lorenzo L. c. Cortese Hnos. y otros”*., Agosto 19-963, La Ley t. 113, pag. 215.

- En otro caso, el actor no hizo reparar su automóvil inmediatamente después de producido el hecho –tras dos años, al realizarse la pericia, el experto determinó que el vehículo se encontraba en el mismo estado en que quedó como consecuencia del choque- sin que se haya aducido justificación al respecto. Resultó obvio que la necesidad de demostrar en juicio los daños y la culpa en la producción del hecho no obligaba a tal conducta ya que podrían haberse adoptado las providencias necesarias para preconstituir prueba al respecto por vía de las medidas cautelares llamadas de instrucción preventiva²³.

Advertimos cómo el actor pretendió trasladarle al demandado las mayores consecuencias dañosas que se produjeron por no haber adoptado las medidas necesarias para mitigar el daño. En su caso, haber procedido al arreglo del vehículo en tiempo oportuno, evitando así el incremento del costo de la reparación del rodado.

No es difícil percatarnos de que este agravamiento del daño por no adopción de medidas positivas ocurre en una cantidad considerable de casos de responsabilidad por daños derivados de accidentes de tránsito. Y que, no obstante ello, los jueces –tal como se desprende de los casos expuestos- continúan liquidando indistintamente todos los rubros indemnizatorios de acuerdo a los valores vigentes al momento en que se dicta la sentencia.

- En otra plataforma de hecho, habían caído materiales de una obra en construcción sobre el edificio lindero. Los magistrados sostuvieron que los actores debieron poner cuidado para no agravar el perjuicio. En efecto, el tribunal entendió aquí que si las guías de las cortinas se obstruyen por la acumulación del material, del cemento o mezcla pegado en su superficie e impide enrollarlas, carecería de razonabilidad que el propietario los usara en tales condiciones, dado que eliminar el material adherido para no agravar los daños no constituye un trabajo especializado ni excesivamente oneroso²⁴.

Lo interesante de este fallo es que el Tribunal se aproxima a una solución justa por aplicación de un principio general del derecho, que es la razonabilidad. Una de las pautas objetivas que señala la Cámara en orden a determinar la razonabilidad de la medida de mitigación como conducta positiva exigible a la víctima, es la facilidad que tiene la víctima para instrumentar la medida de morigeración.

Consideramos que la aplicación preferente de un principio jurídico por sobre una previsión legal –la del art. 1109 del Código Civil; ccte. con el art. 1724 del Código Civil y Comercial- es una decisión acertada toda vez que deviene necesario para evitar una solución injusta en el caso concreto. Pero más acertado aún sería depurar las previsiones

²³ Cam. 2°, sala 2°, de La Plata, 07/04/1958, Diario de Jurisprudencia Judicial.

²⁴ CN.CCom., sala 2°, E.D. 108-365 (no hay otros datos disponibles) citado por VENINI, Juan Carlos, El deber de la víctima de mitigar el daño, Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni., 2008, pag. 93.

legales para que, las más de las veces, se relacionen armónicamente con los principios jurídicos y no entren en zona de conflicto con ellos, lo que reportaría asimismo mayor seguridad y previsibilidad a los operadores del derecho.

Este caso deja en evidencia la necesidad de legislar y reglamentar el deber de la víctima de mitigar el daño evitable como criterio jurídico para modular los alcances de la responsabilidad del agente por el daño ocasionado.

- También se suscita la cuestión en los casos de accidentes de tránsito en los que la víctima no llevaba casco protector o cinturón de seguridad. Aunque aquí no hablemos del daño evitable posterior -sino anterior o concomitante al daño base-, tal situación merece relevarse porque expresa claramente el *quid fáctico* del daño evitable.

En una colisión, la víctima, que circulaba en motocicleta, fue embestida por un vehículo que carecía de prioridad de paso y sufrió en consecuencia una incapacidad psicofísica por hipoacusia. El Tribunal condenó al embistente pero redujo la indemnización en un 50%, toda vez que quedó demostrado que si hubiera utilizado el casco protector –de uso obligatorio para quien, como en el caso, circula a bordo de un ciclomotor- las lesiones hubiesen sido menores.

Si bien este criterio no ha tenido recepción unánime en la jurisprudencia argentina ni tampoco una aplicación demasiado pulida, la tendencia judicial dominante ha empezado a sopesar este factor como circunstancia apta para moderar la extensión del resarcimiento debido a la víctima²⁵.

Este tipo de casos son, probablemente, los que mejor demuestran la eficacia significativa de las medidas reductoras del daño (constatación adunada por los resultados del gráfico G3), como así también las mayores consecuencias dañosas derivadas de la falta de compromiso de la víctima en la morigeración del daño evitable (ver gráfico G5).

- Un caso muy parecido fue el que tuvo que resolver la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia en la causa: “*López Miguel Angel c. Gabrielli María Celina s/ Inc. Cas.*”. La litis se originó con motivo de un accidente de tránsito protagonizado por dos automóviles en una intercepción, en la cual la calle por la que circulaba la demandada termina su recorrido formando una “T”. Por su parte, la actora y su hija que circulaban con prioridad de paso sufrieron lesiones a consecuencia del impacto recibido²⁶.

La parte accionada fue condenada en primera y segunda instancia. Contra el fallo de Cámara, presentó recurso de inconstitucionalidad mediante el cual cuestionó el alcance

²⁵ Cam. Civil y Com. Azul, sala II, in re “*Miñaur de Sabathie, Dora E. c. Trucco, Inés S.*”, 09/03/2000.

²⁶ SC Mendoza, “*López, Miguel A. c. Gabrielli, María C.*”, sala I, 15/06/2006.

excesivo que los órganos anteriores le habían atribuido a la prioridad de paso a pesar de la denuncia de exceso de velocidad formulada por la actora y, a la par de ello, se agravio contra el argumento que consideró la falta de uso de cinturón de seguridad como una mera infracción vial.

La Suprema Corte de Mendoza no hizo lugar al recurso de apelación por entender que no había arbitrariedad en el razonamiento de los magistrados de primera y segunda instancia.

En punto a la cuestión sobre si las actoras llevaban o no colocado el cinturón de seguridad, la Corte consideró improcedente el agravio, por cuanto que, más allá de que se comparta el argumento sostenido por el fallo en cuanto a la consideración de mera falta vial, lo cierto es que en la causa no quedó acreditado que las actoras no lo llevaran, ya que el mismo perito afirmó que no puede sostenerse categóricamente tal circunstancia.

Frente a ello, la Corte sostuvo que, en mérito del carácter restrictivo del recurso en examen, la mera probabilidad de ocurrencia de un hecho no puede dar sustento de una causal de nulidad, máxime cuando existen constancias objetivas en el proceso, de las que surge indudablemente la responsabilidad de la demandada.

Es de particular relevancia el argumento obiter dictum que expone el Dr. Romano en su voto. Concretamente, sostuvo que, aún de haberse comprobado la falta de cinturones, esta circunstancia podría haber llegado a operar como causa de las lesiones y su consiguiente indemnización, pero no habría modificado la causalidad general del evento desde el aspecto de su autoría.

Aunque los casos precitados no se refieran estrictamente a supuestos de daño posterior, su alusión luce conveniente para graficar la consideración judicial de la conducta de la víctima que no adopta las medidas necesarias para evitar el daño.

- En otra especie, fallada por la Cámara de Nacional Civil Sala C, se tocaron algunas cuestiones controvertidas, relacionadas íntimamente con nuestro tema. El tribunal resolvió que: “... *el propietario de la cosa dañada que por decisión unilateral la mantuvo sin reparar, aceptó el riesgo cuyas consecuencias no es justo hacer cargar totalmente al actor del hecho ilícito*”.

La Alzada sostuvo que: “*el propietario de la cosa dañada no tiene el deber de entregarla al responsable para su compostura, aunque éste alegare que podía realizarla por un costo inferior, porque un hecho ilícito se resuelve en una indemnización pecuniaria*”. En su voto, el Dr. Padilla concluyó que el propietario no está obligado a hacer reparar la cosa dañada con dinero de su peculio; el daño intrínseco en sí no se agrava con la demora consiguiente de los arreglos; lo que cambia es sólo el valor de la reparación.

En relación al primer punto, se plantearon dos cuestiones. La primera si el dañador, para abaratar los costos de la reparación ofrece realizarla él, por ejemplo en su propio taller. Y si puede negarse la víctima, agravando con su actitud, la indemnización (haciéndola más onerosa).²⁷

En relación al segundo punto, se planteó la distinción entre agravación intrínseca del daño y aumento del valor de la reparación por el transcurso del tiempo.

Sobre lo primero, el tribunal reafirmó el derecho de la víctima recibir una reparación dineraria si así lo desea. Y sobre lo segundo, enfatizó que no es –en la mayoría de los casos- “*el daño intrínseco el que se agrava con la demora en reparar, lo que cambia es el valor de la reparación*”.²⁸

A modo ilustrativo, no es inoportuno señalar que el derecho colombiano registra un caso muy representativo sobre el punto. Se trató de un accidente de tránsito, en el que una mujer resultó gravemente herida, a raíz de lo cual perdió su capacidad laboral. En la demanda de responsabilidad civil, la actora solicitó la reparación del daño emergente y el lucro cesante que correspondía a los ingresos derivados de la actividad que ejercía en su establecimiento de comercio, el cual no explotó durante (5) años. A propósito de su hija, el pedido de indemnización comprendía el daño derivado de la pérdida de una oportunidad de retomar el negocio de su madre.²⁹

La Corte de Apelación rechazó ambos pedidos con el argumento de que la víctima había tenido la posibilidad de hacer que un tercero se ocupara de la explotación de su establecimiento comercial. Por lo tanto, si el establecimiento había dejado de rendir “*frutos*”, este hecho no resultaba imputable al responsable del accidente sino a la víctima que fue quien decidió no continuar con la explotación del mismo.

El rechazo de la Corte impuso de modo indirecto una obligación de moderar su propio daño, habida cuenta de “*no haber asegurado, por cualquier medio, la continua explotación del establecimiento de comercio que la reparación le es negada*”.

Posteriormente, la Corte de Casación casó la decisión y concluyó que el responsable del accidente es efectivamente responsable del daño material (lucro cesante) derivado de la inactividad del establecimiento de comercio. Iguales consideraciones se expresaron respecto de la situación de la hija de la víctima.

Sin perjuicio de que esta cuestión será materia de un examen más detenido, no podemos dejar de apuntar que, a nuestro criterio, la solución de la Corte de Casación no

²⁷ Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., 164 p.

²⁸ Cam. Nac. Civ., sala C, “*Maglione c/ Mafrirano*”, L.L. 138-906.

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sentencia del 19 de junio de 2003, Chambre Civile II.

procesó el impacto jurídico de la conducta de la víctima en la extensión del resarcimiento. Esto genera la injusticia subsiguiente de trasladar el costo total de la reparación al responsable en beneficio de un damnificado cuya negligencia posterior al perjuicio base ha hecho que las consecuencias dañosas se agraven.

4.2. Responsabilidad contractual civil y comercial.

Sin perjuicio de la unificación metodológica que el Código Civil y Comercial prevé para los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual, la mitigación del daño evitable presenta diversas expresiones en el plano contractual. En efecto, las relaciones jurídicas fundadas en los contratos contienen un plexo obligacional más específico y determinado, lo cual en la práctica determina que la conducta debida por el deudor exhiba mayor complejidad y amplitud.

Esto hace que el acreedor deba adoptar mayores precauciones para hacer posible el cumplimiento por parte del deudor y también para evitar que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, tardío o parcial de la prestación por parte del acreedor provoque mayores daños.

- En un caso, la Cámara Civil de Morón decidió, en un caso en el que la actora reclamaba por lucro cesante por los alquileres dejados de percibir por un libro, que el período por el que se pedía indemnización era excesivo porque hay un momento en que corresponde a la prudencia advertir que ya no se está en presencia de un retardo en el cumplimiento sino de un incumplimiento definitivo, de tal modo que hay dos principios que deben respetarse en materia resarcitoria: que ningún damnificado debe convertir su daño en fuente de lucro o enriquecimiento, y que de un cierto daño corresponde desglosar aquello en que el damnificado ha actuado como concausa "*a veces primordial*" del mismo. En razón de estos fundamentos debe limitarse a un período prudencial que la Cámara estima en 4 o 5 meses, durante el cual el acreedor pudo entender que había retardo y no incumplimiento definitivo³⁰.

El mecanismo se repite. Los jueces se ven obligados a atenuar pretoriamente el alcance de la norma para evitar una solución disvaliosa en el caso concreto. Esta vez se recurre a otro principio jurídico para fundamentar una interpretación funcional del texto

³⁰ Cam. Nac. Com., sala 2da., E.D. 108-365.

legal que permita neutralizar el resultado al que conduciría una aplicación mecánica y literal de la regla de reparación integral del daño.

- En otro caso, el actor demandó el pago de una indemnización por los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones que le imponía un contrato accesorio de comodato o préstamo de uso de una máquina. El demandado reconvino alegando el incumplimiento previo del actor con base en que habría entregado una cosa distinta de la debida³¹.

En voto ampliamente fundado, el Dr. Zabala Rodríguez entendió que el incumplimiento del contrato era atribuible a la parte actora por haber entregado una cosa distinta de la debida con violación evidente del principio de identidad del pago.

Sin embargo, a la hora de resolver la pretensión indemnizatoria deducida por la demandada vía reconvencción, el magistrado sentenció: *“El deudor no tendrá que sufrir las consecuencias indefinidas de los sucesos que se relacionen con el incumplimiento de su obligación sino como uno de aquellos factores que entrelazados estrechamente ha concurrido a producir el resultado. En caso contrario, no habría límite alguno para la responsabilidad y el deudor tendría que sufrir daños en los que su culpa sólo era un factor remoto y parcial. La pérdida sufrida y la ganancia frustrada, que alega el acreedor, debe tener como causa directa y exclusiva la culpa del deudor. A partir del momento en que otras causas concurren con aquélla, la cadena casual queda interrumpida y las repercusiones nuevas, por no ser ya consecuencias inmediatas, sino indirectas e hipotéticas del incumplimiento de la obligación, no se tomarán en consideración para calcular el importe de los daños y perjuicios”*.

La preocupación de equidad que inspira al art. 1150 [cotejar con el art. 975 del Código Civil y Comercial] conduce a que se proteja al deudor contra todo exceso inesperado de los daños y perjuicios que tengan que indemnizar, sean debidos a la gravedad anormal del daño causado, o a la aparición de un modo excepcional de daño (el encorchetado nos pertenece).

Eso es lo que vendría a ocurrir en este juicio de prosperar la pretensión de la demandada.

En el caso, la indemnización hasta el día que se cumpla la sentencia, no viene a ser en realidad, una consecuencia “directa y exclusiva” de la culpa de Argiró Hnos.

No es admisible que la demandada permaneciera cruzada de brazos, sin hacer ninguna gestión o diligencia para solucionar el problema que le creaba la falta de la

³¹ Cam. Nac. Civ., Sala B, in re “Argiró Hnos. c. Abelenda y Gravino”, 16 de mayo de 1956.

máquina. No ha demostrado que se preocupase en absoluto de ello y debió hacerlo, máxima si la máquina que les fue retirada era tan productiva. El daño no puede ser agravado por la inacción o negligencia del mismo damnificado.

Quiere decir que los perjuicios que dice ha sufrido provienen, además de la culpa de la actora, de otros factores y circunstancias que no pueden ser considerados porque – como lo señalan los autores citados- después de cometida la culpa, las consecuencias debidas a la intervención de sucesos posteriores, quedarán fuera de toda indemnización.

El daño no puede ser agravado por la inacción del propio damnificado. En caso de secuestro ilegal de una máquina, no puede pretender el beneficio que hubiera producido la cosa hasta su restitución, pues no es admisible que permanezca pasivo, sin procurar remedio a ese hecho.

Despojados de la máquina el 13 de julio de 1949 se contesta y se reconviene solicitando esta reparación el 19 de agosto de 1949 y el término de prueba comienza a correr el 26 de febrero de 1950 y el 28 de marzo de 1950, y la demandada el 10 de marzo de 1950.

De acuerdo con los principios expuestos, consideramos que la indemnización por la privación de la máquina no puede superar el período que va desde el 13 de julio de 1949 –fecha del secuestro- hasta el 31 de marzo de 1950 –fecha en que se ofrecieron las pruebas- hasta la cual las partes pudieron definir sus defensas y pretensiones en el pleito por las cosas que debían realizar con el contralor de la contraria”.

En este caso, aparece con meridiana claridad la función que la Cámara le asigna a la conducta de la víctima en la resolución de la litis: límite a la extensión del daño indemnizable.

- En la misma línea, la Sala I de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial ha resuelto: “*el perjudicado no debe omitir las precauciones que las circunstancias aconsejen para reducir el daño, porque es principio recibido que no es tolerable que el acreedor pueda por hecho suyo –y aun después del vencimiento del plazo para el cumplimiento de la prestación- agravar la situación del deudor, incrementando la magnitud del daño*³²”.

La Alzada ratificó la vigencia del deber de prevenir el daño por parte de la víctima, tanto en el momento previo o concomitante al daño, como así también en la fase ulterior al perjuicio base.

- En otro caso, el deudor había incumplido con la entrega de la maquinaria, objeto del contrato de compraventa. Por lo que el acreedor reclamó la reparación del daño por la

³² Cf. Cam. Nac. Fed. Civ. y Com., sala I, in re “*Empresa ferrocarriles Argentinos c. Dalmine Siderca, S.A.*”, febrero 14-1984.

no adquisición del bien como por el lucro cesante motivado en la privación del uso durante todo el tiempo del proceso.

En tal sentido, se resolvió: “...obtener en otro lado la prestación entra en la diligencia exigida por el art. 1277 del Código Italiano [cotejar con arts. 512 y 902 del Código Civil; arts. 1721, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial] al comprador si, en relación con las circunstancias concretas, la inercia aparece culposa”³³ (el encorchetado nos pertenece).

La Corte Italiana introduce, aquí, la noción de “*diligencia exigida*” como estándar flexible para apreciar el cumplimiento del deber de mitigar el daño por parte del deudor.

4.3. Derecho cambiario.

Los títulos valores tampoco pasan indiferentes a las incidencias de la conducta del titular cambiario.

- La Sala II de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial tuvo que expedirse en un caso en que un cuentacorrentista adherido al sistema especial de canje de noventa y seis horas no obtuvo el pago correspondiente dentro de ese lapso contra la presentación del título.

En tal sentido, la Alzada sostuvo: “*La demora en la acreditación de un cheque en el sistema especial de canje de noventa y seis horas le daba derecho al cuentacorrentista a reclamar los intereses moratorios, pero no lo autorizaba a emitir un cheque. Si procedió de ese modo, en forma por demás negligente, los daños derivados de esa conducta sólo al mismo le son imputables (art. 1111, Cód. Civ.) [cotejar con el art. 1729 del Código Civil y Comercial]*”³⁴ (el encorchetado nos pertenece).

Cabe advertir que, para los magistrados, la víctima no cumple con su deber de mitigar el daño evitable adoptando cualquier medida paliativa. Debe tratarse de una medida que, apreciada ex ante, guarde un nivel aceptable de razonabilidad.

4.4. Derecho del seguro.

³³ Corte de Casación Italiana, in re “*Foro it.*”, 12/10/67, n° 2437.

³⁴ Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala II, J.A., 1979-IV-1972.

Otra de las áreas de incidencia en la que pudimos constatar el problema de la mitigación del daño evitable a nivel jurisprudencial es el derecho del seguro.

- Describiremos un caso que ha sido objeto de numerosos comentarios en el derecho comparado.

El actor realizaba -por razón de su oficio- numerosos desplazamientos en avión por la ruta Madrid-Bilbao, para lo cual utilizaba siempre el avión. Los billetes de avión los obtenía regularmente en una misma agencia de viajes y los abonaba por medio de su tarjeta de crédito Visa, expedida por el Banco Hispano Americano con cargo a la cuenta corriente que tenía abierta en dicha entidad³⁵.

Dicho banco tenía concertado un contrato de seguro que garantizaba a los titulares de las tarjetas de crédito expedidas por el mismo o a sus beneficiarios una indemnización de hasta veinte millones de pesetas -cifra máxima prevista para el caso de muerte- por los daños corporales sufridos como consecuencia de los accidentes en que pudiesen verse envueltos con motivo del transporte público, siempre que el importe del transporte se hubiese abonado con la tarjeta de crédito referida.

En ese contexto, el actor debió adquirir con cargo a su tarjeta un billete de avión para viajar a Bilbao al día siguiente. Tras la comprobación oportuna, la agencia comunicó al interesado que no podía efectuar el pago por medio de su tarjeta al haber sido cancelada por ésta al banco. Ese mismo día, se acercó el actor al banco a para informarse acerca de los motivos de la cancelación. El Director de la entidad le informó que había cometido un error, pues existía otro cliente en el Banco con el mismo nombre y apellido que, al haberse quedado sin saldo, ordenaron cancelarle la tarjeta y, por el mentado error, devino el inconveniente. Ante tal situación, el actor solicitó que se expidiera una nueva tarjeta de crédito.

Cancelada la vieja y aun no expedida la nueva, el Sr. no pudo abonar el importe del billete de avión por medio de su tarjeta de crédito, quedando por consiguiente privado de la cobertura del seguro. El avión en que viajaban tuvo un accidente en el que perecieron todos sus ocupantes.

La viuda del actor entabló demanda contra el Banco, Sistema 4 B y Visa España S.A., reclamando la suma de veinte millones de pesetas y sus intereses legales desde la

³⁵ Tribunal Supremo Español, Sentencia del 15 de Noviembre de 1994, citado por SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en *“Anuario de Derecho civil”*, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, pag. 960.

interposición de la demanda, así como la imposición de las costas a los demandados. El Juzgado de Primera instancia acogió íntegramente la demanda condenando solidariamente al pago de lo requerido a todos los demandados.

El Tribunal Supremo revocó parcialmente el decisorio –que había sido apelado oportunamente por los demandados- y redujo el monto de la indemnización, en la inteligencia de que había quedado acreditado en función de las circunstancias del caso y la prueba aportada al proceso, un claro incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte del marido de la demandante que lógicamente sabía o debía saber que, al haberle sido cancelada la tarjeta de crédito Visa de la que era titular, quedaba privado del seguro de accidentes inherentes a la misma y podía fácilmente y por muy escasa prima (330 pesetas, según aparece probado en el proceso) haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, con lo que su esposa, como beneficiaria, habría percibido la misma indemnización que el otro le garantizaba. En fin, el Alto Tribunal concluyó que hubo concurrencia de imprevisiones, no sólo por parte del Banco emisor de la tarjeta, sino también por parte del referido titular que, al obtener el billete de avión sin la referida tarjeta de crédito y, por tanto, conocer que no disfrutaba de los beneficios inherentes a la misma, podía fácilmente y por muy escasa prima haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo.

Este caso es muy instructivo para avizorar la tendencia comparada a considerar sistemáticamente la conducta de la víctima frente al daño evitable. En efecto, el Alto Tribunal desarrolló una línea argumentativa independiente –respecto a la culpa de la víctima- dentro de la cual confrontó la conducta de la víctima a la luz del deber de mitigar el daño evitable. Y condicionó en buena medida la extensión final del resarcimiento debido por los demandados a los resultados arrojados mediante tal contraste. Este proceder se condice con los resultados del gráfico G14 que avala ampliamente la conveniencia de ponderar sistemáticamente la conducta de la víctima frente al daño evitable como pauta condicionante de la medida de la indemnización.

El fallo se pronunció a favor de la tendencia a fomentar la colaboración entre la víctima y el dañador, asignándole a la primera un rol activo en la mitigación del daño. No se trata sólo de una exhortación declarativa, sino de un deber impuesto a la víctima cuyo incumplimiento le acarrea consecuencias jurídicas determinadas. Otra prueba concreta que ratifica la propensión de los operadores del derecho a replantear las relaciones de la víctima y el dañador en términos de cooperación, en consonancia con los resultados expresados en el gráfico G15.

4.5. Derecho de la navegación.

El derecho de la navegación también nos ofrece una aplicación ejemplar del problema referido.

- Hallamos un caso en que el actor incluyó en su pretensión indemnizatoria el reclamo de los gastos de reflotamiento de un buque de su propiedad, a raíz del hundimiento de la nave por una acción culposa imputable al demandado.

Si bien la Cámara declaró la responsabilidad del demandado, no hizo lugar a la reparación de este rubro indemnizatorio, pues consideró que tal erogación pudo haberse evitado sin costo alguno para el actor.

De este modo, el Tribunal sostuvo: *“No procede el reintegro de los gastos de reflotamiento si pudieron ser evitados por los demandantes formulando el abandono a favor del Estado nacional, según la opción establecida en el art. 17, inc. b) de la Ley de la Navegación. No se trata, entonces, de una consecuencia necesaria del abordaje, sino de un resultado provocado por la propia conducta de los actores, que no puede, por consiguiente, ser trasladado a los demandados (arts. 520, 901, 903, 904 y 1111, Cód. Civ.) [cctes. con arts. 1726, 1727, 1729 del Código Civil y Comercial]³⁶”* (el encorchetado nos pertenece).

Conviene destacar a partir del caso analizado que las medidas que la víctima puede adoptar para mitigar los efectos del daño no siempre tienen un carácter fáctico o técnico, es decir no suponen necesaria y exclusivamente un hacer concreto por parte del demandado. Estas medidas también pueden ser jurídicas. En el caso comentado, la medida exigible consistía en el uso de la opción de abandono de la propiedad del buque en favor del Estado Nacional.

4.6. Derecho internacional privado.

También el derecho internacional de los contratos nos ofrece una muestra cabal de la implicancia de la conducta de la víctima frente al daño evitable.

³⁶ Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala I, LL, 1986-A, 290 (no hay otros datos disponibles).

- En una decisión de la Corte de Apelaciones de Alemania se le solicitó a la víctima del incumplimiento que le indicara a la Corte las ofertas de operaciones sustitutas o de reemplazo que había solicitado³⁷. Lo anterior, antes del momento mismo de imponerle a la parte en estado de incumplimiento la carga de probar cuáles habían sido los daños que pudieron haber mitigado pero que no se mitigaron. En este caso, la Corte encontró que el comprador había fallado en su obligación de mitigar los daños de acuerdo con lo expuesto en el artículo 77 de la Convención de Viena, ya que había hecho esfuerzos por obtener una compra de reemplazo únicamente en su región, sin siquiera consultar proveedores de otras partes del país o inclusive de fuera de Alemania.

Este caso llamó nuestra atención porque el Tribunal advirtió la necesidad de discriminar entre daños evitables y no evitables como presupuesto para determinar el alcance del débito conductual que cabía endilgarle a la víctima.

Asimismo, pone de relieve el problema de la carga de la prueba sobre el cumplimiento de las medidas positivas tendientes a mitigar el daño. Circunstancia que agiganta la importancia de la conducta de la víctima frente al daño evitable como variable argumentativa a tener en cuenta por los abogados del actor y el demandado.

Por otro lado, revela que el tema de estudio no suele de ser de sencilla resolución, en cuanto exige una ponderación jurídica que aplique prudencialmente el principio de razonabilidad al caso concreto. Fiel ejemplo de ello es la necesidad de precisar hasta qué punto y bajo qué criterios debe evaluarse el grado de exigencia requerido a la víctima a la hora de adoptar medidas positivas para mitigar el daño para que se tenga por cumplido su deber de colaboración.

4.7. Derecho laboral.

El derecho laboral aparece como otro escenario posible en el que se reedita el problema de la conducta de la víctima frente al daño evitable.

La jurisprudencia italiana ha repetido innumerables veces que el trabajador despedido sin justa causa debe ofrecer al mercado la propia actividad laboral, para reducir el perjuicio posible³⁸.

³⁷ Corte de Apelaciones de Alemania, 02/09/98, disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.htm].

³⁸ Corte de Casación Italiana, in re "*Mass. Giur.It.*", 18/02/80, n° 2633, "*Foro It*", 1974, t.I, 763.

- En un caso típico, la víctima de un accidente laboral había rechazado infundadamente someterse a un tratamiento médico que no revestía mayor complejidad ni dolor y tenía altas posibilidades de éxito para el paciente.

El juez entendió que la conducta de la víctima configuraba un incumplimiento del deber del afectado de hacer cesar el detrimento que lo aquejaba, configurándose “*el hecho de la víctima*” que obsta a la reparación de los daños que reconozcan su causa en la falta de práctica médica y no en el hecho perjudicial anterior³⁹.

Este caso no sólo refleja el alcance del principio referido en el ámbito del derecho laboral, sino que además da cuenta de que tal principio puede llegar a funcionar como límite jurídico tanto de derechos patrimoniales como extrapatrimoniales y personalísimos.

- Finalmente, en otro precedente, la Sala III de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo entendió: “... *la falta de reincorporación por parte del Estado no es circunstancia válida para cohonestar la desidia de la actora en solicitar el cumplimiento de la sentencia que ordenó su reincorporación, si no se advierte una conducta de aquélla tendiente a ese fin, así como tampoco, interés en medidas encaminadas al mismo propósito. Cabe así aplicar el principio que informa el art. 1111, Código Civil, debiendo soportar la actora el daño que ella misma se causó. A igual resultado se llega si se tiene en cuenta que a partir de la ley 19.549 no quedan dudas de contar los administrados con los remedios idóneos para evitar que la actuación administrativa resulte dudosa...*”⁴⁰.

Es instructivo advertir que la Cámara no le reprochó a la actora el hecho de no haberse reincorporado a la planta administrativa –resultado que no dependía exclusivamente de su voluntad-, pero sí le recriminó la falta de interés en gestionar su propia reincorporación, circunstancia patentizada en la no solicitud por parte de ésta del cumplimiento de la sentencia que ordena la reincorporación.

4.8. Derecho ambiental.

³⁹ Cf. CASTRO DURAN, Ricardo Manuel, El hecho o “culpa” de la víctima como eximente. La agravación de los daños. La negativa al tratamiento médico. El no arreglo del automotor. Revista de Derecho de Daños, Eximentes de responsabilidad, (II): 218-219.

⁴⁰ Cam. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala III, Boletín Cam. Nac. Fed., 27 IV – 1982, nro. 66).

En esta rama del derecho, el deber de mitigar el daño evitable asume una importancia fundamental en virtud de las características especiales del bien jurídico comprometido: el medioambiente.

Se trata de un bien colectivo por cuanto pertenece en forma indiferenciada a toda la comunidad y, en virtud de ello, es indivisible e insusceptible de apropiación individual.

Es un bien intergeneracional, atento a que el cuidado del ambiente no sólo es para las personas de hoy, sino también para las generaciones futuras.

El carácter colectivo e intergeneracional de los bienes en juego torna inviable la reparación económica a cada uno de los integrantes presentes y futuros de la comunidad, atento a la enorme dificultad que implicaría la determinación de la extensión del resarcimiento. En tanto que la probable irreversibilidad del daño ambiental torna inútil las compensaciones económicas para satisfacer el interés de los titulares afectados, atento a que las más de las veces el ambiente no admite, al menos parcialmente, una recomposición adecuada.

- En la causa *“Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros”*⁴¹, Beatriz Silvia Mendoza y otros actores interpusieron demanda contra el Estado Nacional, contra la Provincia de Buenos Aires, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contra cuarenta y cuatro empresas que desarrollan su actividad en las adyacencias de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, a fin de obtener una indemnización por daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación ambiental de dicho río.

La Corte Suprema de la Nación afirmó: *“la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera”*.

Estos deberes serían, pues, el correlato de los derechos que tienen esos mismos ciudadanos para disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa a un bien colectivo se lo está causando a sí mismo.

De esta manera, la Corte subrayó que *“la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos esos mandatos constitucionales”*.

En virtud de las premisas expuestas, los magistrados entendieron que la máxima prioridad debe dirigirse, en primer término, a la prevención del daño futuro; en segundo

⁴¹CSJN, *“Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros”*. Publicado en: LA LEY, 2006-D, 281, 20/06/2006.

término, a la recomposición del ambiente por la polución ya causada y, por último, el resarcimiento de los daños irreversibles.

- En otro caso, nuestro Máximo Tribunal rechazó el recurso interpuesto por varias empresa saladeristas contra las sentencias de grado inferior que habían confirmado la legitimidad de la decisión administrativa del Estado Provincial consistente en retirar la autorización para que dichos establecimientos ejerzan actividad industrial⁴².

La Corte argumentó que la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad y no obliga al gobierno que la concedió cuando esta presunción ha sido desvirtuada por los hechos, pues en tal caso, el deber que pesa sobre él de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer el establecimiento de nuevas condiciones sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos.

Es interesante apreciar que la necesidad de evitar el daño ambiental autoriza al Estado a adoptar ciertas medidas necesarias de mitigación del daño evitable que, en muchos casos, pueden suponer una restricción grave a los derechos de particulares.

- Hemos podido rastrear, también, un precedente judicial en el que las medidas de mitigación del daño evitable han adquirido máxima prioridad jurídica. En la especie, se resolvió, con base en el principio protectorio, la suspensión de actividades económicas de una empresa ante la posibilidad de que su mantenimiento provoque un daño ambiental, aún cuando no existía evidencia científica rigurosa de tal contingencia⁴³.

En concreto, la Corte decidió que correspondía suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria -otorgadas durante el último trimestre del año 2007-, hasta tanto se efectúe un estudio de impacto acumulativo de dichos procesos, el que debe ser realizado por la Provincia de Salta, juntamente con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, debiéndose resguardar el respeto de los presupuestos mínimos en la materia y dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada.

En esta área, nos hemos referido a la mitigación del daño evitable a secas, sin aclarar que nuestro interés está centrado en la conducta de la víctima frente al daño evitable. Esto responde al simple motivo de que, en materia ambiental, todos los actores,

⁴² CSJN, “*Saladeristas Podestá, Bertam Anderson, Ferrer y otros c. Provincia de Buenos Aires*”, 14/05/1887 – Fallos 31:273 – Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional – Director: Daniel Alberto Sabsay, Ed. LA LEY, 2005.

⁴³ CSJN, Salas, “*Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional*”, 26/03/2009 – Fallos: 332:663 –. Publicado en LA LEY, 2009-F, 470.

sin excepción, asumen la condición de víctimas del daño ambiental, en razón de que el medioambiente configura un bien jurídico de naturaleza colectiva.

En suma, podemos concluir que el mayor protagonismo que asume la mitigación del daño evitable en materia ambiental está estrechamente ligado a las características especiales del bien jurídico comprometido en torno a esta disciplina que, en la mayoría de los casos, torna ineficaces los remedios basados en compensaciones pecuniarias. Y, en consecuencia, reclama una protección preventiva y una colaboración activa de todos los actores de la relación jurídica.

4.9. Derecho administrativo.

La mitigación del daño evitable por la víctima no es materia exclusiva del derecho privado, sino que también tiene sus proyecciones sobre la esfera iuspublicista. A continuación, presentaremos un caso de derecho administrativo.

- En el caso de examen, una sociedad titular del derecho de construir un puente sobre un río debió cambiar el proyecto original, que preveía la construcción de un puente de doble viga y, por lo tanto, la colocación de los pilares en el agua por otro que implicaba la construcción de un puente de viga única, a causa de la contaminación provocada por las descargas de ácidos corrosivos por parte de otra sociedad, circunstancia que desaconsejaba la colocación de los pilares en el agua porque se produciría una rápida erosión de las vigas.

La Corte aprobó la elección de la sociedad constructora, y mediante un análisis de costo-beneficio, puso a cargo de la sociedad responsable de la contaminación los mayores costos soportados, toda vez que el daño representado por el incumplimiento o por la construcción del puente como originalmente estaba proyectado habría sido muy superior.

Este caso enseña que tanto el Estado como los particulares se ven expuestos a situaciones fácticas en las que, como víctimas, tienen la posibilidad fáctica de arbitrar medidas tendientes a mitigar el daño⁴⁴.

4.10. Derecho constitucional.

⁴⁴ Corte de Casación Italiana, in re “*Giust. Civ.*”, 12/04/80, n° 2231, “*Mass. Giur.It.*”, 1983.

La mitigación del daño evitable ha introducido problemas de gravitación constitucional. En particular, ha suscitado controversia la exigibilidad de ciertas medidas tendientes a mitigar el daño cuando entran en colisión con otros intereses legítimos de la víctima.

- En el caso *Munn v Algee*⁴⁵, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió la situación de una señora que fallece luego de que ésta y su esposo rechazaran que a la señora se le hiciera una transfusión de sangre debido a sus creencias religiosas como Testigo de Jehová.

Frente a esta situación, los magistrados entendieron que no corresponde aplicar la doctrina de la mitigación cuando la negativa a mitigar se funda en creencias religiosas, en virtud de la jerarquía constitucional que tiene el derecho a la libertad religiosa cuya tutela no puede infringirse o violentarse.

Interesa destacar que, como pauta general, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América estableció un límite jurídico objetivo a la exigibilidad de las medidas tendientes a mitigar el daño evitable. Este límite no sería otro que los derechos y principios constitucionales.

4.11. Derecho de familia.

En esta rama, hemos constatado que se reedita el fenómeno de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

Lo hemos notado, particularmente, en materia de daños familiares. Un problema típico que involucra al instituto se plantea cuando un menor reclama el resarcimiento del daño moral provocado por la falta de reconocimiento filial oportuno de su progenitor. Y, al mismo tiempo, la madre, como representante del menor, demoró en promover la acción filiatoria y no asumió un rol activo para poner fin al estado de afectación de los derechos de su hijo. ¿Hasta qué punto corresponde indemnizar en tal supuesto al hijo y a la madre por los daños derivados de la omisión de reconocimiento paterno?

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, in re “*Munn v Algee*”, 924 F 2d 568 (5 Cir. 1991).

A fines ilustrativos, haremos referencia a un caso paradigmático⁴⁶.

- En la especie, la actora había promovido demanda, por derecho propio y en representación de su hijo, por el pago de los daños y perjuicios derivados de la omisión de reconocimiento oportuno por parte del padre del menor.

El demandado negó los hechos. Incluso, negó conocer a la madre del menor. A pesar de sus dichos, el estudio de ADN, realizado en el marco de la causa judicial, arrojó un resultado con un grado de certeza positiva del 99,99% compatible con la existencia del vínculo de filiación entre el padre alegado y el menor de autos.

La sentencia de primera instancia acogió parcialmente la demanda y condenó al demandado a abonar la suma de \$50.000 en concepto de daño moral y psicológico dentro de los diez días. A su vez, rechazó la demanda de daño moral y material -reintegro de gastos- reclamados por la progenitora.

La Cámara procedió al tratamiento de los agravios. Así, en primer término, dejó sentado que la falta de reconocimiento oportuno por parte del progenitor constituye una conducta antijurídica desde el momento en que todo hijo tiene interés subjetivo, jurídicamente tutelado, a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde y, en consecuencia, a tener determinada su filiación materna y paterna. Cuando esa omisión guarda una relación de causalidad adecuada con un daño cierto, de naturaleza moral o patrimonial, y se verifique un factor subjetivo en esa conducta omisiva, surge la responsabilidad del progenitor.

En orden a la cuantificación del daño, se planteó el interrogante de cómo debía ponderarse la inacción de la madre, durante un plazo excesivo, en promover la acción judicial de reclamación de paternidad. La Cámara aplicó un criterio riguroso en cuanto sostuvo que la inacción de la madre durante la minoridad del hijo no puede conducir a la reducción de la indemnización por daño moral que debe abonar al padre por su negativa a reconocerlo, pues de otro modo se incurriría en una solución que no tiene coherencia con la finalidad que se persigue, es decir, compensar el daño sufrido por el hijo ante la falta de un emplazamiento pleno (materno-paterno), y se vulneraría su derecho a la identidad.

Amén de lo expuesto, consideramos que la razón principal en virtud de la cual no corresponde reducir la extensión del resarcimiento del hijo con base en la demora de la madre radica en que tal dilación no le es imputable al menor, sino a su progenitora. Por lo que no cabe reprochar al menor el incumplimiento de su deber de mitigar el daño.

Cabe destacar, además, que la actora se agravio del rechazo del resarcimiento del

⁴⁶Cam. Nac. Civ., sala K, in re “*M y otro c. P, A. O.*”, 14/6/2013 -.

daño moral pretendido. Y del rechazo de su reclamo resarcitorio por daño material en la suma de \$30.150, cifra que correspondía al 50% de todos los gastos realizados en la crianza del hijo durante dos años, por considerar que es responsabilidad común de ambos padres.

El a quo valoró que la lenta tramitación de la acción había demorado la fijación de la cuota alimentaria y el reclamo de la paternidad. Y, en base a ello, rechazó la indemnización por daño material -reintegro de gastos- peticionado.

No obstante, la Cámara hace lugar a la queja: *“Es cierto que la actora demoró la tramitación del juicio. (...) Pero ello resultaría pertinente para eximir al demandante de pagar los gastos ocasionados por la crianza del hijo, si la madre de C. pretendiera los gastos que efectuó durante diecinueve años, a pesar de las privaciones que surgen del informe social ya citado. Pero debe tenerse en cuenta que sólo pretende los gastos de dos años. (...) Todo ello me lleva a considerar que resulta razonable la pretensión de la actora del reintegro de los gastos efectuados por el período pretendido, pues a pesar de la lentitud de la tramitación del proceso el padre ya estaba notificado de la reclamación de filiación y nada hizo para conocer realmente si C. era su hijo y cumplir con su deber de asistencia material”*.

Consideramos que este extracto del fallo resulta medular para advertir la influencia del deber de mitigar el daño evitable en el derecho de familia y, en particular, en la cuestión de daños familiares. Aunque no sea el caso en cuestión, la Alzada se ocupa de aclarar que, si la pretensión de la actora-progenitora hubiese versado sobre la restitución de los gastos realizados por ella en la crianza del menor durante los 19 años, correspondería reducir la extensión del resarcimiento, por cuanto el agravamiento del daño encontraría razón de ser en la conducta incuriosa de la víctima, violatoria del deber de mitigar el daño evitable. Al tratarse de la reparación sólo por dos años, coincidentes con los del proceso demorado por la falta de cooperación del demandado, no resultaría atendible la objeción.

Indirectamente, la Cámara define también un criterio para ponderar la razonabilidad de las medidas que deben adoptarse para mitigar el daño evitable. Más específicamente, define una causa de inaplicabilidad de este deber. En tal aspecto, los camaristas consideraron que si la imposibilidad de mitigar el daño evitable se debió a una conducta reprochable al demandado y no al actor, no corresponde reducir la medida de la indemnización por dicho lapso. Y, nos permitimos agregar nosotros, no corresponde reputar incumplido el deber de la víctima de mitigar el daño evitable.

Como observación final, creemos prudente señalar que el ámbito familiar no puede regirse por medio de una aplicación mecánica de los principios y normas del sistema de

responsabilidad civil, sin tener en cuenta la singularidad de la realidad de la familia. Es que si por un lado entendemos que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima resulta aplicable en esta rama jurídica, por otro somos de la idea de que cabe realizar aquí un reexamen de las pautas y límites sobre los cuales funciona el instituto. Así, apelando al ejemplo anterior, la omisión de accionar por parte de la víctima, que bien podría configurar una clara inobservancia del deber de comportamiento que le cabe al damnificado en otros ámbitos, puede no dar lugar a la reducción del resarcimiento por el daño familiar causado, en aras de observar determinadas razones morales, afectivas o psicológicas que cobran especial fuerza en este sector del mundo jurídico. Y que, en última instancia, nos obligan a reconsiderar conceptos como la razonabilidad de la medida de mitigación en el caso concreto, la exigibilidad de la conducta de atenuación del daño por parte de la víctima, los efectos colaterales que la aplicación del instituto podría generar en el seno de la familia.

4.12. Derecho tributario.

Las relaciones jurídicas tributarias traen otra plataforma desde la cual puede suscitarse el problema de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. Los errores en la liquidación de impuestos no son tan inhabituales, debido al enorme volumen de la actividad fiscal.

Cuando estos errores ocurren suele cobrar importancia la conducta posterior de la víctima a fin de que la falta imputable al Fisco adquiere la menor repercusión dañosa posible.

- Hemos rastreado el siguiente caso que resulta paradigmático⁴⁷. En una ejecución promovida por el Fisco nacional (Dirección General Impositiva) contra un homónimo Lorenzo Soto sufrió el embargo de los fondos que tenía depositado de una cuenta de caja de ahorro en el Banco de la Nación Argentina, el cual fue posteriormente levantado.

El actor invocó que para obtener el desbloqueo de los fondos que periódicamente ordenaba transferir a los Estados Unidos de Norte América –donde residía- dedujo demanda contra el embargante a fin de que se lo condenara a pagarle la suma de \$10.982 (importe del pasaje aéreo utilizado y gastos de hotel y estadía en Buenos Aires, con más su desvalorización monetaria, intereses y costas).

⁴⁷ Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, sala I, in re “*Soto, Lorenzo c. Gobierno nacional (D.G.I.)*” Abril 29-1983.

Esta pretensión deducida por la demandada fue rechazada por el juez con fundamento en que el actor no había probado que el levantamiento del embargo hubiera obedecido a una gestión realizada en forma personal por él en la República Argentina y porque, amén de ello, la conducta que en tal sentido había adoptado, aún de ser real, comportó un verdadero despropósito del que no podía responsabilizarse a la demandada, ya que sólo configuraba una consecuencia que por encuadrar en la definición del art. 905 del Cód. Civil no le era imputable.

El recurrente apeló el fallo, alegando básicamente la existencia de una relación de causalidad inmediata y necesaria entre los gastos por cuya recuperación acciona y el obrar antijurídico de la demandada.

La Alzada confirmó la resolución del juez de primera instancia y señaló que es innecesario establecer si la actitud seguida por la actora en el mencionado proceso ejecutivo comprometió su responsabilidad, puesto que reclamándose la restitución de los gastos de traslado y estadía en nuestro país, que se dicen efectuados para obtener un desbloqueo de los fondos, es claro que falla uno de los presupuestos básicos de la responsabilidad, cual es la relación de causalidad adecuada entre el hecho imputado y el daño sufrido.

Esto así, porque aun cuando pueda preverse que un embargo solicitado y decretado erróneamente puede afectar a una persona domiciliada fuera del país, resulta absolutamente imprevisible (porque comporta en realidad un verdadero despropósito como correctamente lo ha calificado el juez) que el titular de la cuenta, sin que concurran circunstancias de excepción, se haya trasladado desde los Estados Unidos para obtener su levantamiento. Igual resultado pudo alcanzarse a través de procedimientos más simples y mucho menos onerosos, como pudo serlo, entre otros, el que el propio actor contemplara en la carta que le dirigiera a su amigo Erlando Serrat, delegar en otra persona, domiciliada en el país, la realización de los trámites pertinentes, máxime toda vez que se requería únicamente suplir el error provocado por una homonimia.

Concluye la Alzada que es deber del acreedor que se proyecta sobre su derecho al resarcimiento, no agravar innecesariamente la situación del deudor.

Rescatamos particularmente del fallo el hecho de que el órgano revisor profundizó en el alcance del deber de mitigar el daño por parte de la víctima. Los camaristas no se conformaron con la mera adopción de medidas paliativas por parte de la víctima. En efecto, se había tenido por probado que el actor había viajado a Argentina para gestionar el levantamiento del embargo trabado sobre su cuenta bancaria. Además de ello, se exigió que las medidas tendientes a mitigar el daño sean razonables –o, como dijo, el Dr. Muzio

en su voto- no constituyan un despropósito, so pena de perder el derecho a ser indemnizado por el mayor daño sufrido.

En fin, creemos que hubo aquí una muy inteligente aplicación del deber aludido mediante la especificación de los requisitos que deben tener las medidas morigeradoras arbitradas por la víctima para que se tenga por cumplido el deber de colaboración exigible a ésta en la tarea de mitigar los efectos dañosos del obrar antijurídico.

4.13. Derecho aduanero.

Dentro del amplio espectro del derecho público, el derecho aduanero se presenta como una rama en la que también puede cobrar relevancia el problema de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

- En una subasta efectuada el 22 de Mayo de 1974 por el Banco Municipal de La Plata, por cuenta y orden de la Administración Nacional de Aduanas, Teodoro F. Constantinides resultó comprador de un partido de madera de distinto tipo, cuya entrega le fue negada por su depositario, Barraca Peña de Garafi y Cía., con fundamento en el derecho de retención que le otorgaba su crédito, derivado del depósito de dichos efectos, que se mantenía impago.

Invocando que la imposibilidad de entrar en posesión de la mercadería le irrogó diversos daños, Constantinides dedujo demanda contra la Administración Nacional de Aduanas a fin de que se le condenara a resarcírseles.

Luego de un largo derrotero judicial, la Corte Suprema de Justicia resolvió que la Administración Nacional de Aduanas debía entregar las mercaderías subastadas, desde que la obligación que asumió al disponer su remate sólo se agota de ese modo. Que la obligación de entregar las mercaderías al actor debe efectuarse libre de toda deuda por los gastos de depósito, servicios u otros conceptos.

No obstante ello, el Máximo Tribunal morigeró la condena indemnizatoria en el rubro correspondiente al lucro cesante con fundamento en que el actor, en vez de abonar una multa y rescindir el contrato que le reportara pingües ganancias (al día siguiente de integrar el precio de la subasta, se había asegurado la venta de las mercaderías con un beneficio aproximado del 300% que en su mayor parte habría percibido igualmente en forma inmediata), hubiera podido pagar con las reservas del caso el crédito del depositario, que le demandaba una erogación todavía menor al importe de dicha multa.

En sus considerandos, los magistrados argumentaron: *“la funcionalidad de los derechos tiene límites, por lo que en el ejercicio de su señorío, su titular, libre para determinarse por soluciones que pueden ser más o menos gravosas, produce, empero, sus consecuencias cuando se opta por la más onerosa, desde que cuando así sucede no puede pretenderse proyectar la influencia de esa elección sobre el patrimonio comprometido por la obligación de indemnizar (arg. Art. 1071).*

Es que cuando se procede de este modo hasta se encuentra en juego el principio de los arts. 512, 902 y 904 CC, cuyo sentido es también aplicable respecto del acreedor para apreciar el vínculo de la causalidad jurídica –y su límite- en materia de consecuencias indemnizables. Inclusive legalmente la condena causal puede romperse por la interferencia de la conducta del propio afectado (...)

Es precisamente por ello que el damnificado debe poner toda la diligencia que sea adecuada para reducir la magnitud del daño provocado por los actos del deudor, ya que la omisión de esa diligencia lo torna culpable y explica que sea el acreedor quien deba soportar el incremento del daño, como que es esa omisión la que configura la causa adecuada de tal incremento.

Conforme con estos principios es claro que la conducta caprichosa del actor provocó innecesariamente el mayor daño consistente en el demérito sufrido por la madera durante el largo lapso en que se ha mantenido en las condiciones expuestas en el peritaje de fs. 142/143, toda vez que ese daño pudo muy fácilmente evitarse si Constantinides, que gozaba de una situación económica que sobradamente le permitía hacerlo, en lugar de abonar una multa de \$43.000 y rescindir un contrato que le hubiera producido pingües ganancias (...) hubiera pagado, con las reservas del caso, el crédito del depositario que era de menor cuantía al importe de la multa”⁴⁸.

Es interesante considerar la variedad de argumentos jurídicos utilizados por la Corte Suprema para fundar la exigencia de mitigar el daño por parte de la víctima mediante la adopción de las medidas menos gravosas para que el incumplimiento de la demandada reduzca su repercusión dañosa a la mínima expresión. En tal sentido, el Dr. Fliess recurre a la teoría del abuso del derecho (art. 1071 del C.C.) [ccte. con el art. 10 del Código Civil y Comercial], al deber de diligencia del acreedor (arts. 512 y 902 del C.C.) [ccte. con los arts. 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial] la culpa de la víctima como causa de interrupción del nexo causal (arts. 904 y 1111 del C.C.) [cctes. con los arts. 1727 y 1729 del Código Civil y Comercial].

⁴⁸ CSJN, in re “Constantinides, Teodoro E. c. Adm. Nac. De Aduanas”, 24 de Agosto de 1979, JA, 1980-I, pag. 566 y ss.

4.14. Derecho procesal.

Otra área en la que el problema de la mitigación del daño evitable aparece con frecuencia es el derecho procesal.

- El caso resuelto por la Sala I de la Cámara Civil nos ofrece un ejemplo nítido. Aquí, el actor, que había entregado su vehículo como parte de pago de otro que adquiría, dejó firmados en la agencia los formularios que usualmente se emplean para el cambio de titularidad. Pero tal recaudo no fue suficiente. Al tiempo, fue demandado por la Caja Nacional de Ahorro y Seguro en su carácter de propietario y por razón de un hecho acaecido con posterioridad a que el actor se desprendiera de la guarda de su automotor. Ante un proceso que tramitara en la Provincia de Neuquén, optó Ferrer por no contestar la acción y, como lógica consecuencia de ello, se encontró luego condenado, viéndose obligado a trasladarse a la ciudad de Neuquén y a abonar capital, intereses y costas.

A raíz de ello, entabló demanda contra la firma a la cual había entregado su vehículo pretendiendo la restitución de todas las erogaciones realizadas.

El fallo dictado por la Cámara ponderó las implicancias jurídicas de la no mitigación del daño por una conducta procesal negligente del actor. Se resolvió por mayoría (votos del Dr. Ojea Quintana y el Dr. Fermé) que no es posible en principio desconocer la deuda cancelada por el Ferrer (el actor), aun cuando no se hubiera presentado al juicio ni apelara la sentencia.

En disidencia Borda de Radaetti entendió que el actor, al no comparecer al proceso celebrado en Neuquén ni requerir la citación como tercero interesada de la demandada, facilitó sustantivamente el dictado de una condena en su contra respecto de la cual no fue posible oponer las eventuales defensas con que hubieran podido contar los responsables del hecho. En base a ello, determinó la procedencia de la excepción de negligente defensa opuesta⁴⁹.

Podemos ver aquí la mitigación del daño evitable hubiera requerido la adopción de una conducta procesal diligente que podría haber evitado la ocurrencia de un perjuicio o bien aminorado sus consecuencias. Estas situaciones suelen ser frecuentes en aquellos

⁴⁹ CNCiv, Sala I, in re "*Ferrer, Néstor R. c. Polmet S.A.*", 28/03/93, Ed. La Ley, Tomo1994-E, pag. 294-299.

procesos en los que el formalmente demandado no es el que terminará afrontando el costo final de la condena.

Los hechos del fallo confirman la tendencia estadística de la víctima a no comprometerse con la mitigación del daño evitable cuando existe un responsable hacia el cual podrá desplazar los efectos de la condena, tal como se refleja en el gráfico G4.

También podemos advertir que no hay unidad de criterios entre los camaristas acerca de cómo debe valorarse la conducta de la víctima en cuanto pauta para determinar la entidad y extensión del resarcimiento. Circunstancia que guarda concordancia con los datos que surgen del gráfico G7.

- La jurisprudencia también ha registrado casos en los que la negligencia o demora del acreedor en promover la demanda se ha convertido en causa de un mayor daño. Es ilustrativo el caso *“Albano c/Transporte de Buenos Aires”*. En éste, la plataforma fáctica fue la siguiente: el actor demoró casi 10 años en promover demanda en tanto que la moneda experimentó una desvalorización considerable durante aquel período. La Corte Nacional consideró: *“la pasividad (del actor) no le impide, desde luego, obtener el pago de lo que legítimamente se le adeuda, pero sí en cambio obtener una indemnización complementaria por el concepto antes aludido, haciendo aún más onerosa, por su sola voluntad, la obligación del deudor”*.

Vemos nuevamente que la Corte Suprema de la Nación debe hacer un esfuerzo argumentativo para alcanzar una solución ajustada a la problemática del caso. Se apeló, a falta de una previsión normativa clara que regule la influencia de la conducta de la víctima en la agravación del daño, a una interpretación elástica del principio de autonomía de la voluntad⁵⁰.

5. Conclusiones particulares.

Sobre las bases sociológicas de la mitigación del daño evitable, hemos arribado a constataciones fácticas que, a grandes trazos, confirman nuestras intuiciones y percepciones iniciales. Y que, en algunos puntos, terminan excediendo nuestros pronósticos más audaces.

Con sustento en los resultados particulares y globales arrojados por la encuesta

⁵⁰ CSJN, in re *“Albano c/ Transporte de Buenos Aires s/ liquidación”*, 23/05/68. E.D. 23-17.

realizada, hemos concluido que:

- Los daños evitables sobrepasan ampliamente la proporción de los daños no evitables. Y que el grado de evitabilidad del daño presenta distintos niveles según el caso concreto.

- Hay una tendencia acentuada de la víctima -tanto en la esfera judicial como extrajudicial- a no comprometerse con la mitigación del daño cuando existe un sujeto prima facie responsable contra el cual podrá demandar la reparación del daño.

- Este patrón de conducta de la víctima provoca un aumento significativo en la extensión del daño real.

- La mitigación del daño evitable constituye un problema relevante que existe en la realidad argentina actual.

- Su resolución no sólo consulta a un interés teórico sino a intereses prácticos: reducción del daño global, prevención de situaciones dañosas, compromiso social de todos los actores frente al daño evitable, justa atribución de las consecuencias del daño.

- El ordenamiento jurídico no se ocupa adecuadamente del problema de la mitigación del daño evitable. Si bien el Código Civil y Comercial ha constituido un importante avance en lo que se refiere al reconocimiento del deber de mitigar el daño evitable como figura jurídica autónoma, subsiste un vacío normativo en la regulación de aspectos prácticos fundamentales del instituto, a saber: modalidades, ámbitos de aplicación, presupuestos, contenido, límites, pautas de valoración, etc. Con todo, la aplicación de la nueva normativa civil y comercial podría ser una oportunidad valiosa para ensayar respuestas jurisdiccionales constructivas sobre los lineamientos que se han establecido en materia de prevención del daño.

El sistema normativo no contiene previsiones claras, inequívocas y suficientes que regulen apropiadamente esta cuestión.

Los jueces en general no ponderan plenamente la conducta de la víctima posterior al daño como criterio estable para determinar la entidad y extensión del resarcimiento debido.

Los restantes operadores procesales (en particular, abogados del actor y del demandado) no han internalizado el uso del argumento de la mitigación del daño evitable en sus diferentes modalidades técnicas.

En fin, los operadores jurídicos (jueces, abogados y otros agentes de justicia) no han desarrollado, hasta el presente, una práctica que tienda a posibilitar la consideración de este problema.

- Existe consenso respecto a la necesidad y conveniencia de regular orgánicamente la conducta de la víctima frente a la mitigación del daño evitable.

- La política legislativa debe tener como objetivo agible el fomento de la colaboración entre la víctima y el dañador en orden a la mitigación del daño evitable.

- Se torna imprescindible el reexamen de la cuestión investigada en una etapa futura de consolidación legal y jurisprudencial del Código Civil y Comercial de la Nación.

A partir del análisis de los fallos judiciales sobre la materia investigada, hemos advertido que:

- El problema de la mitigación del daño evitable atraviesa transversalmente todo el ordenamiento jurídico y no es materia exclusiva del derecho civil, ni siquiera del derecho privado.

- La consideración adecuada de la conducta de la víctima, aún no habiendo culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, resulta en numerosos supuestos una condición necesaria para que el razonamiento judicial pueda arrojar un resultado justo en el caso concreto.

- La tendencia de la víctima a no comprometerse con la mitigación del daño evitable no sólo se plantea en la realidad extraprocesal de la escena dañosa sino que también se reedita en la conducta procesal de las partes.

- A juzgar por las argumentaciones predominantes de las partes y de los jueces, no existe conciencia plena por parte de los justiciables acerca de que la mitigación del daño evitable constituye una exigencia legal cuyo incumplimiento es susceptible de producir consecuencias jurídicas.

- En algunos casos puntuales, se registra una tendencia por parte de la víctima a convertir la indemnización en una fuente de lucro.

CAPITULO II.

ENFOQUE GNOSEOLÓGICO-JURÍDICO DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EVITABLE.

SUMARIO. 1. ¿Por qué una visión gnoseológica? 2. Gnoseológica clásica de la conducta de la víctima en el derecho de daños. 3. Evaluación crítica del paradigma clásico. 4. Replanteo de la cuestión: hacia un nuevo paradigma. 5. Dimensión cosmológica de la realidad de la acción dañosa. 6. Balance y prospectiva. 7. Conclusiones particulares.

1. ¿Por qué una visión gnoseológica?

“Todo cuerpo se resiente de todo lo que se haga en el universo”

(Paul Auster)

En este capítulo de la tesis, nos abocaremos a fundamentar el andamiaje gnoseológico desde el cual construiremos los postulados sustanciales de nuestra investigación.

La razón por la cual hemos decidido dedicar un segmento de nuestra investigación a este tópico radica en que la hipótesis que planteamos no nace como una solución ingeniosa y ocurrente frente a un problema práctico determinado, ni tampoco aparece como una mera elaboración basada en elementos teórico- jurídicos. Nuestra propuesta se erige como la derivación razonada de un *“re-enfoque gnoseológico de la responsabilidad civil”*.

En este aspecto, la novedad de la investigación no sólo radica en las conclusiones jurídicas a las que arribaremos, sino también en el particular modo de concebir y pensar las relaciones jurídicas resarcitorias. Tal es así que si no descendemos a la estructura misma del pensamiento jurídico, no podremos captar cabalmente la originalidad de los aportes formulados, como tampoco estaremos en condiciones de comprender las vastas implicancias del deber de mitigar el daño evitable como deber jurídico.

Este cometido exige revisar el paradigma imperante en el área de la responsabilidad civil. En tal sentido, es preciso aclarar que los interrogantes que orientan nuestro interés científico trascienden los contenidos materiales propios de esta rama, incluso van más allá de las reglas y principios que gobiernan la conducta del responsable y el deber de responder frente a otro.

Lo que cuestionamos, en esta parte de la tesis, es el modo de ver, pensar y valorar el fenómeno resarcitorio. Nos ubicamos en una instancia de análisis que se proyecta sobre las bases primarias del pensamiento jurídico. Una instancia que determina el abordaje científico de la realidad social implicada en el objeto de estudio. Y que, por sobre todo, perfila el modelo cognoscitivo desde el cual el jurista se hace cargo de la problemática en cuestión.

Esta digresión preliminar es suficiente para percatarnos de que el desarrollo de la exposición no podrá prescindir, en consonancia con el desarrollo de la investigación, de un enfoque interdisciplinario en cuya lógica se integren el saber jurídico, sociológico, filosófico, teológico, etc. Pretender cumplir el propósito inicial exclusivamente desde la parcela del derecho sería condenar todo esfuerzo científico al fracaso, por cuanto la complejidad de la realidad abordada y la diversidad de aspectos que entran en juego en la hipótesis planteada piden a gritos el diálogo entre las diversas disciplinas científicas.

En favor del orden discursivo, principiaremos la exposición del tema con un panorama general de la cosmovisión clásica que ha prevalecido desde la antigüedad hasta nuestros días, caracterizada por el modo unidireccional, individualista y antagonista de comprender la realidad subyacente en la responsabilidad civil. Nos serviremos de los aportes filosóficos de diferentes autores, en particular de Zubiri, para denunciar las anomalías que refleja la crisis del paradigma clásico y la necesidad de un replanteo profundo. Seguidamente, daremos un nuevo paso que se encaminará hacia la presentación de un enfoque bidireccional, solidarista e integracionista de la responsabilidad civil. Y culminaremos con una inserción global del problema desde la dimensión cosmológica y teológica.

Queremos puntualizar además que, atento a las múltiples e inabarcables repercusiones que tiene esta particular comprensión gnoseológica de la responsabilidad civil, nos centraremos exclusivamente en una cuestión: el deber de la víctima de mitigar el daño evitable.

Por último, aspiramos a que este tramo de la investigación sirva no tanto para instalar un modelo determinado de concebir el fenómeno de la responsabilidad civil, sino más bien para motivar la reflexión sobre la cosmovisión desde la cual nos hemos acostumbrado a pensar la realidad implicada en el derecho de daños. Reflexión que nos servirá para cuestionar, suplantarse, reformar o, en su caso, aceptar la concepción imperante, pero no ya desde el acatamiento ciego de la tradición, sino desde una fundamentación gnoseológica consciente.

2. Gnoseológica clásica de la conducta de la víctima en el derecho de daños.

El derecho continental europeo de nuestros días, heredero de la tradición romanista y francesa, ha forjado una idea de responsabilidad civil basada en que todo acto que cause un daño impone una reacción del orden jurídico tendiente a restablecer las cosas a su estado anterior, en la medida en que se verifiquen los presupuestos fundamentales: hecho generador, daño resarcible, factor de atribución y relación de causalidad.⁵¹

Esta concepción se ha edificado en torno a un esquema analítico dualista: víctima-dañador. Esto significa que los roles de los actores de la relación jurídica delictual han sido

⁵¹ Cf. TRONCOSO, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño, Paris, Ed. DSU Droit Civil Paris I, 2003, pag. 355.

bifurcados de modo tajante.⁵² Por un lado, el dañador, el autor del hecho productor cuyas consecuencias dañosas deberán ser reparadas. Y por otro, la víctima, el damnificado por la conducta del dañador, el que sufre las consecuencias del daño⁵³.

Esta lógica bipartita encuentra su trasfondo gnoseológico en la filosofía de Kant. El pensador prusiano elaboró su teoría del conocimiento con base en una rígida separación entre sujeto y objeto. El sujeto, como elemento activo y dinámico, es agente creador de conocimiento. El objeto, como elemento pasivo y estático, proporciona la materia pura del saber⁵⁴.

Kant planteó que, incluso, el sujeto puede ser objetivado a través de categorías, entendidas como reunión intelectual de lo múltiple. En tal aspecto, conciencia del sujeto y conciencia del objeto terminan siendo hechos correlativos. Esta bipartición, que reconoce antecedentes en la filosofía aristotélica, adquiere en Kant una fuerza radical que conspira contra una visión integracionista de la realidad⁵⁵.

Los fundamentos kantianos se han proyectado a nivel gnoseológico en la teoría moderna de la responsabilidad civil. Y tal extensión no ha sido inocua y gratuita para el sistema jurídico, sino que ha determinado consecuencias jurídicas que, en muchos casos, distan de la axiología del régimen resarcitorio.

El propósito de este trabajo no apunta a suprimir ni a confundir estas dos categorías subjetivas fundamentales del sistema de responsabilidad civil. La patencia de estos actores deviene apodíctica no bien se realiza una somera observación de los hechos. Lo que es objeto de interrogación aquí es si corresponde trazar una dicotomía tan radical y tajante entre la víctima y el dañador, como si fueran dos polos irreconciliables.

Si bien la consideración de la culpa o hecho de la víctima –como eximente de responsabilidad- no es ajena a la mentalidad jurídica moderna, puede notarse claramente que su aceptación jurisprudencial y doctrinaria siempre impuso como requisito que la propia conducta del damnificado sea causa exclusiva o concausa del daño. Es decir, sólo cuando la autoría del daño fuese atribuible total o parcialmente a la víctima, dicha actividad podría ser considerada por el orden jurídico.

⁵² Utilizo deliberadamente el término “actores” porque consideramos que, en la escena del daño, tanto la víctima como el dañador asumen un rol que, en mayor o menor medida, reclama una conducta determinada.

⁵³ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 587.

⁵⁴ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, décima edición, Mexico DF., Ed. Porrúa, 1998, pag. 39.

⁵⁵ ARISTOTELES, *Lógica*, Buenos Aires, Ed. Gradifco, 1994, pag. 54, trad. Sergio Albano.

Pero cuando la conducta de la víctima no interrumpía la secuencia causal provocando el resultado dañoso, la presencia de ésta se reducía a un papel puramente pasivo. En tales casos, la víctima se limitaba a padecer un daño que, en caso de haber responsabilidad civil, la hacía titular del derecho a percibir un resarcimiento de quien tenía el deber de responder por ese daño. El resto de su actuación perdía relevancia para el derecho.

La doctrina continental clásica sostuvo en tal sentido que, frente a un daño, la víctima debe asumir una conducta meramente negativa, consistente en no agravarlo con el propio comportamiento.⁵⁶ Pero poco ha dicho sobre la participación posterior de la víctima en la acción dañosa desde una posición distinta a la autoría.

En este orden, huelga profundizar en un aspecto apenas explorado por la doctrina civilista contemporánea, cual es el rol que debe adoptar la víctima frente a la ocurrencia del daño. En particular si la víctima tiene o no un deber de adoptar las medidas necesarias para evitar la extensión indebida del perjuicio y en qué se fundamenta tal deber⁵⁷.

Hoy en día, el principal argumento jurídico-axiológico con el que algunos autores han empezado a defender la idea de que la víctima no debe quedarse sentada y no hacer nada para minimizar las pérdidas que fluyen de un mal, es el principio de buena fe. A la luz de este parámetro, la víctima debe adoptar todas las precauciones que la razonable diligencia impone para reducir el daño⁵⁸.

3. Evaluación crítica del paradigma clásico.

Como argumento jurídico, la buena fe es acaso uno de los elementos axiológicos que mejor justifica la existencia del deber de la víctima de morigerar el daño.

No obstante, entendemos que es necesario calar más hondo. Es necesario indagar en el modelo cognoscitivo de la doctrina clásica. Revisar las estructuras mentales desde las cuales se ha gestado la comprensión del fenómeno resarcitorio, a fin de desarrollar una

⁵⁶ BENITEZ CAORCI, Juan J., La obligación de minimizar el daño, publicado en RC, S2009 (VI), pag 11.

⁵⁷ Como hemos anticipado, el deber de la víctima de mitigar el daño configura una noción diferente a la culpa de la víctima. Si bien las semejanzas son innegables, no puede desconocerse que el hecho del víctima es entendido como la causa o una de las causas del daño inicial y por lo general

⁵⁸ DERAÏNS, Yves, L'obligation de minimiser le dommage Dans a jurisprudence arbitrale, publicado en Revue de droit des affaires internationales, pag. 377 y 381

justificación adecuada e integral de la posición jurídica del dañador y la víctima frente al hecho al daño.

Aquí la referencia a la filosofía de Zubiri deviene fundamental. Este pensador contemporáneo ha tenido el mérito de poner en crisis los reduccionismos de la filosofía occidental desde un realismo fundamentado en la teoría de la inteligencia.

Zubiri supera la clásica separación sujeto-objeto y coloca a la realidad como dimensión trascendental por excelencia. Con máximo rigor, Zubiri insistió en dar toda la primariedad y principalidad filosófica a la realidad misma en el doble sentido de que la realidad es lo último y más abarcante y que todo lo demás –ser, existencia, sentido, etc.- surge en y desde la realidad⁵⁹.

A la luz de estas reflexiones, podemos empezar a relativizar la separación rígida entre víctima y dañador, reposicionando ambas categorías subjetivas en el contexto más amplio de la realidad de la acción dañosa.

Cuando Zubiri se refiere a la trascendentalidad de la realidad, alude sin más a la apertura de cada una de las realidades a toda otra realidad. Frente a toda construcción metafísica que comienza dividiendo el mundo entre subjetividad y objetividad, hay que partir del hecho de que todas las realidades aprehendidas, incluida la propia, están actualizadas en la misma formalidad de la realidad. Lo radical es que en la aprehensión se actualiza en el mismo plano de realidad tanto la realidad propia, como la ajena o la de las cosas⁶⁰.

Desde esta perspectiva, no resulta insensato empezar a concebir a la víctima y al dañador como dos personas que, ante todo, integran y forman parte de la misma realidad. Sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe al dañador y del derecho a la indemnización que le corresponde a la víctima, lo cierto es que ambos son, en alguna medida, agentes y pacientes del menoscabo, por cuanto participan y se relacionan con el entorno en el cual acontece el daño.

Así, la víctima no es un simple receptor del daño. No se limita a padecer la acción dañosa, sino también integra el cuadro de la acción. También es parte de la realidad en la que acontece el daño.

⁵⁹ Cf. ZUBIRI, Xavier, Estructura dinámica de la realidad, Madrid, Ed. Alianza, 1989, pag. 101.

⁶⁰ Cf. FERNANDEZ ZAMORA, Jesús Antonio; La ascunción de lo biológico, lo personal y lo moral en la realidad histórica, publicado en Cuadernos de filosofía latinoamericana, Vol. 29, (N 99), 2008. Y ZUBIRI, Xavier Estructura dinámica de la realidad, Madrid, Ed. Alianza, 1989, pag. 103.

Aun cuando no exista culpa de la víctima en la ocurrencia del daño, no puede soslayarse que el damnificado no es un espectador inmóvil, sino que está imbuido en la realidad de la acción dañosa.

Frente a la contingencia del daño, la víctima es capaz de obrar, es capaz de responder, en fin, es capaz de desarrollar una conducta. Esa conducta no es irrelevante para el derecho, sino que debe ser especialmente ponderada a la hora de calibrar la procedencia y extensión del resarcimiento debido a la víctima⁶¹.

De igual modo, el dañador no es exclusivamente autor del daño, sino también co-damnificado. No es un sujeto que observa la “*realidad afectada por su conducta*” como una situación ajena a sí mismo. El dañador está implicado en el contexto fáctico del daño. Al dañar a otro, daña su realidad circundante y, con ella, a sí mismo.

Allende el efecto reactivo del orden jurídico –no siempre eficaz en la práctica-, la conducta del dañador recibe su primera y más segura sanción en la decadencia del mundo del que forma parte.

Recapitulando el enfoque filosófico, puede advertirse que “*la realidad de la acción*” constituye el sustrato ontológico común en el que confluyen las realidades individuales. Dicho de otro modo, las acciones representan el estrato más aprensible de la realidad humana. Por ende, son anteriores a la distinción sujeto–objeto y en ellas se implican recíprocamente las realidades individuales⁶².

Zubiri propone analizar la acción humana con las cosas para descubrir ahí en qué consiste su socialidad. La conciencia, el yo y el sujeto aparecen como momentos ulteriores respecto a la aprehensión primordial de la realidad. Y la aprehensión es uno de los tres momentos integrantes de la acción. Esto no significa que la conciencia o el yo carezcan de

⁶¹ MESSINETTI, Davide, I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi, e pluralismo della nozione giuridica di dano, publicado en Rivista criticadi diritto privato, 2006, pág. 551. El autor progresa por esta senda al referir la “[...] *sensible transformación estructural en el enunciado dañoso: de la apreciación del daño en cuanto efecto de una conducta, se ha pasado a la consideración de la conducta en sí misma*”, cambio en el punto de vista nada trivial, habida consideración que correctamente se hace énfasis en el aspecto conductual, a fuer de previo (riesgo-amenaza o peligro), y no únicamente en el reactivo, y ulterior (afianzamiento y floración material del daño). Se percibe pues un cambio visible, ya que no sólo se habla de tutela resarcitoria, sino de tutela inhibitoria, situada ex ante.

⁶² GONZALEZ, Antonio, Un solo mundo. La relevancia de Zubiri social para la teoría social, texto extraído [INTENET] del sitio web <campus.claroline.net>. “*Las acciones representan un ámbito de acceso a la realidad social anterior a la distinción entre objetividad y subjetividad, y por tanto anterior a las tentaciones tanto objetivistas como subjetivistas de las ciencias sociales. En realidad, tanto el objetivismo como el subjetivismo son explicaciones del hecho social y no su análisis primordial. Las acciones no constituyen algo ni subjetivo ni objetivo, sino algo actualizado en la aprehensión primordial. Se trata de hechos que hay que analizar antes de proporcionar una explicación de los mismos*”.

relevancia para la teoría social. Significa tan sólo que habrán de ser situados en su lugar respecto al estrato originario de la acción⁶³.

Correlativamente, consideramos válido interpretar que la figura de la víctima, el dañador y los demás partícipes en el hecho dañoso conforman instancias subjetivas a posteriori de la “*realidad de la acción dañosa*”.

Tal como hemos adelantado ut supra, existe una unidad interna en la acción a partir de la cual se entrelazan todas las realidades subjetivas individuales. Al decir de Zubiri: “*Los demás no sólo se actualizan en cada uno de los momentos de la acción, sino que, al actualizarse en mis aprehensiones, sentimientos y voliciones, se insertan en mi vida, la dirigen y la modulan*”⁶⁴.

No pretendemos con ello sostener que el rol de tales actores debe ser soslayado por el ordenamiento jurídico, sino por el contrario destacamos la conveniencia de ubicar la consideración de estos elementos en el contexto general de la realidad de la acción.

4. Replanteo de la cuestión: hacia un nuevo paradigma.

A partir de las consideraciones vertidas, cabe deslizar la siguiente propuesta gnoseológica.

En primer término, consideramos aconsejable abandonar la dualidad antagónica entre la víctima y el dañador como dos sujetos “*en pie de guerra*”, como partes de una confrontación absoluta y polarizada -un agente y un paciente-.

Es preciso transitar hacia una nueva cosmovisión de la responsabilidad civil en cuya lógica la víctima y el dañador sean considerados a priori como partícipes solidarios en la acción dañosa. Es recién desde ese plano que el jurista debe determinar los derechos y obligaciones de tales actores, en función de la conducta observada, el daño sufrido, el nexo causal adecuado entre aquella conducta y el daño y los criterios de justicia adoptados por el orden jurídico.

En segundo término, es dable reputar al deber de la víctima de cooperar en la mitigación del daño ya no únicamente como una anomalía -por imperativo de principios jurídicos- al régimen legal de responsabilidad civil, sino como la consecuencia lógica de

⁶³ ELLACURIA, I., Filosofía de la realidad histórica, Madrid, Ed. Trotta, 1989, pag. 64.

⁶⁴ ZUBIRI, Xavier, Sobre el hombre, Madrid, Ed. Alianza Editorial, 1986, pag. 92.

una comprensión holística de la realidad de la acción dañosa, como contexto ontológico común en el que intervienen la víctima y el dañador.

Cuando anclamos el análisis menos en los intereses particulares de la víctima y el dañador que en la realidad de la acción dañosa, estamos en mejores condiciones de alcanzar una solución justa. Desde tal plano, resulta más fácil correlacionar todos los factores que intervienen y entran en juego a la hora de juzgar la responsabilidad civil de una persona, especialmente de aquellos que están directamente vinculados con el bien común.

Para la concepción tradicional, estructurada sobre la base de los intereses individuales de los actores, hablar de un deber positivo de la víctima de mitigar el daño resulta un exceso injustificado, por cuanto su razonamiento parte de un enfoque unidireccional. Y, precisamente, este deber se funda en un enfoque multidireccional, habida cuenta de que su finalidad no es sólo minimizar el perjuicio de la víctima, sino también el del dañador, el de terceros, y el de la comunidad en general⁶⁵.

Desde este prisma global, también puede advertirse que el deber de minimizar el daño cumple una función óptima de prevención, en cuanto es un estímulo suficiente para evitar la inactividad del perjudicado y reducir la indemnización de los costos primarios de la reparación debida⁶⁶.

Al decir de Seguí, la prevención se asienta sobre la siguiente idea: “... *es imposible reparar lo irreparable ni de volver atrás sobre lo irreversible; se trata de impedir, de prevenir, de tratar con discernimiento para que los daños no se produzcan, de responsabilizar y de responsabilizarse (...) porque la naturaleza de los bienes afectados, cuyos perjuicios no son monetizables, fundamentalmente por su gravedad e irreversibilidad, exige un sistema de protección acorde a su naturaleza específica. Ese sistema no se concibe que pueda ser la reparación, sino que es preciso que los daños sean evitados*”⁶⁷.

Si el centro neurálgico reside en la persona humana, es menester reclamar la coherencia del sistema, pues no se puede enarbolar la defensa de sus intereses atendiendo

⁶⁵ Cf. REIFEGERST, Stéphan, Por une obligatio de minimiser le dommage Puam, París, Ed. PUAM, 2002, pag. 109.

En esta línea, puede notarse que la obligación de minimizar el daño responde al sentido común. Por ejemplo, si un vehículo que transporta productos congelados o perecederos sufre un accidente de tránsito, ¿Su responsable no debería tomar las medidas de conservación necesarias para evitar el deterioro inminente?

⁶⁶ Cf. FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, El deber de evitar o mitigar el daño. Publicado en Revista de derecho de la Universidad de Concepción, (Nº 217), año LXXIII, 2005, pag. 223.

⁶⁷ SEGUI, Adela, Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental, publicado en Revista de Derecho ambiental y daño, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009.

únicamente el aspecto remedial, el que no se aviene plenamente con ellos, siendo entonces necesario abrir los espacios de la responsabilidad civil, en aras de consolidar la prevención, mejor intérprete de la aludida dignidad y respeto por la persona⁶⁸.

Tampoco podemos soslayar los fundamentos de la prevención desde la óptima del análisis económico del derecho. No puede obviarse que el criterio que limita el resarcimiento del daño evitable encuentra apoyo en esta teoría, puesto que poner a cargo del causante-deudor el costo de la consecuencia dañosa que habría podido ser evitada por el damnificado-acreedor, configura una solución antieconómica, en contraste con los principios de racionalidad económica que sugieran valorar comparativamente los intereses en conflicto y colocar correctamente los recursos y los costos de los daños.⁶⁹

En esta fase de la exposición, resulta edificante retornar a la filosofía de Zubiri. El pensador español defiende la idea de que la plenitud de la cooperación reafirma el bien común. En tal sentido, la cooperación plena es el resultado final de la idea de cuerpo social no ya como simple organización, sino como solidaridad.

Esta idea no sólo responde a un postulado sociológico, sino también a un imperativo moral. En efecto, Zubiri concibe al hombre como una realidad sustantiva cuyo carácter consiste en tener propiedades por apropiación; en esta apropiación reside la realidad moral.

Esta forzada apertura a la realidad se constituye, de esta forma, en principio de posibilidad ética y en fundamento de la misma, y presenta a su vez una estructura bien precisa que “*consiste en hacerse cargo de la realidad*”. La realidad se le muestra al hombre como un encargo que propicia una praxis responsable desde la cual orientar una acción que se ha de encaminar a una cada vez mayor humanización del género humano.⁷⁰

“*Plenitud de cooperación*” y “*hacerse cargo de la realidad*” son las dos ideas fundamentales que aporta la filosofía de Zubiri para propiciar una visión solidarista de la responsabilidad civil. Una visión en la que tanto víctima como dañador estén vinculados por un deber positivo de colaboración.

De tal modo, si la víctima se puede proteger a sí misma de las consecuencias dañosas, debe hacerlo. Este es un deber solidario hacia el copartícipe de la realidad dañosa.

Obviamente, este deber no es absoluto o indiscriminado. La morigeración del daño

⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo, Razonamiento judicial. Fundamentos del derecho privado, Lima, Ed. Grijey, 2006, pag. 331 y 342.

⁶⁹ VISINTINI, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, Tomo II: El daño. Otros criterios de imputación, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, trad. Aída Kemelmajer de Carlucci.

⁷⁰ SAMOUR, H., Zubiri y la filosofía de la liberación. En Nicolás, J.A. & Barroso O. Ed. Balance y perspectivas de la filosofía de X. Zubiri. Granada, Ed. Comares, 2004 (no hay otros datos disponibles).

evitable es una conducta exigible a la víctima sólo con respecto a las medidas necesarias, razonables y proporcionadas para evitar la extensión del daño. En ningún caso, se le podría imponer a la víctima que arriesgue su vida para evitar el daño, que adopte paliativos superfluos, que arbitre medidas que resultan excesivamente onerosas para su situación particular. El Derecho no puede exigir lo heroico⁷¹.

Pero lo relevante aquí es que los sujetos de la responsabilidad civil, desde su lugar respectivo y con responsabilidades diferentes, deben hacerse cargo de la realidad de la acción dañosa.

5. Dimensión cosmológica de la realidad de la acción dañosa.

Cuando nos referimos a la realidad de la acción dañosa no pensamos en una categoría abstracta creada al solo efectos de hallar un denominador común entre la víctima y el dañador. Muy por el contrario, dicha expresión alude a la dimensión ontológica principal de la responsabilidad civil.

La prioridad meta-jurídica de la *“realidad de la acción dañosa”* es evidente, pues la víctima y el dañador no pueden considerarse fuera de esta esfera.

Es interesante valorar cómo este enfoque se adecua a la cosmovisión de Zubiri y a la teología cristiana contemporánea.

Zubiri llega a sostener que lo único que tiene estricta esencia es el cosmos y no las cosas que hay en él: *“Las cosas serían partes o fragmentos del cosmos, y por tanto no tendrían esencia [...] Las cosas serían tan sólo momentos fragmentarios esenciales del cosmos”*.⁷²

El cosmos, entonces, es la única sustantividad, la natura naturans de la que las cosas son sustantividades rudimentarias o natura naturata: *“Las cosas no son estrictamente sustantivas; solo son fragmentos cuasisustantivos, un primordio de sustantividad, mejor dicho, un rudimento de sustantividad. Sustantividad estricta sólo la tiene el cosmos [...] Esta naturaleza tiene dos momentos. Uno el momento de sus notas; las cosas naturales.*

⁷¹ Asimismo la víctima que adopta medidas reductoras del daño tiene derecho a ser compensada por los gastos en los que hubiese incurrido en miras a la evitación del perjuicio. Cf. DE ÁNGEL YAGUES, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, 3º edición, Ed. Deusto Civitas, Madrid, 1993, p. 845.

⁷² SOLARI, Enzo, El argumento cosmológico de Zubiri, *Revista de Filosofía*, Volumen 25, (2009) 115-141. Universidad Católica del Norte, pag. 128.

Otro el momento de su unidad primaria. Esta unidad no es una magna natural, sino que es lo que debe llamarse el modo medieval, natura naturans, naturaleza naturante".⁷³

Finalmente, Zubiri apela a la teología como instancia de justificación de la primacía de la realidad por encima de cualquier binomio subjetivo-objetivo. De tal modo, razona: *"como todo acto, por minúsculo o intrascendente que sea por su contenido contribuye a hacer mi yo, mi relativo ser absoluto, resulta que todo acto es formalmente una toma de posición respecto de Dios (...) El hombre está implantado en la divinidad, metafísicamente inmerso en ella, precisamente porque cualquier acción suya es la configuración de un absoluto ser sustantivo"*.

De lo dicho, podemos inferir que Dios es ser racionalmente concebido como realidad plenaria, única y personal, que fundamenta el poder de lo real al que todas las cosas están religadas y en el que el hombre se apoya para vivir y ser persona.

Si extendemos estas conclusiones, podemos comprender que la visión solidarista de la responsabilidad civil encuentra sustento en el carácter *relacional* de la realidad cuya cohesión última reside en la divinidad como poder de lo real.

Por su parte, la Iglesia Católica, desde los primeros tiempos, ha reconocido la realidad de lo social como nexo aglutinante de las realidades individuales y como reflejo de la perfecta unión de las Personas Divinas. Así, la fraternidad de los hombres tiene como fundamento último el amor a Dios.

La persona humana, según el Catecismo, necesita resignificarse en la realidad social. Esta no constituye para ella un sobreañadido, sino una exigencia de su naturaleza. Por el intercambio con otros, la reciprocidad de servicios y el diálogo con sus hermanos, el hombre desarrolla sus capacidades.⁷⁴

En la encíclica *Caritas in Veritate*, Benedicto XVI resalta que *"solo con la caridad, iluminada por la luz de la razón y de la fe, es posible conseguir objetivos de desarrollo con un carácter más humano y humanizador. (...) Abre la conciencia del ser humano a relaciones recíprocas de libertad y responsabilidad. Más adelante, sintetiza esta idea en una frase fundamental: "la solidaridad es en primer lugar que todos se sientan responsables de todos"*.

⁷³ ZUBIRI, Xavier, *Sobre la esencia*, Madrid, Ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1962, pag. 119.

⁷⁴ CATECISMO DE LA IGLESIA CATOLICA, Capítulo Segundo: La comunidad humana, Artículo I La persona y la sociedad (1878 y 1879), Ed. Lumen.

En definitiva, el Sumo Pontífice concluye que *“la revelación cristiana sobre la unidad del género humano presupone una interpretación metafísica del humano, en el que la relacionalidad es elemento esencial”*⁷⁵.

Este es el espíritu que debe animar la reinterpretación de la responsabilidad civil desde una óptica solidarista. La víctima y el dañador deben hacerse cargo de su realidad, pero también de la realidad del otro y de la realidad afectada por el daño.

La acción del daño penetra en el entramado individual y social, y ningún actor tiene derecho a cerrarse sobre su realidad particular.

En definitiva, es injusto proceder a determinar la procedencia y cuantía de la indemnización por daños y perjuicios sin entrar a considerar previamente cómo cada actor se ha comportado frente a la inminencia, actualidad y posterioridad del daño.

6. Balance y prospectiva.

A lo largo de este trabajo, hemos concentrado el esfuerzo menos en el desarrollo in extenso de temas vastos (lease. responsabilidad civil, culpa de la víctima, daño evitable, etc.) que en la presentación de una nueva forma de enfocar problemas clásicos.

Es posible advertir que, en materia de responsabilidad, la elaboración de nuevas ideas es el resultado de una evolución paulatina. Acaso por la necesidad de asegurar reglas de juego claras y previsibles, es que subyace un espíritu conservador en el saber jurídico.

Con todo, el jurista crea institutos nuevos (ej. incorporación legislativa del daño punitivo), reforma presupuestos clásicos (ej. admisión de los factores objetivos de atribución), perfecciona la técnica jurídica con la que se evalúa la conducta del hombre en la realidad (ej. adopción de la teoría de la relación causal adecuada), admite correctores que orientan la interpretación y aplicación de las reglas contractuales y legales (ej. la equidad como principio moderador del resarcimiento).

Ocurre que esta evolución técnica, normativa y axiológica no ha ido de la mano con la evolución de la comprensión gnoseológica de la responsabilidad civil. El desarrollo de la teoría de la responsabilidad civil ha estado tradicionalmente marcado por un enfoque individualista -que centra la mirada en la reparación del daño individualmente sufrido-, antagonista -caracterización de la víctima y el dañador como sujetos enfrentados en pie de

⁷⁵ ENCICLICA *“CARITAS IN VERITATE”*. Carta Encíclica del Sumo Pontífice Benedicto XVI sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, Capítulo V, párrafo 55.

guerra- y unidireccional -únicamente el dañador es titular de obligaciones y deberes emergentes de la relación delictual o cuasidelictual-.

Es cierto que las últimas tendencias en materia de daños han contribuido a relativizar el enfoque clásico. Basta pensar en el surgimiento del derecho ambiental que entroniza, por encima del resarcimiento del daño individual, la necesidad de preservar el patrimonio colectivo -natural y/o cultural- desde la lógica de la prevención. La aceptación jurisprudencial del proceso colectivo como canal de protección de bienes supra-individuales. La mitigación del daño sufrido como deber impuesto a la víctima de un hecho ilícito contractual o extracontractual.

Sin embargo, estas tendencias han obedecido más a necesidades prácticas impuestas por cambios sociológicos profundos (ej. generalización de los contratos por adhesión, globalización de la economía, surgimiento de nuevos factores de riesgo en la prestación de bienes y servicios), y/o a la consolidación de principios jurídicos como fuente de derecho material directa (buena fe, abuso del derecho, razonabilidad, etc.). En ningún caso, a mi modo de ver, la aparición de estas figuras ha sido el fruto maduro de una reformulación orgánica del paradigma gnoseológico imperante en nuestra cultura científica en general, y jurídica en particular.

El jusfilósofo argentino Cossio aseveró que “[...] *el Derecho es conducta humana*”. *Y, la conducta, claro está, es la propia vida humana [...]. El Derecho siempre es vida humana, ni más ni menos; pero no toda vida humana es Derecho. Cuando nos referimos al Derecho como conducta no se trata de una conducta cualquiera, sino de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva o conducta compartida*”⁷⁶.

Esta conducta compartida es la que los principios jurídicos ha venido a resignificar frente a la no poco frecuente desconsideración de la norma⁷⁷. El principio de buena fe, de prevención, abuso de derecho, etc. ha acentuado la maduración y depuración de deberes

⁷⁶ COSSIO, Carlos, Radiografía de la teoría egológica del derecho, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1987, págs. 151 y ss.

⁷⁷ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, Interpretación de los contratos atípicos y la valoración de la conducta de los contratantes, en coautoría con el profesor argentino Raúl Etcheverry, Bogotá, Ed. Universidad de la Sabana y Grupo Editorial Ibañez., 2012, pag. 50. “*Aludir a la temática de la conducta, en general, lo habíamos manifestado en pretérita ocasión, es referirse a la esencia misma del Derecho, por cuanto, en el fondo, todo está y ha estado dominado por ella: el actuar humano, efectivamente, es el centro de gravedad de la ciencia jurídica, que analiza y se preocupa de él, de sus expectativas, de sus necesidades, de sus derechos, de sus deberes, de sus conflictos, entre otras manifestaciones individuales más que de su quehacer existencial, hasta el punto que despojado de la dogmática y de la carga ideológica que lo escolta, lisa y llanamente, el derecho es para el hombre, y no al contrario, como tantas veces se ha puesto de presente, así ello no siempre haya sido una realidad incontestable, por cuanto este criterio finalístico, en veces, se ha eclipsado y hasta desdibujado por los desvíos y excesos teóricos en que muchos han incurrido, sin excluirnos nosotros*”.

conductuales (cooperación, protección, coherencia, etc.) en pos de una mayor humanización del derecho⁷⁸. Los principios jurídicos tienden a consagrar, en este aspecto, el imperio de la diligencia dentro en la vida social.

La filosofía de Zubiri nos aporta, desde una perspectiva gnoseológica, un campo reflexivo fecundo para reconsiderar los cánones establecidos en el modo de pensar el derecho y la responsabilidad civil.

La prioridad filosófica de la realidad como dimensión última y abarcativa nos incentiva para destacar, en el ámbito de la responsabilidad civil, el protagonismo de la realidad de la acción dañosa como dimensión principal en la comprensión del fenómeno resarcitorio⁷⁹.

La realidad de la acción dañosa como fundamento ontológico de la visión solidarista e integracionista de la responsabilidad civil encuentra sustento cosmológico y teológico en la filosofía de Zubiri -basada en la idea de cosmos como sustantividad primaria-⁸⁰ y en la teología cristiana contemporánea -basada en la unidad esencial del amor divino-⁸¹.

Asimismo, la relativización de las categorías sujeto-objeto, ser-existencia, sentido – absurdo como derivaciones secundarias de la realidad se presentan como una consecuencia lógica del primer postulado.

Mutatis mutandis, es posible concluir que en el ámbito de la responsabilidad civil no corresponde realizar una separación rígida entre la víctima y el dañador como figuras contrapuestas e inconexas. Víctima y dañador son sujetos diferentes que forman parte de un mismo entramado. Entrelazan su ser y su actividad en la realidad de la acción dañosa. Es en el ámbito de la acción dañosa donde se produce la profunda integración de los actores de la realidad resarcitoria que quedan entretejidos bajo una dimensión común.

Esta afirmación se sustenta en una concepción metafísica definida. Zubiri realza la idea de trascendentalidad de la realidad como atributo de lo real para abrirse a nuevas realidades. Sostiene que en el acto de la aprehensión se actualizan en un mismo plano todas las realidades, la propia y la de los otros. En tal sentido, el filósofo español explica que “*la realidad de la acción*” constituye el sustrato ontológico común en el que confluyen las

⁷⁸ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 50.

⁷⁹ Cf. SOLARI, op. cit., pag. 128.

⁸⁰ ZUBIRI, Xavier, op. cit., pag. 119.

⁸¹ Cf. ENCICLICA “*CARITAS IN VERITATE*”. Op. cit., Capítulo V, párrafo 55.

realidades individuales. Por eso, las acciones representan el estrato más aprehensible de la realidad humana⁸².

Correlativamente, cuando en el ámbito de la responsabilidad definimos a la víctima y el dañador a partir de la realidad de la acción dañosa, caemos en la cuenta de que se trata de dos sujetos que son agentes y pacientes del menoscabo, por cuanto pertenecen al entorno en el que acontece el hecho dañoso.

Sin perjuicio de la responsabilidad del dañador y del derecho de la víctima a ser indemnizada, esta perspectiva nos permite advertir que, por un lado, la víctima no se limita a ser un simple receptor pasivo del daño, sino que también integra el cuadro de la realidad de la acción dañosa. Y, por otro, que el dañador no es tan sólo el autor del daño, sino también un co-damnificado por cuanto está profundamente implicado en la realidad afectada por el daño.

En síntesis, esta concepción integracionista promueve la identificación de la víctima y el dañador, ante todo, como partícipes solidarios en la acción dañosa. Por eso, frente a la contingencia del daño, el jurista no sólo debe estar atento a la verificación de los presupuestos de la responsabilidad civil, sino también a la conducta observada por la víctima como principio delimitante a la hora de calibrar la procedencia y extensión del resarcimiento.

Zubiri presenta una ética fundada en la idea de cooperación plena y de asunción de la realidad. La realidad se le muestra al hombre como un encargo que propicia una praxis responsable desde la cual orientar una acción que se ha de encaminar a una cada vez mayor humanización del género humano.⁸³

El derecho civil del siglo XIX hizo hincapié en la libertad formal. El del siglo XX enfatizó en la nota de igualdad. Y el siglo XXI está llamado a ocuparse del valor de la fraternidad. Se trata de privilegiar una actitud cooperativa y solidaria, opuesta a una concepción netamente individual que privilegie lo propio, lo subjetivo, lo personal, en contravía de lo ajeno, lo objetivo, lo de los demás. La fórmula buscada ya no es la del uno contra el otro, ni la del uno contra el todo, sino la del uno por el otro en solidaria cooperación.

Estas ideas se convierten en la piedra angular de una idea solidarista de la responsabilidad civil. Y, en particular, se erigen como fundamento del deber positivo de la víctima de mitigar el daño. No basta con que no lo cause o no lo agrave, es preciso incluso

⁸² Cf. ZUBIRI, Xavier, op. cit., pag. 101.

⁸³ SAMOUR, H. , op. cit, pag. 85.

que, ante determinadas circunstancias, adopte las medidas necesarias para reducir el daño⁸⁴.

En definitiva, la víctima debe colaborar en la medida de lo razonable para extinguir o mitigar el daño. Si no reparamos en esta realidad la responsabilidad civil quedará reducida a una liquidación de daños individuales. Una responsabilidad inspirada en valores individuales, pero ajena a aquellos valores colectivos que también resultan necesarios para la realización de una justicia fundada en el bien común.

7. Conclusiones particulares.

En relación al enfoque gnoseológico de la mitigación del daño evitable, las conclusiones han seguido una secuencia lógica claramente definida. En primer término, nos detuvimos en la cosmovisión en torno a la cual se plantean las relaciones entre la víctima y el dañador. Luego hemos marcado los puntos críticos de los postulados gnoseológicos tradicionales y las dificultades de base para transitar hacia una comprensión de la responsabilidad civil basada en los valores de justicia y solidaridad. Y finalmente, arribamos a un paradigma diferente que tiende a procesar el conflicto no en términos de confrontación, sino de cooperación entre los sujetos que integran la relación resarcitoria.

Desde un método basado en el diálogo dinámico entre filosofía y derecho, llegamos a concluir que:

- La concepción gnoseología tradicional sobre la que se ha cimentado la responsabilidad civil responde a un esquema analítico dualista: víctima-dañador. Esto significa que los roles de los actores de la relación jurídica delictual han sido bifurcados de modo tajante: 1) el dañador, el autor del hecho productor cuyas consecuencias dañosas

⁸⁴ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 52. Estamos pues contemplando una transformación profunda —y no cosmética—, o si se prefiere una “[...] vuelta de tuerca, que tiene como finalidad medular acercar aún más el Derecho a la sociedad, y también humanizarlo, en pro del ciudadano y por ende de la colectividad toda, ávida de más equilibrio y eficiente salvaguarda, a la vez que de instrumentos y acciones que contribuyan a evitar, hasta donde racionalmente fuere procedente, las secuelas emanadas de la gestación de los daños, de ordinario indeseables y erosivas de caros intereses. Al fin y al cabo, el poder perturbador del daño a través de la historia, es incontrovertible”.

deberán ser reparadas; 2) la víctima, el damnificado por la conducta del dañador, el que sufre las consecuencias del daño.

- Esta lógica bipartita encuentra su trasfondo gnoseológico en la filosofía de Kant, que elaboró su teoría del conocimiento con base en una rígida separación entre sujeto y objeto. El sujeto, como elemento activo y dinámico, es agente creador de conocimiento. El objeto, como elemento pasivo y estático, proporciona la materia pura del saber.

- El correlato jurídico de lo afirmado es que, frente a un daño, la víctima debe asumir una conducta meramente negativa, consistente en no agravarlo con el propio comportamiento.

- El problema de fondo es que esta tesis, como toda construcción metafísica que comienza dividiendo radicalmente el mundo entre subjetividad y objetividad, entre dañador y víctima, colisiona contra el hecho incontrastable de que todas las realidades aprehendidas, incluida la propia, están actualizadas en la misma formalidad de la realidad. Lo radical es que en la aprehensión se actualiza en el mismo plano de realidad tanto la realidad propia, como la ajena o la de las cosas.

- Corresponde superar, por tanto, la clásica separación sujeto-objeto, colocando a la realidad como dimensión trascendental por excelencia. Sobre los postulados filosóficos de autores como Zubiri, relativizamos la separación rígida entre víctima y dañador, y reposicionamos ambas categorías subjetivas en el contexto común y más amplio de la realidad de la acción dañosa.

- La víctima y el dañador debe ser concebidos como dos personas que, ante todo, integran y forman parte de la misma realidad.

- Sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe al dañador y del derecho a la indemnización que le corresponde a la víctima, lo cierto es que ambos son, en alguna medida, agentes y pacientes del menoscabo, por cuanto participan y se relacionan con el entorno en el cual acontece el daño.

- Aun cuando no exista culpa de la víctima en la ocurrencia del daño, el damnificado no es un espectador inmóvil, sino que está imbuido en la realidad de la acción dañosa. Es que, frente a la contingencia del daño, la víctima es capaz de obrar, es capaz de responder, en fin, es capaz de desarrollar una conducta. Esa conducta no es ni debe ser irrelevante para el derecho, sino que debe ser especialmente ponderada a la hora de calibrar la procedencia y extensión del resarcimiento debido a la víctima.

- De igual modo, el dañador no es exclusivamente un autor del daño, sino también un co-damnificado. No es un sujeto que observa la “*realidad afectada por su conducta*” como una situación ajena a sí mismo. El dañador está implicado en el contexto fáctico del

daño. Al dañar a otro, daña su realidad circundante y, con ella, a sí mismo. En efecto, la conducta del dañador recibe su primera y más segura sanción en la decadencia del mundo del que forma parte.

- La prioridad filosófica de la realidad como dimensión última y abarcativa nos incentiva para destacar, en el ámbito de la responsabilidad civil, el protagonismo de la realidad de la acción dañosa como aspecto principal en la comprensión del fenómeno resarcitorio.

- Estas ideas se convierten en la piedra angular para la fundación de una concepción solidarista de la responsabilidad civil. Y, en particular, se erigen como fundamento del deber de mitigar el daño por parte de la víctima en su doble dimensión. No basta con que no lo cause o no lo agrave, es preciso incluso que, ante determinadas circunstancias, adopte las medidas necesarias para reducir el daño. La víctima debe colaborar en la medida de lo razonable para extinguir o mitigar el daño.

CAPITULO III.

ESTUDIO IUSFILOSÓFICO DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EVITABLE POR PARTE DE LA VÍCTIMA.

SUMARIO. 1. ¿Por qué una visión iusfilosófica? 2. Significación jurídica del instituto. 3. Fundamento. 3.1. Análisis económico del derecho. 3.2. Teoría del acto propio. 3.3. Gestión de negocios ajenos. 3.4. Alter no inem laederere. 3.5. Razonabilidad. 3.6. Solidaridad. 3.7. Hecho o culpa de la víctima. 3.8. Buena fe. 4. Naturaleza jurídica. 4.1. Deber moral. 4.2. Obligación jurídica. 4.3. Carga jurídica. 4.4. Principio indemnizatorio. 4.5. Deber jurídico. 5. Función. 5.1. Función represiva. 5.2. Función indemnizatoria negativa. 5.3. Función económica. 5.4. Función axiológica. 5.5. Función preventiva. 5.6. Teorías eclécticas. 6. Validez. 6.1. Positivismo conductista de Ross. 6.2. Positivismo psicológico-social de Savigny. 6.3. Positivismo puro de Kelsen. 6.4. Positivismo mitigado de Hart. 6.5. Análisis funcional del derecho de Bobbio. 6.6. Antipositivismo de Dworkin. 6.7. Iusnaturalismo dialéctico de Villey. 6.8. Teoría jurídica discursiva de Alexy. 6.9. Teoría jurídica de Finnis. 6.10. Tridimensionalismo de Goldschmidt. 6.11. Realismo jurídico clásico o iusnaturalismo ontológico. 7. Autonomía. 8. Conclusiones particulares.

1. ¿Por qué una visión iusfilosófica?

*“El demandante tiene pleno derecho a ser tan extravagante como quiera,
pero no a costa del demandado”*

(Heath Pearson)

Hasta aquí nos hemos ocupado de explorar y escrutar la causa material de nuestro objeto de estudio y de profundizar en el re-enfoque gnoseológico que importa el planteamiento del problema de la mitigación del daño evitable. Estamos, pues, en condiciones adecuadas para sumergirnos en el estudio iusfilosófico de la cuestión.

Esta parte de la exposición se desarrollará desde una perspectiva eminentemente teórica y general de la problemática en análisis, a los efectos de alcanzar una fundamentación jurídica sólida de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

La filosofía jurídica es una rama del derecho que busca comprender la ontología de las instituciones, desentrañar la lógica subyacente de cada regulación positiva, descifrar el orden axiológico en base al cual se estructura el sistema y las normas en particular. Dimensiones que encierran cuestiones vitales para la realización efectiva del valor justicia.

Conocerlas a fondo abre el horizonte interpretativo del operador jurídico, toda vez que deba definir el sentido y alcance de una norma positiva que, en su constitución técnica, arrastre un grado inexorable de indeterminación sintáctica, semántica y/o valorativa.

Estudiarlas en profundidad facilita la integración de los vacíos legales que están presentes en todo el sistema normativo, tanto por la imperfección de las normas legales, como por la imposibilidad práctica para prever la variabilidad forzosa de los hechos.

Comprenderlas íntegramente nos ofrece la oportunidad de perfeccionar el régimen legal, por medio de valores que informan la actividad legislativa y principios señeros que delimitan el marco razonable de posibilidades regulatorias de una institución determinada.

Valorarlas en su complejidad posibilita una aplicación de la norma ajustada a los hechos y un tratamiento de lo fáctico adecuado a la justicia.

En lo que a nuestro objeto de estudio refiere, creemos que el esclarecimiento de los conceptos básicos, la identificación de los fundamentos principales, la calificación de la naturaleza jurídica, la determinación de las finalidades perseguidas, la especificación de la función, son cometidos científicos que deben estudiarse con detenimiento tanto para lograr una comprensión integral de la juridicidad de la conducta de la víctima frente al daño

evitable, como para perfilar un régimen normativo coherente y sistémico de la cuestión abordada.

2. Significación jurídica del instituto.

La doctrina continental clásica, dejando de lado la herencia jurídica romana, propugna que frente a un daño, la víctima debe asumir una conducta meramente negativa, consistente en no agravarlo con el propio comportamiento⁸⁵.

Debido al influjo de la concepción gnoseológica dominante en el derecho moderno –cuestión desarrollada en el capítulo II de la parte A- y a la ideología individualista y liberal que imperó durante esta época, la doctrina francesa clásica reputó inviable la fijación de deberes a la víctima, quien sólo tenía derechos y nada más. Pretender imponerle un débito conductual era tanto como desdibujar el papel del damnificado.

Para Madeud, la víctima tenía derecho a aguardar a que el responsable cumpliera con su obligación, como si ésta fuese un yugo que se quería hacer aún más pesado⁸⁶.

Acaso por tales motivos, los seguidores de este pensamiento, otrora mayoritario en el derecho continental, son refractarios a la validez y vigencia de deberes de mitigación del daño evitable a cargo de la víctima. El preconcepto de base es que la víctima no tiene por qué limitar su perjuicio en interés del responsable. Por lo que, para sus partidarios, poco importa que la víctima se esfuerce en moderar el daño. Ella está dispensada de hacer cualquier cosa, aún la más fácil⁸⁷.

En la actualidad, este postulado ha entrado en crisis frente a las interpelaciones de la realidad social que se resiente toda vez que la actividad del lesionado se reduce a un no hacer. Es que muchas veces –basta pasar revista a los casos judiciales hasta aquí

⁸⁵ Entre sus representantes, cabe mencionar a BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Novena Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pag. 322; Cf. BONFANTE, Scritii giuridici varii, III, publicado en Riv. Dir. Civile, Torino, Ed. Scuto, 1921 p. 68; GIORGI, J., Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, Tomo I Madrid, Ed. Civitas, 1999, pag. 54 y ss.

⁸⁶ MAZEAUD, Henri y LEON y TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, T.I, vol. I, Buenos Aires, Ed. EJE, 1977, pag. 246 y ss.

⁸⁷ LOIR, Romain, ¿La victime a-t-elle obligation de minimiser son dommage? Publicado en Recueil Dalloz, Paris, 2009, citado por JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 20.

comentados- la inacción de la víctima provoca un agravamiento o continuación del evento dañoso que repercute en un aumento de la indemnización debida⁸⁸.

Es así que nos hemos formulado las siguientes preguntas: frente a un daño, ¿Las exigencias del derecho deben proyectarse únicamente frente a aquel que lo ha causado? ¿Cuál debe ser la actitud de la víctima frente al daño que le ha sido causado? ¿Debe ella esforzarse para no permitir que su daño se agrave o amplíe o simplemente debe aguardar la decisión judicial que resuelva su pretensión indemnizatoria⁸⁹?

El núcleo de este trabajo gira alrededor de estos interrogantes. Por eso, la primera pregunta que nos haremos es cuál es la significación jurídica de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. Es decir, cómo se manifiesta esta realidad en el derecho.

Desde el saber jurídico vulgar, podemos conceptualizar el deber de la víctima de mitigar o evitar el daño afirmando prima facie que ésta no debe quedarse sentada y no hacer nada para minimizar las pérdidas que fluyen de un mal, sino por el contrario debe hacer todo lo necesario para colocarse en la misma situación que estaría si el contrato se hubiese cumplido o el ilícito no se hubiese producido⁹⁰.

A partir de esta indicación del más elemental sentido común, es posible inferir que las personas que han sufrido incumplimientos contractuales o ilícitos extracontractuales, carecen de derecho a cruzarse de brazos y soportar la pérdida que podrían haber evitado mediante esfuerzos razonables, o de continuar una actividad no razonable que incremente las pérdidas.

Con mayor rigor técnico, Cazeux y Trigo Represas esboza una definición válida tanto en las obligaciones de fuente contractual como en las de fuente extracontractual: *“deber del damnificado por el incumplimiento de la obligación o por el acto ilícito, de*

⁸⁸ Cf. BENITEZ CAORSI, Juan, La obligación de minimizar el daño, op. cit., pag. 2.

⁸⁹ Cf. TRONCOSO, María Isabel, op. cit., pag. 355

⁹⁰ A nivel terminológico, preferimos utilizar la locución *“deber de mitigar el daño”*, atento a que, a nuestro entender, es la expresión que mejor canaliza el objeto específico de la exigencia, a saber: la reducción del daño hasta donde sea razonablemente exigible. Incluso hasta su extinción.

La locución *“deber de morigerar el daño”* nos parece denotativamente defectuosa en cuanto resulta imprecisa en relación al fin buscado. En efecto, el orden jurídico no se conforma con que la víctima modere el daño o lo haga más tolerable, sino que reclama que el daño sea extinguido y, de no ser ello posible, que sea reducido a su mínima expresión.

La locución *“deber de minimizar el daño”*, si bien puede ser apta para significar el deber de disminuir el daño hasta niveles insignificantes, parece no considerar que el daño puede ser más que minimizado, o sea puede ser erradicado in totum de la realidad social.

La locución *“deber de evitar el daño”* alude directamente a otro instituto conceptual y jurídicamente autónomo que opera en la fase previa al daño. De su desarrollo nos ocuparemos en el título 7 de este capítulo.

contribuir con su conducta a que se limite, en cuanto sea posible, la magnitud del daño”⁹¹.

En idéntico sentido, Alterini y López Cabana coinciden en que todo acreedor de una obligación, cualquiera sea la causa fuente de ésta, debe adoptar todas las medidas apropiadas para evitar o disminuir el daño. No se trata ya solamente del hecho de no agravarlo mediante una conducta positiva. La exigencia va más allá: está obligado a no omitir todo esfuerzo razonablemente exigible en orden a evitar la prolongación o agravación del daño, a no quedarse, a no entregarse a una suerte de inercia fatalista frente al crecimiento de las consecuencias dañosas⁹².

Rodríguez Fernández profundiza en el aspecto activo de esta exigencia al destacar que el deber de la víctima de mitigar el daño incorpora la obligación en cabeza de la parte víctima del incumplimiento o de sus consecuencias, de adoptar las medidas necesarias y razonables, tendiente a mitigar la pérdida que resulta de ese incumplimiento⁹³.

En las definiciones precedentes, se revela una idea fuerza que es la “*gestión responsable de los efectos del incumplimiento*”, noción que se opone a la pasividad del acreedor afectado cuando no actúa para evitar o reducir las pérdidas que se sigan del incumplimiento y tiene posibilidad razonable de hacerlo.

A la luz de lo expresado, queda claro que la mitigación del daño evitable no es una mera exhortación moral. Tampoco puede reducirse a un imperativo de neto corte económico. Se trata, en rigor, de una exigencia jurídica que pesa sobre la víctima afectada por la conducta del responsable del daño. El incumplimiento de esta exigencia acarrea efectos jurídicos determinados para la víctima.

Acerca del cambio de paradigma, Jaramillo reflexiona: “*Por consiguiente, en la evitación de un lado, y en la mitigación del otro, finca el presente y el futuro de disciplinas como el Derecho de contratos, y la responsabilidad civil en sede del hierático ius privatum, por fortuna in crescendo. Ya no son admisibles, en tal virtud, conductas que en el pasado no eran reprochadas, o por lo menos puestas en entredicho in concreto: la pasividad, la inercia, la quietud, la indolencia extrema, la insolidaridad, la falta de cooperación y de lealtad (...)*”⁹⁴.

Lo que antes quedaba amparado por el principio de reserva del art. 19 de la CN en una zona de indiferencia jurídica, ha sido trasladado hoy al terreno de los actos debidos –

⁹¹ Cf. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las Obligaciones*, Tomo I, 3ra edición actualizada., La Plata, Ed. Editorial Platense, 1987, pag. 32.

⁹² Cf. ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pag. 327.

⁹³ Cf. RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 128.

⁹⁴ JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 20.

siguiendo la precisa expresión de Carnelutti⁹⁵- merced al influjo de un derecho solidarista con una amplia resignificación del alcance material del principio de buena fe.

Afirma categóricamente Corral Talciani: “*el perjudicado no está exento también de deberes una vez ocasionado el daño y en el tiempo que se despliega su desarrollo. Una conducta suya de mero espectador, en previsión de cuantiosas indemnizaciones, sería contraria al principio de buena fe*”⁹⁶.

Dentro esta lógica, no es indiferente o incoloro el comportamiento pasivo, omisivo o inercial de la víctima del daño, por cuanto su conducta puede llegar a tener incidencia en el quantum de la indemnización. Con un haz de luz cada vez más intenso y prolongado, el orden jurídico actual hace foco en el proceder activo y pasivo de los protagonistas. No hay zonas de confort institucionalizadas o permitidas ex lege, puesto que aun los acreedores, los titulares de derechos deben observar puntuales conductas, no siendo admisible el argumento de esperar con los brazos cruzados, a sabiendas que la convivencia impone deberes que deben ser acatados⁹⁷.

Ya no se concibe que la conducta de la víctima posterior al evento dañoso pueda manifestarse en cualquier sentido, sino que en la hora actual el ordenamiento jurídico impone a ésta un deber de colaboración activo en orden a impedir o, en su defecto, reducir la expansión de las consecuencias dañosas. La razón es simple: en determinados supuestos, la inacción supone un agravamiento o continuación del evento dañoso que repercute en la indemnización debida.

Cabe observar, en consecuencia, que la posición de la víctima del daño, su status de legítimo acreedor de la indemnización no es compatible *per se* con cualquier conducta *latu sensu*. Y que, como principio rector, bien puede afirmarse que no es procedente asumir comportamientos inerciales cuando con un grado de razonable diligencia, se habría podido evitar el perjuicio o, al menos, mitigar sus efectos.

Estamos ante una concepción más respetuosa, incluyente y solidaria con los demás. La rigidez conductual, casi cadavérica, encaminada a no mover una falange para impedir, pudiendo, la gestación de un daño o, en su defecto, la expansión de las ondas del gestado ya no tiene lugar en nuestro derecho. Es que cuando la mitigación sí puede depender de nosotros nos corresponde alguna gestión, alguna tarea, un *officium*, dado que luce

⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco, Prova testimoniale del pagamento, en Rivista di Diritto Commerciale, 1922, 2da parte, pag. 337.

⁹⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán, Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Santiago, Ed. Editorial Jurídica de Chile, 2003, pag. 340.

⁹⁷ Cf. SAN MARTÍN, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2012, pag. 398.

intolerable y rayano en la ironía, presenciar impasibles cómo se desarrolla un perjuicio, o cómo se expande a modo de una mancha de aceite. Es algo que irrita al deber ser; que mancha y desconcierta al ser.

Préstese atención en que no se reclaman actuaciones heroicas o sobrehumanas que pongan o puedan poner seriamente en riesgo los legítimos intereses de la víctima, pues en este caso bien podría alegarse que existen límites razonables al mentado deber. Sólo se demanda una prudente cooperación, pero no para observar cómo se acrecienta un daño, sino para ponerle un freno factual y no un acelerador o simplemente dejar la vía libre para que el daño se despiste por la realidad⁹⁸.

Queda claro que el Derecho de nuestros días no es para los abusivos, para los que obran de mala fe o con deslealtad o indecencia, ni tampoco es para los pasivos, para los que creen que en el plano compartamental nada le deben al responsable. El deudor no puede ser reducido a alguien que se encuentra esclavizado a la reparación integral del daño, a cualquier precio, como si el acreedor hubiese adquirido una patente de curso para dañar ilimitadamente al deudor con el arma de una pasividad abusiva.

Muy por el contrario, la víctima debe despojarse de esa despreocupada venda, debe arrancarse los grilletes de la comodidad, toda vez que sea razonablemente posible cooperar para que el daño no haga mella en los intereses que el derecho tutela. Desde una perspectiva funcional, la víctima es, entre otras cosas, un deudor conductual, por cuanto debe, incluso al agente del daño, lealtad, rectitud, moderación, prudencia que no se logran aquietándose sino actuando.

En suma, el bien común de la sociedad reclama que la indiferencia, la inactividad, la pasividad extrema le cedan el paso a las conductas solidarias, rectas, cooperativas y diligentes para que los fines del derecho puedan ser alcanzados con la ayuda mancomunada de sus protagonistas.

3. Fundamento.

En este punto, procuraremos ilustrar sobre qué fundamento las distintas corrientes de pensamiento basan la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

El estudio del fundamento del instituto se hará con una doble finalidad.

⁹⁸ TRONCOSO, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables..., op. cit., pag. 357.

En primera instancia, nos servirá para identificar la causa eficiente de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, esto es para verificar la fuente jurídica desde la cual emana la existencia y exigibilidad de la mentada exigencia.

Conviene aclarar que cuando nos referimos al fundamento aludimos a la razón jurídica principal y específica de la mitigación del daño evitable, a la causa fundante de esta exigencia de derecho. Es, por este motivo, que no nos centraremos tanto en las disposiciones normativas de las cuales fluye dicha regla, sino más bien en el fundamento jurídico-axiológico con base en el cual el ordenamiento jurídico argentino pone en cabeza de la víctima la exigencia de mitigar el daño evitable.

En segundo término, la identificación del fundamento deviene necesaria para ponderar la causa ejemplar del instituto. Es decir para reconocer el modelo o fórmula según la cual se expresa el derecho en general, y la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en particular.

Dicho de otro modo, la razón o regla en función de la cual se incardinan los ejes centrales de esta exigencia está concentrada en el fundamento mismo del instituto. La fuente, amén del origen del instituto, nos habilita para visualizar la proyección paradigmática de sus efectos.

Consideramos, en suma, que conocer el fundamento nos permite comprender cabalmente la fuente de esta exigencia jurídica y, además, constituye una referencia de inestimable utilidad para determinar la función, el sentido y los alcances del instituto referido.

3.1. Análisis económico del derecho.

Para una línea de pensamiento con algunas adhesiones en nuestro país, esta exigencia hundiría sus raíces en el análisis económico del derecho.

El AED refiere a la aplicación de la teoría económica y los métodos empíricos desarrollados por la ciencia económica a fenómenos jurídicos o sistemas legales. De esta manera *"implica una verdadera relectura del Derecho desde la Economía, compartiendo principios, metodología e instituciones"*⁹⁹.

⁹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, Análisis económico del derecho. Valoración, Crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, pag. 69/71.

La disciplina parte de la premisa de que *"las normas jurídicas crean costos y beneficios para la realización de determinadas acciones, con lo cual el derecho deviene susceptible de un tratamiento a la luz de la teoría de los precios, a su vez una rama de la teoría microeconómica"*. Dado que las normas jurídicas crean costos y beneficios, ello también puede predicarse de las decisiones jurisdiccionales, por lo que resulta ventajoso y positivo que los tribunales sean conscientes de los mismos. Al tenerse en cuenta los costos generados por una situación jurídica, se permite proyectar qué conductas son incentivadas por ésta. Tal circunstancia se debe a que *"el derecho cambia los incentivos de las personas en su conducta, la acción humana está basada en el costo de oportunidad, es decir, el costo de lo que renunciamos al elegir una opción o tomar una decisión"*. Al presentarse los costos y las conductas incentivadas por determinadas normas jurídicas, es posible ponderar los efectos de las mismas y su eficacia¹⁰⁰.

Desde este prisma, sus partidarios entienden que el criterio que limita el resarcimiento del daño evitable encuentra apoyatura en un imperativo utilitario. La lógica es la siguiente: poner a cargo del causante-deudor el costo de la consecuencia dañosa que habría podido ser evitada por el acreedor-damnificado, configura una solución antieconómica, en contraste con los principios de racionalidad económica que sugieren valorar comparativamente los intereses en conflicto y colocar correctamente los recursos y costos de los daños¹⁰¹.

La motivación económica específica que justifica la adopción de este temperamento es la necesidad de procurar el ahorro de bienes, evitar el derroche de recursos económicos y reducir el costo global de la indemnización. Lo que, en sus variadas formas, puede alcanzarse impidiendo a la parte perjudicada un posible uso abusivo de su posición de parte con derecho al resarcimiento que podría conducirle a despreciar los medios que tiene a mano para atenuar la pérdida de su contraparte¹⁰².

En el plano contractual, la eficacia económica del negocio o incluso la utilidad económica del vínculo obligacional son el fundamento de esta obligación en el sistema del

¹⁰⁰ SAGÜÉS, María Sofía, El análisis económico del derecho en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de Análisis Económico de Derecho de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, publicado en LA LEY: Sup. Const , 01/01/2009, 13 - 2009-F, 1114 .

¹⁰¹ Cf. BRUTTI, Nicola, Danni patrimoniali nella r.c.a. e avoidable losses: i nuovi sintiere del duty to mitigate damages (*), en Revista Danno e Responsabilità, Napoli Ed. Ipsoa, 2007, SEZ III, 12 Iuglio. Para probar el funcionamiento de estas reglas, una perspectiva que puede definirse (a grandes rasgos) de análisis económico del derecho. Para llegar a resultados a veces tranquilizadores sobre la fiabilidad de los principios jurídicos y las prácticas correctivas de interpretación jurídica, se alza como un elemento de inestimable valor el análisis económico del derecho.

¹⁰² Cf. MORAN BOVIO, David, Incumplimiento - Comentarios a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1999, pag. 60 y ss.

common-law. La inexecución de las obligaciones contractuales de una de las partes, y la consecuente obligación de la otra de moderar el daño, garantizan que el contrato que se convierta en un acuerdo estéril sea rápidamente reemplazado por un contrato útil.

La posibilidad de obligar a la parte que sufre la inexecución de mitigar su daño se inserta en una política jurídica que persigue la eficiencia económica del contrato con el fin de conformarse a las necesidades del mercado¹⁰³.

Si el acreedor puede encontrar un contrato de reemplazo luego de la inexecución de su deudor, estará realmente motivado a aceptarlo, pues hace a su interés mitigar el daño causado por la inexecución. De otra forma las mayores pérdidas quedarían a su cargo. Esto hace que el acreedor no tenga la opción útil de admitir pasivamente la aparición de perjuicios.

Desde una teleología pragmática, se aduce que la omisión en la obligación de minimizar el daño implica que el principio de reparación integral se vuelva ineficaz desde el punto de vista de la incitación a la prevención. Reparar el daño evitable, en estos supuestos, se vuelve excesivo. Por consiguiente, para suprimir ese exceso es necesario amputar la indemnización que corresponde a la porción del perjuicio que podría haber sido evitado si se hubieran desplegado las medidas de conservación elementales.

Esta forma de proceder está justificada en términos del interés general, dado que esta manera de reaccionar permite efectivamente reducir los costos sociales relacionados con la responsabilidad.

A nuestro criterio, el análisis económico del derecho es un instrumento hermenéutico de alto valor práctico para ponderar cuáles son las conductas que incentiva el sistema y las consecuencias económicas a las que podría conducir un régimen que no contemple el deber de la víctima de mitigar el daño evitable.

Ciertamente no podemos ignorar que el fundamento del análisis económico del derecho revela una faceta fundamental del instituto. Empero, debemos poner de relieve que éste no penetra en la razón última desde la cual emana la juridicidad de esta exigencia.

Laurremet asevera: *“Si bien es cierto que un análisis económico puede estar a favor de esta obligación, no la justifica (...) pues si el análisis económico del derecho puede explicar y comprender el interés del mecanismo, no permite justificarlo jurídicamente y su alcance es necesariamente limitado, sin contar que no es dado al jurista reducir el derecho a simples datos económicos (...)”*.

¹⁰³ Cf. POPINEAU, Catherine, Les remedes de justice privee a l’inexécution du contrat –étude comparative-, Paris, Ed. Dehaullon, 2008, pag. 93 y ss.

Las reglas de derecho no están fundadas sobre análisis económicos que solamente pueden dar una explicación o una aclaración respecto de las soluciones de derecho positivo. Aunque demuestran su importancia, no tienen por ese hecho la capacidad de fundamentarlas.

En otros términos, el argumento económico que tiene en cuenta razones pragmáticas de tipo patrimonial, se revela más como una herramienta para comprender el funcionamiento de la obligación sin, por lo tanto, llegar a ser una verdadera justificación. Es decir, los argumentos económicos, aunque pueden explicar perfectamente la utilidad de la exigencia, no están llamados a ser la razón de ser del instituto.

En suma, el análisis económico del derecho explica satisfactoriamente una de las finalidades típicas de esta exigencia, cual es la finalidad económica (reducción del costo global de la reparación, ahorro de recursos, prevención de nuevos daños), que por más loable y verdadera que resulte, no atrapa la causa jurídica que determina la exigibilidad jurídica de esta regla.

3.2. Teoría del acto propio.

Desde otro punto de vista, la doctrina alemana funda la obligación de minimizar el daño y, por consiguiente, deniega la indemnización de la parte del perjuicio que pudo ser evitada en base a la teoría del acto propio¹⁰⁴.

El venire contra factum proprium significa que *“un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad que contradice el sentido que, conforme a la buena fe, ha de darse a la conducta anterior del titular, constituye una extralimitación, luego esa pretensión contradictoria con la propia conducta resulta inadmisibles y debe ser desestimada por los tribunales”*¹⁰⁵.

Dentro de este marco conceptual, Schlectriem afirma que la obligación de indemnización (Schadensersatzpflicht) no puede quedar intacta, ya que hay una inadmisibles contradicción entre la pretensión resarcitoria integral y la propia actuación de la víctima que no ha contribuido deliberadamente a ese resultado.

Desde una lógica similar, Fikentscher sostiene que la obligación de mitigar la

¹⁰⁴ Cf. SCHLEECHTRIEM, Peter Schuldrecht Allgemeiner Teil 5, Tübingen, Auflage J.C.B. Mohr (Paul Siebeck, 2003, pag. 132, trad. libre de la Dra. Guillermina Leontina Sosa.

¹⁰⁵ NICOLAU, Noemí Lidia, La doctrina de los actos propios y la 'Verwirkung', en Juris, t. 76 (4ª época), sección doctrina, pag. 124.

extensión del daño encuentra su fundamento en la prohibición de venire contra factum proprium derivado del principio de buena fe. Es decir, la parte perjudicada no puede pretender que su contraparte le compense aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta en la adopción de las medidas necesarias¹⁰⁶.

Sin llegar a comulgar con esta tesis, Jaramillo expresa la idea matriz en forma gráfica: *“Y decimos incoherencia, más allá de sus efectos jurídicos, porque con una mano reclama con vehemencia, y con la otra daña –o no impide el daño, pudiendo- en atención a que la víctima, así sea ex latere, pueda dañar injusta y gravemente, impidiéndole pedir o demandar, la simple razón natural lo enseña, la reparación integral de su daño, sabiendo que no tiene las manos limpias (cleans hands), a emulación de una de las figuras más elocuentes que rigen el deber ser de la conducta humana: el deber de coherencia, más allá de que la regla venire contra factum proprium, strictu sensu, no sea de recibo –y con ella sus manifestaciones-, hecho que no impide, en todo caso, que se exija un comportamiento coherente y ayuno de contradicción funcional, que es cosa diferente. No en balde, se tiene por establecido que sólo puede racionalmente pedir el que ha dado, o ha estado presto a dar (axioma de la mutualidad y reciprocidad, en asocio de la lealtad y consabida coherencia)”*¹⁰⁷.

Como puede apreciarse, esta corriente de pensamiento escoge una de las tantas aplicaciones del principio de buena fe –la teoría de los actos propios- para fundar la exigencia que pesa sobre la víctima de mitigar el daño evitable. Y, por ende, subordina la existencia de este deber a la comprobación de los requisitos de procedencia de la teoría de los actos propios¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cf. FIKENTSCHER, Eolfgang Schuldrecht, Berlin, Ed. De Gruyter, 1997, pag. 85, trad. libre de la Dra. Guillermina Leontina Sosa.

¹⁰⁷ JARAMILLO, Carlos Ignacio, op. cit., Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 138 y ss.

¹⁰⁸ IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Conclusiones, Mar del Plata, noviembre de 1983 (no hay otros datos disponibles):

1. El principio jurídico que desaprueba conductas contradictorias con las obradas con anterioridad se manifiesta en la regla venire contra factum proprium non valet, u otras semejantes.
2. Su fundamento es de contenido ético y reside en la buena fe-probidad, así como en el impedimento para obrar actos abusivos.
3. Tiene carácter residual, y por lo tanto no es invocable cuando la ley regula una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola.
4. La aplicación de la regla venire contra factum proprium es exigida por la vigencia de los principios generales del Derecho que rigen según el art. 16 del Cód. Civil.
5. Sin embargo, una sentencia desestimatoria de la pretensión incoherente con los propios actos previos del pretensor sólo es admisible cuando el demandado ha peticionado el rechazo de la acción. Es irrelevante que se haya invocado un fundamento distinto para resistir la actitud abusiva que encierra el acto contradictorio, siempre que se concrete la voluntad de solicitar la desestimación de la pretensión deducida.
6. Es invocable tanto como excepción o defensa, cuanto para fundar en ella la existencia de un

Desde un ángulo crítico, hay autores que rechazan esta postura, al señalar la inconsistencia que supone abrir la ventana a la interdicción del venire contra factum, por cuanto la reclamación responde a un perjuicio y no a un comportamiento contradictorio con una conducta anterior. No habría, según el autor, una violación de los principios de confianza y coherencia, sino una culpa concurrente (Mitvereschulden)¹⁰⁹.

También es oportuno preguntarse, atento a que la teoría de los actos propios se basa en la idea de que “cuando las personas que integran un grupo social tienen conciencia de la existencia de un arquetipo de conducta, su acatamiento produce un estado de mutua dependencia en el comportamiento de los individuos, hasta el punto de permitir cierto grado de previsión en el obrar, pues el de una persona es la base de la conducta observada por la otra”¹¹⁰, si la mitigación del daño evitable por parte de la víctima constituye realmente un patrón de conducta consolidado o un arquetipo de conducta generalizado a punto tal de generar la confianza necesaria que sirve como fundamento del venire contra factum¹¹¹.

Bernal analiza este argumento desde una perspectiva sistémica: “El deber de coherencia es un deber autónomo y específico, razón por la cual es preciso diferenciarlo de otras figuras jurídicas y de otros deberes de conducta. Así, por ejemplo, si bien es inaceptable que el acreedor que omite conductas que pueden reducir o aminorar el daño que ha padecido, después pretenda una indemnización total del perjuicio que ha sufrido, esto obedece al deber de mitigar el daño y no al deber de actuar coherentemente. Tanto el deber de mitigar el daño como el deber de coherencia se desprenden del principio general de la buena fe, pero cada uno tiene su especificidad. El deber de coherencia se basa en la confianza creada en el otro, mientras que la confianza no constituye un elemento esencial del deber de mitigar el daño (...) aquí no se trata de un problema de coherencia, sino de corrección o lealtad de los contratantes”¹¹².

derecho.

7. Los requisitos de aplicación son:

a) En cuanto a la conducta anterior, debe ser jurídicamente relevante, válida y eficaz, atribuible al sujeto de que se trata y no implicar por sí una manifestación de voluntad con efectos jurídicos propios.

b) El cambio de actitud hace aplicable la regla cuando es posterior, da lugar a una pretensión -judicial o extrajudicial- y está en contradicción con la conducta anterior, aunque la contradicción es irrelevante si aquella fue obrada por error que conoció el invocante de la regla.

¹⁰⁹ Cf. SCHLEECHTRIEM, Peter Schuldrecht Allgemeiner Teil 5 Auflage J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2003, pag. 143, trad. libre de la Dra. Guillermina Sosa.

¹¹⁰ PUIG Brutau, Estudios de Derecho Comparado, Barcelona, Ed. Civitas, 1951, pag. 115.

¹¹¹ VIVES, Luis, La doctrina de los actos propios, publicado en LA LEY 1987-B, 946.

¹¹² BERNAL, Mariana, El solidarismo contractual –especial referencia al derecho francés-. Publicado en Revista Universitas, num. 114, Bogotá, julio-diciembre de 2007, pag. 15 y ss.

De acuerdo a los resultados alcanzados en la encuesta –ver gráfico G4 y G6- como a las reflexiones vertidas sobre las motivaciones psicológicas de la conducta de la víctima frente al daño evitable, estamos convencidos de que, en los hechos, la víctima no suele comportarse de modo diligente en lo que concierne a la mitigación del daño evitable y, pese a ello, en la mayoría de los casos reclama los daños sufridos al sujeto responsable.

Por consiguiente, no es lógico inferir que porque la víctima no ha contribuido a la mitigación de los daños evitables creó con ello una expectativa en la otra parte de que no reclamará el resarcimiento de tales daños, pues tal expectativa no se condice con los usos sociales. Recordemos que la aplicación de la teoría de los actos propios no sólo reclama que exista una contradicción entre el ejercicio de una facultad y una conducta anterior, sino que además es preciso que esta última haya generado una expectativa seria respecto al afectado por la contradicción.

A mayor abundamiento, puede sostenerse que, aun cuando admitimos que existe un patrón de conducta social generalizado que suscite la confianza de que la víctima frente al acaecimiento del daño arbitrará los medios razonables para mitigarlo, la teoría de los actos propios no resulta, pese a ello, adecuada para fundamentar esta exigencia, pues la conducta anterior que resulta contradictoria con el acto posterior no reúne los requisitos exigidos por la doctrina y jurisprudencia¹¹³.

Puntualmente, la conducta anterior debe ser válida. La validez es la cualidad de un acto jurídico para producir los efectos legales propios¹¹⁴. Y el acto jurídico no es otra cosa que un hecho humano voluntario lícito, conforme al art. 914 del Código Civil y al art. 259 del Código Civil y Comercial. Lo que implica que la validez es un atributo que se aplica exclusivamente a los actos lícitos. Sería absurdo pensar en un robo válido o en un fraude inválido.

Sin embargo, cuando nos referimos al supuesto de hecho que nos interesa, advertimos inmediatamente que la conducta anterior que entra en contradicción con el acto de reclamar la indemnización de daños y perjuicios no es otra que la omisión de adoptar un comportamiento diligente en orden a mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Esta omisión configura un acto ilícito por resultar contrario al principio de buena fe (arts. 16 y 1198 del Código Civil; y arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1061 del Código Civil y Comercial). Y dado que la conducta anterior debe ser válida –y, por ende, lícita-, la teoría de los actos

¹¹³ En tal sentido: CNCiv., sala D, in re: "*D'Ambar, S.A. c. Imos*", fallo del 13 de febrero de 1984, en Rev. LA LEY, t.1985-A, p. 243 y CNCiv., sala D, in re "*V. de B., G. c. B., C. L.*", fallo del 8 de junio de 1983, en E. D., t. 105, ps. 421/23.

¹¹⁴ OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales, 1era edición electrónica, Guatemala, Ed. Dastacan, 2004. Voz: "*validez*".

propios no resulta adecuada como fundamento de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

En el Código de Vélez llegábamos a esta conclusión a través de una interpretación teleológica-deductiva del principio de buena fe. En el Código Civil y Comercial, amén de la pauta hermenéutica mencionada, encontramos un sustento normativo expreso en el artículo 1710.

3.3. Gestión de negocios ajenos.

Para otro sector doctrinario, el fundamento de esta exigencia reside en el instituto de la gestión de negocios ajenos.

Este instituto plasma una actuación por cuenta propia pero en interés de otro, sin haber recibido mandato, encargo o autorización a tal fin, de lo que resultan derechos y obligaciones a cargo del gestor y también para el dueño del negocio. El art. 2288 del Código Civil lo contempla expresamente: *“Toda persona capaz de contratar que se encarga sin mandato de la gestión de un negocio que directa o indirectamente se refiere al patrimonio de otro, sea que el dueño del negocio tenga conocimiento de la gestión, sea que la ignore, se someta a todas las gestiones que la aceptación de un mandato importa al mandatario”*. A su turno, el art. 1781 del Código Civil y Comercial perfila al instituto del siguiente modo: *“Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente”*.

Los corifeos de esta corriente entienden que la víctima actuaría como un gestor de negocios ajenos respecto al interés del dañador, que es evitar la indemnización o, en su defecto, reducirla a su mínima expresión.¹¹⁵

En rigor, no resulta congruente fundar la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el instituto de la gestión de negocios ajenos. Falta el elemento esencial de la gestión que es el *“animus aliena negocia gerendi”*, esto es el carácter voluntario de la intervención, que el gestor se sacrifique espontáneamente, lo cual no sucede en la especie por cuanto el damnificado estaría obligado a actuar so pena de sufrir una consecuencia disvaliosa establecida por el orden jurídico. Como bien señala Pizarro, es

¹¹⁵ Cf. BENITEZ CAORSI, Juan, La obligación de minimizar el daño, op. cit., pag. 2.

preciso que el gestor se inmiscuya en el negocio en nombre de otro, de modo espontáneo, sin que exista el encargo de hacerlo ni la obligación de ningún tipo al respecto (art. 2288 del Código Civil; y art. 1781 del Código Civil y Comercial). Esto no ocurre en el deber de mitigar el daño evitable que, como todo deber, descarga una cuota necesaria de coerción jurídica sobre el sujeto pasivo.¹¹⁶

Además no se da el requisito de la utilidad. Mientras el gestor de negocios debe acreditar que la gestión fue útilmente conducida para volverse acreedor al derecho a ser compensado por la gestión, a la víctima le basta con probar que empleó la diligencia debida aunque la gestión no haya alcanzado el estándar de utilidad exigido. Y respecto a la regulación prevista en el Código Civil y Comercial, tampoco hay congruencia en punto a este requisito, pues, para dicha norma, si la gestión es conducida útilmente, el dueño está obligado frente al gestor a reembolsarle el valor de los gastos necesarios y útiles y a repararle los daños que haya sufrido en el ejercicio de la gestión aunque la ventaja no se haya producido (art. 1785 del Código Civil y Comercial), en tanto que el art. 1710 inc. b del mismo cuerpo –al margen de la tacha de inconstitucionalidad que consideramos merece y que será tratada infra-, que regula el deber de mitigar el daño evitable, condiciona el reembolso de los gastos de las medidas adoptadas a la circunstancia de que éstos hayan servido para reducir efectivamente el daño y a que tales medidas hayan significado un costo para el titular de este deber. El menor valor de ambos será el que se deba restituir.

Finalmente, el art. 2289 del Código Civil y el art. 1781 del Código Civil y Comercial coinciden en que el gestor debe tener la intención de obligar eventualmente al dueño del negocio. La expresión “obligar” nos da la pauta de que la norma alude a un negocio jurídico, entendido como acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones. A la postre, la actividad de mitigar los daños por los cuales una persona debe responder por parte de la víctima constituye una actividad lícita e, incluso, debida, más no un acto jurídico en tanto no tiene como finalidad inmediata producir efectos jurídicos.¹¹⁷

Consideramos que la noción de “negocio”, aunque amplia y comprensiva de múltiples situaciones jurídicas, no tiene la extensión suficiente para incluir en su radio semántico la actividad de mitigar el daño por el cual una persona es responsable. Esto se debe a que la acepción normalmente conferida a esta expresión es la de “acto jurídico”. Y, dado que la mitigación del daño evitable no está necesariamente unida a la finalidad

¹¹⁶ PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, op. cit., TIV, pag. 185.

¹¹⁷ OSSORIO, Manuel, op. cit., Voz: “negocio”.

inmediata de producir un efecto jurídico, en la especie gestionar un interés ajeno -podría reconocer otras motivaciones como, por ejemplo, evitar un daño fáctico propio-, no cabe su encapsulamiento bajo la denominación “*negocio jurídico*”.

3.4. Alter noeminem laederere.

Encontramos algunas voces que fundamentan el deber de la víctima de mitigar el daño evitable en el principio “*alter noeminem laedere*”.

Este principio reconoce sus orígenes en el derecho romano y significa “*no dañar a nadie*”. Se trata de una regla implícita en la mayor parte de los sistemas normativos de nuestro tiempo. La consecuencia lógica es que todo daño causado a otro se presume antijurídico, salvo que medie causa de justificación. En la causa “*Santa Coloma*”, la CSJN le reconoció jerarquía constitucional al principio referido con base en el art. 19 de la Carta Magna¹¹⁸.

El Código Civil, si bien no reconoce expresamente este principio, brinda amplio sustento normativo para inferirlo de su exégesis legal. En efecto, el art. 1067 reza: “*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...*”. La afirmación implícita en el texto legal es, pues, que la causación del daño constituye un requisito necesario del acto ilícito punible, con lo cual “*la prohibición de dañar a otro*” termina siendo un límite genérico del concepto de licitud, sin perjuicio de las causas de justificación que puedan enervar la antijuridicidad de la conducta dañosa.

Por su parte, el Código Civil y Comercial consagra expresamente el deber de no dañar a otro (art. 1716) como deber autónomo e independiente del factor de atribución de responsabilidad que le pueda corresponder a la conducta dañosa: “*Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código*”.

En cuanto a su modalidad operativa, el “*alter noeminem laederere*” puede

¹¹⁸ CSJN, “*Santa Coloma*”, sentencia del 05.08.1986, Fallos:308:1160. (...) El principio del “*alterum non laedere*” que tiene raíz constitucional (art. 19, ley fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, que deben afianzar los Tribunales “dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna” (sentencia del 05.08.1986, Fallos:308:1160).

manifestarse tanto en una faz resarcitoria como preventiva. Es decir, “*no debe traducirse sólo como el que causa un daño debe repararlo, sino también como el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten*”¹¹⁹.

Según los partidarios de esta tesis, la regla precitada comprendería la situación en la cual la víctima de un daño se abstiene de frenar o limitar la aparición de perjuicios derivados del daño inicialmente causado. El hecho u omisión de la víctima, por más que tenga origen en el daño causado al responsable, es ineficaz para neutralizar los efectos jurídicos que le son atribuibles a ésta¹²⁰.

Van Der Mersch precisa que el daño que se le causaría al responsable del perjuicio inicial quedaría retratado en el hecho de que la parte lesionada por el incumplimiento deja que el daño se desarrolle pasivamente en circunstancias donde cabe razonablemente la adopción de medidas tendientes a mitigarlo, o directamente agrava el perjuicio causado¹²¹.

Fried se hizo eco de esta idea, al sostener que las responsabilidades contractuales son suficientemente onerosas de manera que no deben ser innecesariamente exacerbadas y si la víctima de un incumplimiento no cumple su deber, la única pena que sufre es la pérdida proporcional de sus propios derechos de reparación¹²².

Sobre la universalidad subjetiva de la regla, Domínguez aduce que “*otro argumento a favor del reconocimiento de la conducta de mitigar el daño por la víctima o acreedor debe encontrarse en el principio general de no causar daño a otro, reconocido en nuestra legislación, el que es plenamente aplicable al caso pues no existe razón alguna que pueda liberar a alguien de esa obligación. Ni siquiera la condición de víctima puede autorizar una excepción. Esa regla debe ser aplicada incluso cuando se trate de una abstención de la víctima que agrava el daño y que, por lo mismo debe ser considerada culpable (...). Esa circunstancia particular no autoriza a atribuirle un poder arbitrario de dañar. Por ello cuando la abstención de la víctima puede ser considerada como una negligencia, la víctima puede ser obligada a minimizar el daño*”¹²³.

En el fondo, estos autores fundamentan la exigencia de mitigar el daño evitable por

¹¹⁹ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 65 y ss.

¹²⁰ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado, Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, , 2007, pag. 467.

¹²¹ VAN DER MERSCH, Murielle, L'inexécution Dans les contrats du comerce international, París, Ed. L.G.D.J., 2001, pag. 203.

¹²² FRIED, Charles, La obligación contractual. El contrato como promesa. Santiago de Chile, Ed. Editorial Jurídica de Chile, 1996, pag. 187.

¹²³ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor. En: Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, Medellín, Ed. Diké, 2012.

parte de la víctima en la vigencia meta-positiva de la regla que veda la causación de un daño a otro. Daño que tendría lugar toda vez que la víctima no adopta las medidas que resultan exigibles en virtud de las circunstancias del caso concreto.

Consideramos que el fundamento propuesto no es acertado para justificar la vigencia del deber de la víctima de mitigar el daño evitable.

Creemos que el principio de no dañar a otro suministra una justificación general e indeterminada de la exigencia aludida, pero no penetra en la razón específica del débito conductual que pesa sobre la víctima. Es decir, se trata de una regla de derecho natural con jerarquía constitucional que califica genéricamente la conducta de la víctima como un accionar contrario a derecho¹²⁴, más no aporta el fundamento en virtud del cual resulta ilegítimo que la víctima no mitigue el daño evitable.

Finalmente, entendemos que el principio de no dañar puede ser apto para justificar la exigencia a cargo de la víctima de no agravar el daño evitable, dado que la regla opera con carácter prohibitivo. Ahora bien, cuando la exigencia implica para la víctima la adopción de las medidas razonables para mitigar el daño, el principio "*alter noeminem laedere*" resulta insuficiente para exigir una conducta positiva a la víctima, o derivar consecuencias jurídicas por su no realización. En tal supuesto, no aludiríamos tanto a un "*no dañar*" sino a un "*impedir activamente la producción del perjuicio*", por lo que es necesario un plus argumental que legitime el aspecto activo de la exigencia o la mayor extensión de la conducta exigible a la víctima.

3.5. Razonabilidad.

La razonabilidad, como todo principio de derecho, forma parte de la juridicidad material, allende su vinculación positiva con el orden normativo argentino en los arts. 1 y 28 de la CN.

El Código de Vélez le abre tibiamente la puerta a la razonabilidad al mencionar los

¹²⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, Tomo 2, 3era edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, pag. 604. El constitucionalista rosarino funda la regla *alterum non laedere* en el valor de justicia natural que se asienta en el art. 33 de la CN.NC. "*Según el despacho de la Convención Examinadora de la Constitución de 1853, en la Convención bonaerense de 1860 se trata de derechos que nacen de la propia naturaleza, y "forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades". Añade que el artículo comprende a todos aquellos derechos, o más bien principios, que son anteriores y superiores a la Constitución misma... y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar*".

principios generales del derecho como fuente supletoria de integración normativa (art. 16).

El nuevo Código Civil y Comercial le brinda un lugar protagónico a la razonabilidad. El art. 2 postula como medio de interpretación de las leyes a los principios y valores jurídicos, con lo cual la razonabilidad adquiere un primer reconocimiento normativo. Amén de ello, el Código introduce sesenta y dos referencias expresas al concepto de razonabilidad¹²⁵, entre las cuales cabe resaltar particularmente al art. 1710 inc. b que alude a la razonabilidad como medida del deber de mitigar el daño evitable.

Lo razonable es lo justo, proporcionado, equitativo, en oposición a lo irrazonable, arbitrario, injusto. En el plano intelectual, la razonabilidad se expresa en una valoración jurídica axiológica¹²⁶.

En la actualidad, sin perjuicio de su etiología, no puede desconocerse el valor adquirido por la razonabilidad, hasta el punto que permea buena parte de institutos y figuras jurídicas. En tal sentido, el concepto de razón constituye uno de los conceptos centrales de la ciencia jurídica.

El deber de mitigar el daño por parte de la víctima “*transpira*” razonabilidad, no sólo como barómetro de las medidas adoptadas o que se deben adoptar por la víctima sino también en lo tocante al reembolso de los gastos efectuados en el cumplimiento de dicha exigencia¹²⁷.

En tal orientación, Habinavalona sostiene que la exigencia de minimizar el daño “*es una de las expresiones de la exigencia de obrar razonablemente*”. Es que lo razonable asume la función de modelo de la conducta a seguir para atender el fin perseguido por las partes o simplemente para la mejor realización de los intereses de los sujetos que integran la relación jurídica contractual o aquiliana¹²⁸.

La Corte Suprema de Colombia ha vinculado el criterio de la razonabilidad con la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima: “*...razonable, según el Diccionario de la Lengua Española, hace referencia a lo arreglado, justo o conforme a la razón (...). De lo dicho se desprende que la exigencia incluida en el artículo 992 del*

¹²⁵ Ver arts. 3, 32, 35, 67, 107, 133, 134, 194, 367, 389, 409, 434 inc. b, 482, 553, 557, 589, 847 inc. c, 859, 961, 964 inc. c., 974, 988, 1011, 1019, 1026, 1088, 1141, 1156, 1183, 1184, 1185, 1256, 1279, 1317, 1324, 1324, 1328, 1357, 1360, 1480, 1494, 1498, 1499, 1504, 1514, 1522, 1537, 1580, 1655, 1685, 1710, 1714, 1739, 1746, 1781, 1792, 1931, 1994, 2392, 2525, 2602, 2629 del Código Civil y Comercial.

¹²⁶ Cf. DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 7° ed., Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1998, pag. 511.

¹²⁷ SANTOS BRIZ, Jaime, La responsabilidad civil, Tomo 1, Madrid, Ed. Montecorvo, 1993, pag. 119 y ss.

¹²⁸ Cf. HABINAVALONA, RAMPARANY – RAVOLOLOMIARANA, Le raisonnable en droit des contract, Paris, Ed. L.G.D.J., pag. 389 y ss.

Código de Comercio que se comenta, hace referencia “a todas las medidas razonables para evitar los efectos allí descrito, lo que naturalmente excluye que la disposición exija la observancia de todas las medidas imaginables o de todas aquellas que el remitente o el destinatario desearían o aspirarían”¹²⁹.

No negamos que la razonabilidad atraviesa al instituto de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima, en virtud de las razones expuestas ut supra. Todavía más, pensamos que este principio funciona como un límite jurídico objetivo que determina el marco de opciones conductuales jurídicamente posibles de que dispone la víctima para dar cumplimiento al mentado deber.

Empero, la razonabilidad no mira tanto al fundamento o causa fuente de este deber, sino más bien al modo, forma o manera según la cual debe cumplirse el deber de mitigar el daño por parte de la víctima y al consiguiente derecho de ésta a ser indemnizada por el responsable. Adviértase, pues, que la razonabilidad no hace foco en la existencia o causa de la exigencia en estudio, sino en su ejercicio debido o jurídicamente posible.

3.6. Solidaridad.

En el debate en torno al fundamento, es posible registrar otra corriente que pone la lupa sobre la solidaridad.

Desde mediados del siglo XX, y sin desmedro de los antecedentes doctrinarios que registra el derecho francés, no puede obviarse que la solidaridad ha adquirido un sitial de preferencia en el derecho argentino y comparado¹³⁰.

Germinadas en el derecho contractual, las ideas solidaristas han hundido sus raíces en todo el territorio jurídico. Básicamente, esta doctrina propugna que las partes de una relación jurídica tienen un deber de solidaridad y colaboración recíproca, emanado de la buena fe objetiva, en aras de lograr la mejor y eficaz satisfacción de los intereses involucrados en dicha relación.

En el Código de Vélez, la solidaridad no reconoce una fuente normativa directa. Sin perjuicio de ello, su fuerza jurídica podría inferirse por medio de una interpretación

¹²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, sentencia del 16 de Diciembre de 2010 (no hay otros datos disponibles) citado en JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, op. cit., pag. 171 y 172.

¹³⁰ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, op. cit., pag. 171 y 172.

inductiva de disposiciones legales particulares que positivizan este valor (arts. 954, 1071, 1198, 909 y cctes). Con todo, consideramos que el Código Civil no permite una aplicación extensiva y directa de la solidaridad.

En el Código Civil y Comercial, el art. 2 modifica el estado de cosas al asignarle a los principios y valores jurídicos el estatus de fuente interpretativa de derecho, circunstancia que posibilita la alusión a la solidaridad como argumento jurídico axiológico para determinar el sentido y alcance de las normas legales.

La Corte Constitucional de Colombia también ha sabido apoyarse en el valor de la solidaridad para fundar este instituto: *“Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la solidaridad significa: <<adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros>>, tiene aplicación en el campo jurídico dentro de la teoría de las obligaciones, en la cual asume las conocidas formas activa o pasiva, y también en materia de responsabilidad. Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber – impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social-consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o interés colectivo (...). Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares el cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos (...)”*¹³¹.

Sin cortapisas, el profesor Bianca afirma: *“... el deber de la víctima de cooperar para limitar la responsabilidad del agente del daño, encuadra en el deber de corrección, que compromete la solidaridad que impone a la parte la de salvaguardar la utilidad de la otra (...). La imputación total o parcial del daño al dañado es la sanción por la violación de tal compromiso de solidaridad”*¹³².

A nuestro criterio, la importancia de la solidaridad en el derecho contemporáneo es relevante y creciente. Se trata de un valor ínsito en la lógica del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, y ha tenido una influencia considerable en la nueva comprensión gnoseológica de la responsabilidad civil –ver capítulo II de la parte A- que hace cargo de la realidad de la acción dañosa tanto al agente como al damnificado.

A nuestro criterio, la solidaridad es un valor y no un principio jurídico. Consecuentemente, y sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 2 del Código Civil y Comercial, no opera como fuente directa de deberes jurídicos, sino que su luz se proyecta mediatamente sobre el orden jurídico. La solidaridad ofrece una pauta valorativa para

¹³¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sent. T-550, 1994 (no hay otros datos disponibles).

¹³² BIANCA, Massimo, Diritto Civile, La responsabilità, Tomo V, Milano, Ed. Giufreé, 1994, pag. 174.

determinar en casos de pluralidad de vías interpretativas cuál es la que mejor se ajusta al plexo axiológico de nuestro ordenamiento jurídico. También puede funcionar como una referencia estimativa para precisar el alcance de los débitos conductuales, e incluso el alcance y la fuerza de los principios jurídicos, que recaen y rigen respectivamente en cabeza de los sujetos que integran la relación jurídica. Podría, asimismo, invocarse válidamente como regla de clausura del sistema en aquellos supuestos que ofrecen duda sobre la solución aplicable al caso o que, lisa y llanamente, presentan un vacío normativo que deba ser integrado. Con todo, la solidaridad, como valor, no es per se condición suficiente para instituir directamente deberes de conducta concretos. El contenido de los valores debe canalizarse a través de las fuentes directas de creación jurídica (normas, principios, costumbre, etc).

Con relación específica al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, puede alegarse adicionalmente que la entronización de la solidaridad como fundamento del instituto trae aparejada una inocultable cuota de arbitrariedad axiológica, puesto que éste no es el único valor que capta y proyecta la exigencia aludida. La justicia resarcitoria, la equidad, la eficiencia económica, la cooperación, también son valores que realiza esta figura. Por lo que centrarse en la solidaridad implicaría una reducción axiológica injustificada.

3.7. Hecho o culpa de la víctima.

Para la mayor parte de la doctrina nacional, el fundamento de la exigencia aplicable a la víctima de mitigar el daño evitable no es otro que su propia culpa como hecho interruptor del nexo de causalidad.

El Código de Vélez regula esta cuestión en el art. 1111 que opera como respaldo normativo de la postura aludida. Al respecto, existe una ardua discusión doctrinaria sobre si la disposición aludida se refiere a la culpa o al simple hecho de la víctima. Por vía traslativa, esta controversia deja en zona incierta al fundamento del deber de mitigar el daño evitable, que para algunos sería la culpa y para otros el hecho de la víctima¹³³.

¹³³ Entre quienes consideran que la eximente es el simple hecho de la víctima, encontramos: PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Tomo 1, op. cit.; ZABALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, t.4, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2003; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por

El Código Civil y Comercial pone fin a este debate en su art. 1729 que, sin ambigüedad, alude derechamente al “*hecho del damnificado*” como causal que excluye o limita la responsabilidad del agente. Y es todavía más categórico cuando refiere que esta regla sólo cede cuando “*la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo o de cualquier otra circunstancia especial*”. Con lo cual, queda claro que, de acuerdo al nuevo Código, la constitución natural de la eximente es el hecho, y no la culpa de la víctima, sin perjuicio de que una disposición legal o contractual pueda determinar lo contrario. Luego, el fundamento de la exigencia de mitigar el daño evitable, según la tesis expuesta, debería ser el hecho de la víctima.

Desde una perspectiva sistémica, podemos reconocer que el nexo de causalidad es un presupuesto de la responsabilidad civil, es decir un elemento que debe comprobarse como condición *sine qua non* para que surja el deber del responsable.

Como consecuencia lógica, estos autores aplican la teoría de la causalidad adecuada al problema de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. Así entienden que la causa del daño es el evento que, de acuerdo con el curso normal de las cosas y la experiencia de vida, conduce a producir un resultado dañoso. Una relación de adecuación debe entonces existir entre la causa y el daño. Cuando el daño tiene varios antecedentes, solo aquel hecho generador que aparece como adecuado para producir el daño es considerado causa.

En tal sentido, la culpa o hecho de la víctima se erige como una circunstancia que obsta esa conexión fáctica necesaria y jurídicamente adecuada entre el daño y la conducta antijurídica¹³⁴.

Cuando el juez valora los hechos, debe establecer cuáles son las consecuencias de los actos del responsable y cuáles son aquellas que derivan de la negligencia de la víctima. De esta forma, podrá determinar el daño que debe ser indemnizado por el responsable y excluir del monto de la indemnización los perjuicios que, si bien pueden estar ligados con el daño, tienen como causa el hecho o culpa de la víctima que se presenta como factor interruptivo del encadenamiento causal adecuado entre el daño y la conducta del dañador.

La idea rectora de esta concepción es que el comportamiento de la víctima que no

daños, 2da. ed., Santa Fé, Ed. Rubinzal, 1999, t IV.

Entre los exponentes que sostienen que la eximente consiste en la culpa de la víctima, están: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Novena Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1997; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Manuel de Obligaciones, Décima edición, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1993; ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pag. 327.

¹³⁴ Cf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Novena Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1997, pag. 322.

busca moderar el daño rompe el nexo de causalidad entre el hecho generador de responsabilidad y el perjuicio. Ergo, tales perjuicios quedan excluidos del daño resarcible.

Esta postura parte de la base de que la obligación de minimizar el daño encuentra su fuente en la responsabilidad de la propia víctima cuya función principal reside en guiar al juez en la evaluación de los daños e intereses. En tal sentido, se asimila la regla a las utilizadas por la jurisprudencia para la evaluación de los daños consistentes en el hecho de la víctima o de un tercero.

Aduce Mosset Iturraspe: “...habrá culpa concurrente cuando el perjuicio sufrido por la víctima reconoce como causa fuente, además de la conducta del victimario, su propio quehacer; pero también se da dicha concurrencia cuando la víctima omitiera realizar los actos encaminados a evitar o a disminuir el daño”¹³⁵.

En la misma línea, Gamarra asevera que el aumento del daño tiene aquí por autor a la propia víctima¹³⁶. Por consiguiente, el responsable (que no lo ha causado) no puede hacerse cargo de estas consecuencias.

Un ejemplo de sistemas que han absorbido este fundamento son el derecho de Quebec y los principios de derecho europeos de contratos. Estos últimos determinan que el juez debe deducir de la indemnización del acreedor los daños que él hubiera podido evitar, en la medida de que estas consecuencias no provengan directamente de la inejecución del deudor, pues en tal caso sería el acreedor quien deba soportarlas.

El derecho de Quebec propone como fundamento de esta obligación el principio según el cual el contratante incumplidor es deudor solamente de daños directos e inmediatos que su incumplimiento causó. Sin apelar a ninguna clase de principios, determina que el comportamiento de la víctima que no busca moderar su daño rompe el nexo de causalidad entre el hecho generador de responsabilidad y el perjuicio, lo que conlleva a excluir esos principios del daño indemnizable¹³⁷.

Los defensores de esta tesis plantean la relevancia jurídica de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima, no como la consecuencia derivada del

¹³⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, 2da. ed., Santa Fé, Ed. Rubinzal, 1999, t IV, pag. 170.

¹³⁶ GAMARRA, Jorge Luis, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXIII, Fcu, Montevideo, 1991, pag. 39.

¹³⁷ Principios de derecho europeo de los contratos, Cap. IX, Medidas concretas por incumplimiento, art. 9.505., La Haya, Kluwer Law International, 2000. “(1) La parte incumplidora no es responsable de las pérdidas que hubiese sufrido la parte perjudicada en la medida en que ésta última hubiera podido reducirla adoptando para ello las medidas razonables... (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que razonablemente haya incurrido al intentar reducir las pérdidas”.

incumplimiento de un deber especial o de un principio jurídico autónomo, sino como una contingencia propia de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil.

Este fundamento, según sus partidarios, le aseguraría a la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima mayor objetividad y seguridad jurídica, como así también la liberaría de una connotación moral o subjetiva que la torne de contenido inestable.

Sin perjuicio de que analizaremos esta cuestión fundamental en el título 7 de este capítulo, queremos adelantar nuestra opinión contraria a que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima se considere fundado en la noción de culpa de la víctima como causa interruptora del nexo causal.

Sucintamente, apuntaremos que la culpa o hecho de la víctima –como eximente de responsabilidad- se proyecta sobre el momento anterior o simultáneo a la producción del perjuicio. En tanto que el deber de mitigar el daño evitable se refiere al momento posterior a la ocurrencia del hecho dañoso.

La culpa o hecho de la víctima está referida a la producción del hecho dañoso. El deber de la víctima de mitigar el daño evitable se vincula a las consecuencias derivadas del hecho dañoso.

La culpa o hecho de la víctima supone una interrupción total o parcial del nexo de causalidad adecuado entre la conducta antijurídica y el daño resarcible. El deber de la víctima de mitigar se traduce normalmente en una potenciación del nexo causal que redundaría en un aumento de las consecuencias dañosas¹³⁸.

Finalmente las diferencias se tornan evidentes cuando confrontamos la concurrencia de culpas con el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En la primera, al menos una parte del perjuicio resarcible debe responder al aporte causal culposo de la víctima. Mientras que cuando hablamos del deber de la víctima de mitigar el daño, cabe perfectamente la posibilidad de que el perjuicio haya sido causado exclusivamente por el agente dañoso, dado que el juicio de reproche se proyecta en la conducta de la víctima posterior al daño.

¹³⁸ BENITEZ CAORCI, Juan J., La obligación de minimizar el daño, op.cit., pag 8.

3.8. Buena Fe.

Una corriente doctrinaria de gran predicamento en el derecho comparado, y de creciente adhesión en el derecho argentino a la que suscribimos, plantea que el fundamento de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima reposa en el principio de buena fe¹³⁹.

Como primera cuestión, es preciso aclarar que la buena fe es un principio jurídico¹⁴⁰.

Los principios jurídicos trasuntan una condensación de los grandes valores de derecho material, de la lógica formal y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten en una abstracta, vaga e indeterminada invocación de justicia o de la conciencia moral o de la discreción del juez, sino son más bien expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivizada en la lógica misma de las instituciones¹⁴¹.

¹³⁹ En el derecho comparado, podemos mencionar a reconocidos exponentes: FRANZONI, Massimo, *Il dannoal patrimonio*, Bs.As., Ed. Giuffré, 1996; RODRIGUEZ, Maximiliano, *Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho Internacional de los contratos*, Revista de Derecho Privado, Volumen 15, 2008; JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013. En el orden interno, ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996; TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MEZA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001.

¹⁴⁰ VIGO, Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Ed. Porrúa, 2005, pag. 98 y ss. En el mundo occidental, el sistema republicano moderno se edificó sobre la base jurídica del Estado Legal de Derecho y la base científica del positivismo. El poder se legitimaba en cuanto expresión racional de la ley.

En aquel contexto, el concepto de derecho que enarbolaba la ciencia jurídica era de estricto corte positivista. No había otro derecho que el creado por el legislador con la forma de normas legales. Este modelo decimonónico identificaba al derecho con la ley –o, más exactamente, con el Código-. Así, la tarea de los intérpretes se reducía a desentrañar el sentido de la ley bajo la lógica del silogismo deductivo, en donde la premisa mayor era la ley, la premisa menor el hecho, y la conclusión eran las consecuencias dispuestas en la misma ley. En fin, los intérpretes nada creaban jurídicamente y se limitaban a decir la ley para el caso.

Inicialmente, lejos de ampliar los poderes del juez, este fenómeno representó un límite objetivo. El principio clásico de legalidad –en su acepción original- exigía la adecuación de la conducta de los sujetos a la legalidad condicionante de dicho accionar para que fuese legítimo. Ergo, toda la actividad del Estado o de los particulares era prácticamente actividad reglada, en cuanto debía sujetarse a los textos legales que la limitaban.

Desde el siglo XX, con particular ímpetu desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, comienza a percibirse la presencia creciente de principios generales del derecho en la jurisprudencia.

¹⁴¹ Cf. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Ed. Thomson Civitas, 2006, pag. 482.

En cuanto a su ubicación sistémica, los principios jurídicos forman parte de la juridicidad material del ordenamiento de derecho y, con más exactitud, podría afirmarse que varios de ellos integran el bloque de constitucionalidad material. Asimismo, su vigencia y eficacia tiene fundamento metapositivo, en cuanto traducen exigencias racionales derivadas de la naturaleza humana social que obligan mas allá de su reconocimiento positivo¹⁴².

Respecto a su modo de aplicación, los principios ofrecen un campo para la discreción muy superior al de las normas, pues ellos no se aplican a todo o nada (all-or-nothing-fashion) en tanto no definen los supuestos ni tampoco las consecuencias de su aplicación, y se limitan a enunciar una razón que discurre en una cierta dirección. Esta indefinición de los principios conspira contra su uso directo en la lógica; y su contenido axiológico –explícito o implícito- exige el recurso directo de la filosofía.

Los magistrados, como principales intérpretes del derecho, detentan un margen de apreciación amplio a la hora de evaluar la juridicidad de la conducta. El juez no debe fundar su decisorio sobre la base exclusiva de la norma, sino que además debe integrar su resolución mediante el juego armónico de los principios jurídicos.

En cuanto a la forma de su imperatividad, los principios jurídicos presentan un tipo de mandato imperativo muy disímil al que contiene la norma jurídica, circunstancia que impacta profundamente a la hora de “*decir el derecho*”. Según Alexis, los principios son mandatos de optimización dado que ordenan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas del caso. Mientras que las normas son mandatos definitivos, en tanto requieren una conducta determinada o definida que se agota en el cumplimiento pleno de la misma¹⁴³.

En nuestro país, ni siquiera el positivismo legalista podría desconocer la validez de los principios jurídicos, pues éstos cuentan con sólido respaldo normativo en los arts. 1, 28, 33, 41 y 75 inc. 22 de la CN.

El anclaje constitucional debe revitalizar la comprensión jurídica de la legalidad civil. Pero cuidado; constitucionalizar no significa desnaturalizar, sino integrar las normas, principios y valores constitucionales en las institucionales civiles en aras de que éstas sean interpretadas, integradas y aplicadas en consonancia con la Carta Magna.

El ilustre profesor y civilista italiano, Perlingieri propone que el proceso de constitucionalización del derecho privado responda a esta lógica: “(...) *el futuro del*

¹⁴² Cf. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1988, pag. 78.

¹⁴³ Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de la interpretación jurídica*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pag. 215.

Derecho civil no esté en su constitucionalización pura e irreflexiva (cueste lo que cueste), lo que implicaría perder su anima y su corpus, sino en todo lo contrario: en su re-civilización, si el vocablo resulta pertinente, eso sí, de la mano del Derecho constitucional, que es cosa enteramente diferente. Él necesita, con prioridad, rescatar su verdadero papel en la sociedad, y ello lo logrará pareciéndose a sí mismo y no a otras disciplinas, de las que puede tomar en préstamo algunos elementos, sí, pero sólo para fortalecerse, para sintonizarse con las nuevas exigencias del tráfico y servir mejor a los intereses de todos”¹⁴⁴.

La incidencia especial de los principios jurídicos se robustece en el ámbito del Código Civil y Comercial que, a diferencia de su antecesor, ya no concibe a los principios jurídicos como una fuente supletoria de integración normativa (art. 16 del Código Civil), sino que los reconoce como una pauta directa de interpretación, integración y control axiológico de las normas legales (art. 2 del Código Civil y Comercial)¹⁴⁵. No debemos olvidar, en tal aspecto, que el Código Civil y Comercial ya no se presenta como mero cuerpo de normas, sino como un conjunto armónico de principios y normas jurídicas.

Sin ánimo de efectuar una enumeración exhaustiva de los principios jurídicos (lo cual sería científicamente imposible, atento a que los principios van “*descubriéndose*” en cada caso que se presenta), resulta instructivo clasificarlos en diferentes grupos de acuerdo a su naturaleza específica. Así, encontramos principios metafísicos, es decir que están fundados en la condición humana y, por ende, son válidos para todos los sistemas. Por ejemplo, la dignidad, los principios lógicos. Hay también principios sistemáticos, cuya validez no es universal, sino acotada al ordenamiento de derecho que adhiere a tales principios. Vgr. el principio republicano de gobierno. Y, finalmente, encontramos principios sectoriales, cuya operatividad está limitada a un sector o rama concreta del orden jurídico. Vgr. el principio *in dubio pro operario* en el derecho laboral¹⁴⁶.

Aclaradas estas cuestiones, estamos en condiciones de afirmar que la buena fe es un principio jurídico metafísico de validez universal, por cuanto su legitimidad está inscripta

¹⁴⁴ PERLINGIERI, Petro, *El derecho civil en la legalidad constitucional*, Roma, 2004, pag. 36. (no hay otros datos disponibles).

¹⁴⁵ Los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 se ocupaban de aclarar que las cláusulas relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, o otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales del derecho.

¹⁴⁶ Apuntes tomados en conferencia brindada por Rodolfo Vigo en el curso de Doctorado de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

en la estructura óptica del derecho, amén del reconocimiento positivo que encuentra en el orden jurídico argentino.

En el Código de Vélez, la buena fe recibe amparo en el art. 1198 del Código Civil. Si bien el texto legal la reconoce exclusivamente en el ámbito contractual, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria son contestes en extender su eficacia al ámbito extracontractual sobre la base de que se trata de un principio general del derecho aplicable a toda relación jurídica¹⁴⁷.

Si bien es cierto que la buena fe ha tenido un desarrollo doctrinario más profuso y minucioso en la esfera de los contratos, es preciso poner de resalto que, por tratarse de un principio general del derecho, la buena fe no está ceñida al ámbito contractual. Esto se ha debido a que, históricamente, acaso como un resabio del positivismo jurídico, las teorías generales se han venido consagrando en el Código Civil, debido a la prevalencia de esa rama frente a las restantes. Y también a la circunstancia de que otrora la CN, más que como una fuente de derecho o norma jurídica, era concebida como un programa político dirigido al legislador que tenía la responsabilidad de traducirla jurídicamente según criterios de oportunidad y conveniencia¹⁴⁸.

No puede negarse que la exigencia proyecta su alcance sobre el terreno de la responsabilidad aquiliana, toda vez que resulta manifiestamente contrario a la buena fe aprovechar un accidente -ya sea derivado del incumplimiento de un contrato, o de la inobservancia de un deber general de no dañar- para agravar la situación del causante del daño¹⁴⁹.

En la órbita aquiliana como sucede en la contractual el damnificado debe proceder de buena fe, es decir no provocar un agravamiento cualitativo y cuantitativo del daño; se trata de una derivación lógica del principio según el cual el responsable sólo debe resarcir el daño causado, no uno menor pero tampoco uno mayor¹⁵⁰.

Con similar criterio, Franzoni afirma que en la órbita aquiliana, como sucede en la contractual, el damnificado debe proceder de buena fe, es decir, no debe provocar un agravamiento cualitativo y cuantitativo del daño¹⁵¹.

¹⁴⁷ Cf. RODRIGUEZ, Maximiliano, op. cit., pag. 113 y ss.

¹⁴⁸ MOREA, Adrián, La doctrina del abuso del proceso en el Derecho Argentino. Publicado en INFOJUS. Id Infojus: DACF120195.

¹⁴⁹ Cf. DIEZ PICASO, Luis, Derecho de Daños, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pag. 322.

¹⁵⁰ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re "Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación", 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930.

¹⁵¹ Cf. FRANZONI, Massimo, Il danno al patrimonio, Bs.As., Ed. Giuffrè, 1996, p. 102.

El Código Civil y Comercial simplifica las cosas y no deja lugar a dudas ni controversias respecto al alcance general de la buena fe como principio aplicable a todas las relaciones jurídicas. El art. 9 postula expresamente a la buena fe como un principio general del derecho: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. El art. 729 reza de modo concordante que: “Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe”, fórmula con la que, implícitamente, se ratifica la vigencia de este principio como pauta de conducta de los sujetos de la relación jurídica contractual como extracontractual, por encuadrar ambas dentro del concepto más amplio de relación jurídica obligatoria. Los arts. 961, 991, 1061 se limitan a confirmar la incidencia general de la buena fe en el ámbito de los contratos. Y, finalmente, los arts. 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112 del Código Civil y Comercial contienen aplicaciones específicas del principio general de buena fe en diferentes áreas del derecho privado, de donde se sigue que la lógica subyacente de la nueva codificación apunta a confirmar y repotenciar la expansión de la buena fe como criterio rector de las relaciones civiles y comerciales en general.

La buena fe como fundamento de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima es la buena fe objetiva en su aspecto absolutorio¹⁵².

La buena fe objetiva se traduce en una actitud de lealtad recíproca. Actitud que no debe ser reducida al mero respeto pasivo de la esfera de los intereses ajenos, sino que también debe estar animada por un espíritu de colaboración activa entre las partes.

El carácter absolutorio de la buena fe, conteste con la exigencia de mitigar el daño evitable, está fundado en que el incumplimiento del principio aludido por parte de la víctima operaría aquí, no como una imposición o condena positiva hacia ésta, sino como

¹⁵² MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores S.A., 2001. El autor señala: “la buena objetiva recibe amparo cuando se la considera tanto en su aspecto compromisorio –reclamando del deudor el fiel cumplimiento de la obligación- como en la exigente absolutorio, cuando concurre en auxilio del deudor frente a un acreedor usurario, un acreedor que pretende desconocer el cambio de las circunstancias tenidas en vistas al contratar, a un acreedor que pretende ignorar el estado de necesidad que aflige a su deudor, a un acreedor, en fin, que intenta ejercer su derecho de defensa de manera abusiva, sea con intención de dañar, sea sin provecho alguno para sí, sea contrariando los fines que la ley tuvo en mira al reconocer su derecho subjetivo. En tanto que la buena fe subjetiva logra amparo cuando se protege a los adquirentes que obran sobre la base de la confianza que suscita un derecho aparente, cuando se protege a quien no puede advertir un error no reconocible, cuando para la formación del consentimiento y la interpretación del contrato se atiende a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que pertenecen guardados en la conciencia de los celebrantes. En su aspecto subjetivo, alude a un estado de conciencia que consiste en ignorar que se está perjudicando interés ajeno tutelado por el Derecho; es también la creencia en la apariencia de una relación cualificante que legitima la contraparte –es decir a aquel con quien se entra en relación contractual- a disponer del derecho de que se trata en el acto o negocio ajeno”.

una “*dispensa*” o “*absolución*” al deudor de la relación resarcitoria en pos de no tener que responder por un daño que prima facie le podría ser endilgado.

Este principio establece un criterio general de corrección que se manifiesta en la imposición de deberes de respeto y conservación del interés ajeno, cada vez que se establece un contacto social entre las esferas de intereses de dos miembros de la comunidad, siempre que se haga posible un perjuicio para otro¹⁵³.

En la estructura de la obligación, la buena fe sirve como dispensario de diversos deberes de conducta que acompañan o pueden acompañar al deber céntrico o primario, denominados deberes accesorios, secundarios o especiales, que derivan directamente de la buena fe¹⁵⁴.

Entre las manifestaciones dimanantes del principio de buena fe, existe el deber de omitir toda conducta que agrave el daño, y de asumir una conducta activa y diligente realizando lo necesario para evitarlo o aminorarlo. Y, desde ese lugar, la buena fe impone a la víctima el deber de mitigar el daño evitable.

La fundamentación se asienta sobre una lógica descendente. En su aspecto objetivo, la buena fe instituye el deber de colaborar con la contraparte en orden a la satisfacción de sus intereses dignos de tutela jurídica. De este deber se infiere directamente el imperativo de hacer, en la medida de lo razonable, menos gravosa la prestación debida por el deudor. Y, siendo la mitigación del daño evitable un medio para hacer menos gravosa la prestación del deudor (responsable del daño), llegamos a afirmar la existencia de un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, precisamente derivado de aquel principio.

Desde una perspectiva conductual, la buena fe, en cuanto respeto a la esfera de interés ajeno, impone un estándar determinado de diligencia a la víctima para disminuir el perjuicio sufrido, puesto que, de acuerdo a la visión solidarista de la responsabilidad civil, ésta no debe permanecer pasiva ante la manifestación de las consecuencias dañosas del ilícito¹⁵⁵. Habrá que evaluar, entonces, si la actitud de indiferencia, desconsideración y omisión que asuma eventualmente la víctima frente al daño tiene entidad o relevancia suficiente para quebrantar el principio mencionado.

En contra de la buena fe como fundamento de esta exigencia, Larroumet ha planteado que la mitigación del daño evitable por parte de la víctima entraña un deber de

¹⁵³ Cf. BETTI, Emilio, Teoría general de las obligaciones, Madrid, Ed. Derecho Privado, 1969, pag. 100.

¹⁵⁴ DIEZ PICAZO, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo II, 5^o edición, Madrid, Ed. Civitas 1996, pag. 344.

¹⁵⁵ Cf. VINEY, Geneviève Jourdain, Patrice, Traité de Droit Civil. Paris, Les effets de la responsabilité 2e, Paris, Ed. L.G.D.J, 2001.

colaboración que excede los alcances de este principio, por cuanto a la víctima no sólo se le exigiría un comportamiento correcto en sentido negativo –ej. actuar sin engaños ni abusos-, sino que también un obrar activo tendiente a evitar pérdidas que le serán imputadas a otro¹⁵⁶.

Consideramos que la objeción no es válida, por cuanto parte de una comprensión arcaica, reduccionista e ideologizada –con componentes de un liberalismo vernáculo propio del siglo XIX- del principio de buena fe. Hoy nadie pone en tela de juicio que los contratos e incluso las relaciones jurídicas en general deben atender al interés particular de los operadores jurídicos sin descuidar el bien común de la sociedad en la que tales vínculos se desarrollan¹⁵⁷.

En su actual significación, la buena fe conlleva a ampliar las obligaciones jurídicas –contractuales y extracontractuales- y lleva a complementarlas con obligaciones primarias y secundarias (mejor sería decir instrumentales), con existencia propia o accesorias, obligaciones que en cuanto a su contenido son predominantemente de conservación, de respeto al derecho ajeno y exigen, por ende, una conducta activa del obligado¹⁵⁸. Es que las obligaciones ya no se limitan a la prestación principal especialmente pactada, sino que se integran con deberes secundarios y accesorios que resultan intrínsecas a la naturaleza de la relación jurídica, a la intención de las partes, a los usos y costumbres (cf. arts. 1, 2, 9, 729, 961, 991 y cctes del Código Civil y Comercial)¹⁵⁹.

La crítica histórica también ha arremetido contra el principio de buena fe en cuanto basamento de la mitigación del daño evitable. Así se ha sostenido que el sistema del common law, que desconoce el principio de buena fe, lleva consagrada esta obligación desde hace más de dos siglos: “... es una paradoja resaltar que los sistemas de common law para los cuales la buena fe es casi desconocida hayan consagrado esta obligación, mientras que el derecho Francés –y aquel perteneciente al sistema Romano Germánico- en el que la buena fe es un principio con fuerte presencia, ignora muchas veces esta obligación o sea hostil a su adopción”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ LARROUMET, Chistian, Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français. Gazette du Palais, 16 de Octubre 2008, n ° 290, pag. 5.

¹⁵⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pag. 329. “El principio de autonomía de la voluntad con su correlativa fuerza vinculante, va siendo sustituido en el Derecho Contemporáneo por el de sujeción de la actividad humana a los imperativos de la interdependencia y solidaridad social (...)”.

¹⁵⁸ BETTI, E., op. cit., pag. 99.

¹⁵⁹ BUERES, Alberto, Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pag. 558.

¹⁶⁰ Op. cit. LARROUMET, Chistian, pag. 290.

Al respecto, cabe replicar que no es cierto que los sistemas jurídicos romanistas presenten un vacío absoluto respecto a la cuestión tratada. Si bien es cierto que la mayoría de las legislaciones de los países herederos del derecho romano continental ¹⁶¹ no reconocen expresamente el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, no podemos soslayar que la jurisprudencia de esos países –que también es fuente de derecho– en numerosos casos ha invocado y extraído consecuencias jurídicas de este deber y, lo más relevante, lo ha inferido como manifestación derivada del principio de buena fe ¹⁶².

Del mismo modo, es menester señalar que el hecho de que las legislaciones del common law no consagren abiertamente el principio de buena fe, no significa que las soluciones jurídicas aportadas no encuentren justificación jurídica-axiológica en tal principio. A modo enunciativo, cabe citar el caso *British Westinghouse Electric and Manufacturina Co. Ltd v. Underground Electric Railways Co. of London Ltd*, en el que los magistrados impusieron “*en el incumplido o perjudicado el deber de tomar todas las medidas razonables para mitigar el daño resultante del incumplimiento (...)*”¹⁶³. El Tribunal Inglés fundamentó la tésis del deber invocado en la necesidad de conservar y respetar la esfera del interés ajeno (el del dañador), lo cual hace a la esencia del principio de buena fe, por más que no se emplea esta denominación.

Por otra parte, en el derecho comercial trasnacional, podemos comprobar que el deber de mitigar el daño ha sido reconocido explícitamente en el art. 88 de la Ley Uniforme sobre Contratos de Compraventa Internacional de 1964 y en el art. 85 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías¹⁶⁴ y en los principios de la UNIDROIT¹⁶⁵. Cabe destacar que, entre los países que han adherido a estas convenciones se encuentran Italia, Francia, España, Suiza y otros países que han receptado la influencia del sistema legal romano. Con lo cual, desde el momento en que los Estados miembros han ratificado tales convenciones, mal puede alegarse que sus ordenamientos jurídicos son ajenos al deber de mitigar el daño evitable por parte de la

¹⁶¹ Diferimos el análisis legislativo al capítulo VI.

¹⁶² Ver en particular fallo del Tribunal Supremo Español, Sentencia del 15 de Noviembre de 1994. Y en general, los fallos reproducidos en el título 4 del capítulo I de la parte A.

¹⁶³ A.C. 673, 688-689. *British Westinghouse Electric and Manufacturina Co. Ltd v. Underground Electric Railways Co. of London Ltd*. En *Cheshire Fifoot and Furnston's Law of Contract* (11 ed), London, Ed. Butterworths, 1986, 598.

¹⁶⁴ Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercadería. Art. 85. *Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías que haya obtenido del comprador hasta el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.*

¹⁶⁵ Ver cit. 94.

víctima, pues a partir de allí los tratados internacionales ratificados pasan a formar parte de sus sistema jurídico respectivos, de acuerdo a la tesis monista prevaleciente en el derecho internacional público¹⁶⁶.

Por último, se ha esgrimido en contra de la pretensión de fundamentar el deber de la víctima de mitigar el daño evitable en el principio de buena fe que en materia extracontractual el contenido de tal principio se muestra indeterminado y carente de objetividad¹⁶⁷.

Es cierto que el contenido del principio de buena fe es a priori indeterminado y que tal indeterminación se agudiza en la esfera aquiliana, pero también es verdad que tal principio es a posteriori determinable. Esto significa que la buena fe, como cualquier principio general del derecho, debe ser “*especificado*” en el caso concreto. Los principios no se aplican en forma rígida y automática, sino que deben concretar “*lo justo concreto*” en la situación que es objeto de controversia. Es la realidad del caso la que le confiere significado y contenido pleno al principio de la buena fe.

El hecho de que el principio de buena fe haya tenido un desarrollo más minucioso en la órbita de los contratos no significa que en el plano aquiliano quede totalmente difuminado. Los ilícitos extracontractuales también son susceptibles de agruparse por categorías en función de la índole y el contexto en el que acontece el hecho generador (accidentes de tránsito, delitos comunes, daños ambientales por actividad industrial, etc.). Categorías a partir de las cuales es posible alcanzar ciertas especificaciones comunes al principio de buena fe. Aún así, estas especificaciones comunes nunca deben considerarse en forma abstracta e ideal, sino que deben desarrollarse desde la realidad del caso.

No olvidemos que los principios son mandatos de optimización que exigen la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Razón por la cual es a todas luces improcedente pretender deducir un contenido pétreo e invariable del principio de buena fe que, por sus propias exigencias lógicas, requiere una confrontación necesaria con el caso concreto.

Por todo lo expuesto, creemos que el principio de buena fe constituye el fundamento de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

4. Naturaleza.

¹⁶⁶ BARBOZA, Julio, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 1998, pag. 53. “*El derecho de gentes y los derechos internos forman un solo orden jurídico*”.

¹⁶⁷ Op. cit. LARROUMET, Chistian, pag. 290.

La naturaleza jurídica condensa, desde un prisma operativo, la esencia de una institución jurídica. En otras palabras, este es un aspecto que exige indagar en la caracterización jurídica que corresponde asignarle a una entidad jurídica determinada.

En clave iusfilosófica, nos dedicaremos a estudiar la causa formal de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Procuraremos comprender el aspecto constitutivo que define y especifica al instituto, que hace que sea lo que es y no otra cosa. Se trata de desentrañar, en definitiva, el modo de expresión de lo justo que asume esta figura jurídica.

Como ocurre con el fundamento del instituto, entendemos que no corresponde agotar el análisis de la causa formal en un estudio asistemático y metapositivo, por cuanto ésta se encuentra condicionada por las características del entorno positivo dentro del cual se inserta.

En otros términos, la configuración normativa que reciba una institución condiciona, al menos en sus aspectos accidentales o no sustanciales, su naturaleza jurídica. Y la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no es una excepción a la regla¹⁶⁸.

4.1. Deber moral.

En primer lugar, debemos señalar que existen posturas refractarias a considerar la mitigación del daño evitable por parte de la víctima como una exigencia jurídica.

Quienes participan de esta idea la conciben como un imperativo moral carente de toda trascendencia jurídica.

¹⁶⁸ Jaramillo, sin penetrar en el fondo sustancial del debate, se limita a describir la existencia de seis posiciones doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de la exigencia de mitigar el daño. En tal sentido, enumera: 1) los que consideran que se trata de una obligación, 2) los que afirman que es un deber, 3) los que conceptualizan la exigencia como carga jurídica, 4) los que utilizan la denominación obligación, pero reconociendo ex profeso que quizás no sea la terminología más adecuada, 5) los que emplean copulativamente la noción de obligación y de carga, 6) los que consideran que la discusión carece de interés práctico. Ver JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 179 y ss.

Según la concepción expuesta, esta exigencia ingresaría en el vasto ámbito de la moralidad. En efecto, no habría aquí ni un deber jurídico, ni una obligación jurídica, ni un principio jurídico, ni una carga legal¹⁶⁹.

Los partidarios de esta tesis plantean que la exigencia aludida concentra únicamente un deber moral determinado. Se trataría de un deber moral que nada tiene de jurídico en su contenido intrínseco. Por ende, no debería hablarse de acreedor, de deudor, de cumplimiento y de obligatoriedad.¹⁷⁰

Desde esta perspectiva, no habría pues un derecho de crédito ni una expectativa legítima del responsable del daño para que la víctima minimice las consecuencias del perjuicio. Por ende, no podrían extraerse consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de dicho deber moral, como por ejemplo la reducción de la extensión del resarcimiento¹⁷¹.

Esta idea empalmaba en la concepción ideológica de los Códigos Civiles del siglo XIX que rechazaban la existencia de un deber jurídico de mitigar el daño evitable¹⁷². La víctima sólo debía asumir una conducta pasiva o meramente negativa, consistente en no agravar el daño con el propio comportamiento. De hecho, el Código de Vélez no proclama abiertamente la vigencia de este deber jurídico.

Creemos que esta postura carece de asidero en nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque el Código Civil no contiene una mención expresa respecto a la exigencia de mitigar el daño por parte de la víctima, la vigencia del instituto se infiere jurídicamente del principio de buena fe (arts. 16 y 1198) que actúa como fuente de derecho material de tal exigencia y como criterio delimitante de su sentido, alcance y contenido. Amén de que el principio de buena fe tiene existencia meta-positiva, también presenta asidero normativo en nuestro orden normativo conforme lo hemos señalado al referirnos a la buena fe como causa fuente del deber de mitigar el daño evitable.

En el Código Civil y Comercial, el art. 1710 destierra toda posibilidad de considerar al instituto como un deber meramente moral. En efecto, el articulado aludido reconoce directamente la juridicidad del deber de prevención del daño y, como una manifestación específica de éste, el de *“adoptar, de buena fe y conforme a las*

¹⁶⁹ GIORGI, J., Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, Tomo I Madrid, Civitas, 1999, pag. 54 y ss.

¹⁷⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, op. cit., pag. 325 y ss.

¹⁷¹ BUERES, Alberto J. (dir.) – Highton, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, ts. 2-A y 2-B (1998), pag. 306.

¹⁷² Cf. BONFANTE, Scritii giuridici varii, III, publicado en Riv. Dir. Civile, Torino, Ed. Scuto, 1921 pag. 68.

circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable”(inc. b), y “el de no agravar el daño, si ya se produjo”(inc. c). A lo que también se adiciona la incidencia del principio de buena fe, revitalizado en numerosas disposiciones del nuevo Código (arts. 9, 729, 961, 991, 1061, y de manera particular en los arts. 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112), del cual emana el deber de mitigar el daño evitable como efecto jurídico derivado.

En segundo término, consideramos que la postura del deber moral resulta inadecuada, más que por su falsedad, por su insuficiencia. Estamos de acuerdo con que existe un deber moral de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En esencia, la moral es la ordenación racional del acto humano hacia el bien. Y la conducta de la víctima enderezada a la mitigación del daño evitable responde a esa exigencia fundamental. Su contenido moral es evidente¹⁷³.

Sin perjuicio de lo antedicho, tal como acontece con innumerables deberes morales, esta exigencia también tiene su correlato en el orden jurídico¹⁷⁴. En el supuesto de examen, el derecho positiviza directamente los contenidos de la norma moral, originando una auténtica convergencia normativa entre la regla moral y la regla jurídica. Es cierto que la norma jurídica opera como un recipiente formal y cristalino de esta regla moral, pero ello no autoriza a negar su fuerza normativa desde el momento en que responde a una exigencia de justicia y es formalmente receptada por el ordenamiento jurídico.

4.2. Obligación jurídica.

¹⁷³ PALMA, J., Manual de Moral Fundamental, Ed. Ábaco, Buroes Aires, 1998, pag. 123.

¹⁷⁴MOREA, Adrián, ¿Norma moral es igual a norma jurídica? publicado en La Ley on line, 24/04/13. En fin, las normas jurídicas y las normas morales representan dos entidades diferentes. Tienen sus ámbitos particulares de operaciones. Ambas reconocen su origen común en el campo más amplio de la ética. (...) Sin perjuicio de su relativa independencia, la Moral y el Derecho mantienen relaciones complejas de influencia recíproca. (...) El hombre de Derecho debe ser un observador incansable de la moralidad. La esencia del Derecho descansa en el valor moral de la justicia. La Moral humaniza al Derecho. Es imposible pensar en un Derecho que se encuentre al servicio del ser humano y sea indiferente a los principios fundamentales del orden moral. (...) En esta faena, el jurista deberá ejercitar la prudencia necesaria para alcanzar un delicado equilibrio entre el peligroso defecto de la separación radical y el exceso autoritario de la confusión total entre el Derecho y la Moral.

En la vereda opuesta, es posible reconocer una corriente de pensamiento que sostiene que la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima encuadra en la noción de “*obligación jurídica*”.

Según sus partidarios, esta exigencia se expresa en la obligación que tiene toda víctima de un daño resarcible de reducir las pérdidas de su contraparte.

Carbonier señala que la obligación aparece como un lazo de derecho que existe especialmente entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas debe hacer algo por la otra. El deber como tal está enraizado en el centro de la noción. A su vez, la obligación existe solamente en la medida de lo posible. El deber y lo posible son las dos caras de la obligación¹⁷⁵.

De modo que en toda obligación hay un deber, pero en todo deber no hay una obligación. Para que, en sentido técnico, exista una obligación, los sujetos deben estar ligados por un vínculo jurídico. Este elemento inmaterial de la obligación constituye el módulo que precisa cuantitativa y cualitativamente hasta donde llega la limitación de la libertad jurídica del deudor¹⁷⁶.

En cuanto a su fuente, una obligación es un lazo por el cual una persona es deudora de otra y tiene a su cargo en beneficio de esa otra persona una prestación, en virtud de un hecho idóneo para producirlo de conformidad con el ordenamiento jurídico (art. 499 del Código Civil; art. 726 del Código Civil y Comercial).

En este orden de ideas, la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima constituiría un vínculo jurídico entre dos personas que obliga a la parte insatisfecha de la relación -contractual o extracontractual- a hacer o realizar actos calificados como “*razonables*” para limitar la dimensión del daño que le ha sido causado¹⁷⁷.

La peculiaridad de esta obligación radica en que su incumplimiento provoca como efecto la pérdida de una ventaja que la víctima-acreedor hubiera podido normalmente aprovechar. En Alemania se conoce como “*obliegenheit*”, es decir una obligación que no es susceptible de ejecución forzada ni de indemnización en caso de inejecución, pero que debe ser respetada por el deudor de ésta si pretende conservar todos sus derechos.

En un intento por diferenciarla de la noción de carga o deber, Troncoso afirma que se trata de una obligación, en razón de que la necesidad de actuar no se consagra en beneficio propio, sino en beneficio de una persona determinada¹⁷⁸.

¹⁷⁵CARBONIER, Jean, Les obligations, Tome 4, 22 ° Edición reformada, París, Ed. Thémis, 1997.

¹⁷⁶PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Tomo 1, op. cit., pag. 154.

¹⁷⁷ARLAS, José A., Situaciones jurídicas procesales, en RUDP 1/98 (no hay otros datos disponibles).

¹⁷⁸TRONCOSO, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables..., op. cit., pag. 357.

Por nuestra parte, consideramos que la exigencia de mitigar el daño no se ajusta al concepto de obligación.

En primer lugar, cabe referir que no estamos frente a una deuda que se corresponde con un crédito correlativo, sino frente a un deber que vincula directamente a la víctima con el ordenamiento jurídico. En suma, la exigencia de mitigar el daño no presenta la estructura bipolar típica de una relación jurídica obligatoria entre un deudor y un acreedor, sino que se perfila como un deber impuesto directamente a la víctima del daño resarcible por el orden normativo, sin que ello obste a que el responsable del daño pueda invocar el incumplimiento de esta exigencia.

Por otro lado, a la hora de definir la naturaleza jurídica de un instituto no resulta determinante reconocer en beneficio de quien está instituida la figura en cuestión. Esta circunstancia no es decisiva, pues tanto los deberes como las obligaciones suelen perseguir fines particulares como fines públicos. Por ejemplo, la obligación de seguridad garantiza la indemnidad de los contratantes, pero a su vez coadyuva al afianzamiento de la seguridad pública. El deber de información facilita que el consumidor pueda realizar una elección más consciente del producto, pero también tiende a la formación de un mercado más transparente.

A mayor abundamiento, cabe referir que la exigencia de mitigar el daño no presenta en sí misma un contenido económico necesario, allende que su incumplimiento pueda originar consecuencias susceptibles de apreciación pecuniaria. De hecho, la actividad u omisión mitigadora podría estar exenta de cualquier costo con relevancia económica. Y, puesto que es requisito esencial de toda obligación que la prestación sea patrimonialmente valorable, la exigencia aludida en tales casos no podría ser subsumida bajo la noción de obligación.

La exigencia de mitigar el daño evitable no se relaciona tanto con el objeto de la obligación incumplida, sino más bien con la forma, modo y manera en que las partes deben actuar con respecto a dicha obligación. Ergo, resulta claro que su objeto se aproxima más al de un deber que al de una obligación.

El Código Civil y Comercial no deja asidero normativo alguno para la defensa de esta tesis. Por un lado, cabe reeditar lo previsto por el art. 1710 en cuanto conceptualiza a la exigencia de mitigar el daño evitable como un deber jurídico. Y, por otro, debemos apuntar que la definición normativa de la obligación resulta inadecuada para encuadrar a la figura dentro de esta noción (art. 724). Puntualmente, la obligación es definida como una categoría jurídica compuesta por una fase de deuda (“*schuld*”) y otra de responsabilidad (“*haftung*”). Es decir, la constitución esencial de la obligación presupone la existencia del

débito, y también la posibilidad de obtener forzosamente la satisfacción del interés del acreedor. Luego, siendo que la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no puede lograrse por la vía del cumplimiento forzado sino sólo indirectamente mediante la exclusión del daño evitable de la extensión del resarcimiento, el instituto no reúne las notas típicas de una obligación.

4.3. Carga jurídica.

Dentro de este difuso panorama doctrinario, hay quienes consideran que la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima es una carga.

Estos autores entienden que la obligación de mitigar el daño evitable no es ni una obligación ni un deber, sino una carga, un imperativo al propio interés, cuya realización no es debida por aquel que soporta la carga¹⁷⁹. Empero, la inobservancia de la conducta calificada como carga acarrea consecuencias disvaliosas para la víctima, consistentes en la pérdida de la posibilidad de adquirir derechos.

En este caso, el damnificado, que no adopte las medidas razonables para mitigar el daño o lisa y llanamente lo agrave, soportará la reducción de su derecho a ser resarcido por el daño sufrido.

El deber de mitigar el daño se traduciría, pues, en una “carga” o “deber libre”, en cuanto no coercible, pero de necesario cumplimiento, en el sentido de que su respeto es esencial para la realización del interés del sujeto en cuestión.

Desde el prisma de los efectos, sus partidarios insisten en que no se trata de una obligación cuyo incumplimiento pueda exigirse jurídicamente por el causante del daño, sino de una carga “*onere*” cuyo incumplimiento precluye la posibilidad de reclamar el resarcimiento de aquellas pérdidas que podrían haberse evitado o aminorado¹⁸⁰.

Zabala de González precisa: “*así como no existe un derecho a perjudicar injustamente, el damnificado soporta la carga, como imperativo del propio interés, de desplegar las diligencias ordinarias para evitar la continuidad o el agravamiento del perjuicio...*”¹⁸¹.

¹⁷⁹ Cf. RODRIGUEZ, M., op. cit., pag. 113 y ss.

¹⁸⁰ Cf. SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en “*Anuario de Derecho civil*”, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 960.

¹⁸¹ ZABALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, t.4, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2003 ps. 292/293.

Patiño también adhiere a esta posición: *“Si bien la víctima tiene derecho a que le sea reparado el daño sufrido, también tiene de forma correlativa, una carga especial fundada en la buena fe y es así como está obligada a tomar todas las medidas razonables con el fin de minimizar el perjuicio sufrido”*¹⁸².

Entendemos que la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no puede ser equiparada a la noción de carga, pues es innegable que quien no adopta las medidas que le son razonablemente exigibles para mitigar el daño evitable no sólo no satisface un imperativo a su propio interés, sino que, además, obra de mala fe, es decir actúa en contra de un principio jurídico y, por ende, su actuación resulta contraria a derecho.

Tal principio, amén de constituir un principio jurídico iusnatural –ver título 7 de este capítulo-, se encuentra consagrado a nivel normativo conforme lo hemos señalado en el título 3 de este capítulo.

Contra quienes aducen que esta exigencia es una carga por cuanto está instituida en interés del propio damnificado que, de no arbitrar las medidas conducentes a mitigar el daño, sufriría la preclusión de su derecho a ser resarcido, pensamos que la propia naturaleza del instituto desmiente tal afirmación. En efecto, la conducta de la víctima que viola esta exigencia compromete tanto el interés propio, como el interés de la contraparte y afecta indirectamente la esfera de intereses de la sociedad.

Cabe señalar que la nota distintiva de una carga no es que haya sido instituida en beneficio del propio sujeto, sino que la conducta que es objeto de la carga, sin ser obligatoria, actúe como presupuesto jurídico para preservar un derecho, adquirirlo o conservar la posibilidad de realizarlo. Esta nota no se verifica en el caso descrito, ya que la víctima no elige potestativamente, es decir sin estar vinculada por el derecho, si obra o no la conducta contemplada por el ordenamiento jurídico. La víctima tiene el deber de mitigar el daño como exigencia derivada del principio de buena fe que fundamenta el carácter exigible de dicha conducta.

Como lo expresamos en los puntos precedentes, y sin perjuicio de los restantes fundamentos expuestos en contra de esta posición, cabe señalar que el nuevo Código Civil y Comercial rechaza categóricamente esta tesis al calificar a la exigencia de mitigar el daño evitable como deber jurídico (art. 1710 inc. b y c).

¹⁸² PATIÑO, Héctor, Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado, publicado en Revista de Derecho Privado, n° 20, Enero- Julio de 2011, Bogotá, pag. 371-398.

4.4. Principio jurídico.

Hemos podido identificar otro bloque doctrinario que adscribe a la idea de que la mitigación del daño evitable condensa un principio jurídico.

En el derecho angloamericano, esta exigencia es concebida como un principio de delimitación cuantitativa de la indemnización, que determina la exclusión del resarcimiento de las pérdidas que pudieron haber sido evitadas con un esfuerzo razonable.

Parra Rodríguez hace referencia directa al principio general del acreedor de disminuir el daño sufrido, el cual tiene su origen en la denominada “*duty to mitigate del common law*”.¹⁸³

López Santa María lo define claramente: “*El principio fundamental entonces es la compensación por los perjuicios monetarios causados por el incumplimiento, pero este principio se complementa y califica por un segundo (principio) que impone en el incumplido o perjudicado el deber de tomar las medidas razonables para mitigar el daño resultante del incumplimiento*”¹⁸⁴.

En el derecho chino, la obligación de minimizar las pérdidas se ha transformado en un principio general de la responsabilidad civil¹⁸⁵.

Desde la concepción del derecho romano continental, reconocemos autores como Visintini que también han caracterizado a esta exigencia como un principio moderador del principio de reparación integral del daño causado. Técnicamente, la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima funcionaría como un principio que dispone la irreparabilidad de los daños que el acreedor pudo haber evitado o reducido.¹⁸⁶

Desde nuestro lugar, estimamos inadecuada la reducción de la exigencia de mitigar el daño a la categoría de principio indemnizatorio. Por un lado, notamos que si bien esta exigencia proyecta sus principales efectos sobre el derecho de la responsabilidad civil, también dispara consecuencias que exceden dicho ámbito. Por ejemplo tiene incidencias no

¹⁸³ PARRA RODRIGUEZ, Carmen, El nuevo derecho internacional de los contratos, Barcelona, Ed. Bosch, 2002, pag. 187 ss.

¹⁸⁴ LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y en el derecho comparado, Bogotá, Ed. Legis-Universidad de Rosario, 2007, pag. 353.

¹⁸⁵ Cf. LECLERQ, Hervé, Introduction au droit chinois des contract, Paris, Ed. GLN-Joly, 1994, pag. 115.

¹⁸⁶ Cf. VISINTINI, Giovanna, op. cit., pag. 265.

resarcitorias en el derecho de familia, en el derecho administrativo, en el derecho laboral, las cuales han sido materia de análisis en el capítulo I de la parte A.

Por otra parte, nos oponemos a desligar esta exigencia de su matriz fundamental cual es el principio de buena fe, de acuerdo a lo dispuesto en el orden jurídico argentino.

Lo que determina el alcance y el contenido de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima es el principio general de buena fe que impone deberes concretos de cooperación y solidaridad que tienen que acatar las partes, no sólo por sus propios intereses sino también por los de aquellos que se benefician o se perjudican con su actuar.

Consideramos que esta exigencia se manifiesta como un deber derivado del principio de buena fe, que se presenta como fuente de derecho material y a su vez como límite axiológico de tal exigencia. Por eso, concebir este fenómeno bajo la forma de principio jurídico autónomo equivale a ignorar y/o soslayar los alcances propios del principio de buena fe y a vaciar de sentido y justificación axiológica-jurídica a esta exigencia normativa.

Sin perjuicio de lo dicho, es preciso aclarar que el hecho de que la exigencia aludida se presente como un deber derivado del principio de buena fe no quita que, en su proyección normativa sobre el sistema de la responsabilidad civil, este deber pueda funcionar como un criterio general delimitante de la extensión del resarcimiento. Pero, atención, en estos casos no estaremos frente a un principio “*sui generis*”, sino más bien a una proyección jurídica del deber de mitigar el daño evitable sobre la determinación de la procedencia y el monto del resarcimiento.

Finalmente, cabe mencionar que el Código Civil y Comercial descarta toda posibilidad de afirmar esta tesis al definir al instituto como un deber jurídico (art. 1710 inc. b y c).

4.5. Deber jurídico.

Para un sector de la doctrina, en opinión que compartimos, la exigencia de la víctima de mitigar el daño evitable constituye “*un deber jurídico*” que deriva del principio de buena fe.

El deber jurídico expresa la necesidad de adecuar nuestra conducta al ordenamiento entendido como complejo de normas y principios de derecho, tanto de orden natural como positivo.

La noción de deber jurídico nos emplaza ante un tipo de situación que presenta como notas distintivas la idea de subordinación o sometimiento. Quien se encuentra alcanzado por el deber jurídico está compelido a observar un determinado comportamiento, positivo o negativo, impuesto por una norma o principio jurídico¹⁸⁷.

La ontología del deber jurídico es esencialmente dual.

Intrínsecamente, el fundamento del deber jurídico es el contenido de justicia de dicho deber que, en el caso de la mitigación del daño evitable, se encuentra condensado en el principio de buena fe.

Su fundamentación presenta el siguiente itinerario. En su aspecto objetivo, la buena fe instituye el deber de colaborar con la contraparte en orden a la satisfacción de sus intereses dignos de tutela jurídica. De este deber se infiere lógicamente el deber de hacer en forma razonable menos gravosa la prestación debida por el deudor. Y, siendo la mitigación del daño evitable un medio para hacer menos gravosa la prestación del deudor (responsable del daño), llegamos a afirmar la existencia de un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, precisamente derivado de aquel principio.

En el caso que nos ocupa, advertimos además que la mitigación del daño evitable por parte de la víctima atiende a una razón de justicia adicional, según la cual no resulta equitativo que quien no arbitró las medidas conducentes para mitigar un daño pudiendo razonablemente hacerlo, luego se beneficie con la indemnización impuesta al responsable con evidente perjuicio para éste¹⁸⁸.

Se trata, en suma, de un deber natural que la razón —específicamente, la *sindéresis*— capta y prescribe como deber, pues se corresponde con una exigencia ontológica-antropológica, es decir con una exigencia natural del ser hombre. El desarrollo integral del hombre y la sociedad reclaman la prevención y mitigación de los daños que afectan los bienes necesarios para alcanzar la realización del ser humano.

Extrínsecamente, el deber jurídico se justifica en cuanto está impuesto por la autoridad, a la que el derecho natural quiere que se obedezca, pues de otro modo sería imposible el buen orden social. Sobre el sustento normativo del instituto, nos hemos explayado en el título 3.7. de este capítulo.

¹⁸⁷ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo 1, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 57 Y ss.

¹⁸⁸ Cf. GARDELLA, Lorenzo, *Introducción al derecho*, Tomo I, Rosario, Ed. Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Argentina, 1998, pag. 161.

Trigo Represas lo afirma categóricamente: “*es un deber del damnificado por el incumplimiento de la obligación o por el acto ilícito, contribuir con su conducta a que se limite, en cuanto sea posible, la magnitud del daño*”¹⁸⁹.

Dentro de ese estatus, la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima constituye un deber jurídico de tipo general. En efecto, este deber no se dirige a una determinada categoría de sujetos, sino que su fuerza imperativa recae sobre toda la comunidad. Esto significa cualquier sujeto que sufra un daño resarcible tiene el deber de mitigar o atenuar sus consecuencias, sin que corresponda exigir ninguna otra condición especial.

Desde una concepción compleja de la relación jurídica obligatoria, podemos afirmar que la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima configura un deber secundario o accesorio que, a diferencia de lo que ocurre con la mayor parte de los deberes que integran el contenido de la relación obligacional, pesa en cabeza del acreedor¹⁹⁰.

En tal sentido, conviene resaltar que el deudor no es el único que tiene deberes. En rigor, el acreedor también tiene deberes que la norma le impone para humanizar, facilitar y favorecer el cumplimiento de la conducta debida por el deudor, a fin de que ésta tenga lugar de la manera más fácil posible, con la menor carga traumática y evitando cualquier agravamiento irrazonable de la obligación¹⁹¹.

Sobre esta inteligencia, Betti puntualiza que, dentro de los deberes derivados del principio de buena fe, existen diferentes categorías según su mayor o menor aproximación respecto a las obligaciones principales a las que se refieren. Así encontramos deberes de custodia y diligencia que son auxiliares e inmediatamente integran la prestación principal (por ejemplo, el deber de custodia del art. 1177. Y en la posición más distante respecto a la prestación principal de prestación, están los deberes generales de conservación de la otra parte, que están dirigidas a prevenir y alejar daños de la esfera de intereses de la contraparte. Por el solo hecho de existir una relación jurídica –contractual o extracontractual-, una parte entra en contacto con la esfera jurídica de la otra y tiene la posibilidad de perjudicarla¹⁹².

¹⁸⁹ CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, Tomo I, 3ra edición actualizada., La Plata, Ed. Editorial Platense, 1987, pag. 32.

¹⁹⁰ CRESPO, Mariano Medina, La valoración civil del daño corporal, Bases para un tratado, Tomo III, Volumen I, Las reglas generales del sistema, Ed. Dykinson, 1999, Madrid, pag. 246 y ss.

¹⁹¹ Cf. BUERES, Alberto J., Objeto del negocio jurídico, 2° ed., , Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1998, pag. 56 y ss.

¹⁹² Cf. BETTI, E., op. cit., 1969, pag. 111.

Es propio de este deber flexibilizar el contenido de la relación jurídica resarcitoria, ya sea evitando lesionar el derecho de los acreedores a ver satisfechos sus créditos, ya sea evitando que los intereses de los deudores causantes del daño no resulten sacrificados mas allá de lo razonable.

En el ámbito contractual, es menester no confundir los deberes secundarios de conducta con las obligaciones accesorias. Los primeros, a diferencia de las segundas, no apuntan tanto al ensanchamiento del contenido de la prestación -objeto de la obligación-, sino más bien a la forma, modo o cualidad de mejor cooperación o facilitación para que la misma se realice conforme a las exigencias derivadas del principio de buena fe¹⁹³.

Desde esta perspectiva, queda claro que la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima encaja en el concepto de deber secundario de conducta, pues se relaciona con la forma o manera en que la víctima debe comportarse frente a un daño evitable y no guarda relación con la extensión material de la obligación.

Adicionalmente esta figura puede ser caracterizada como un deber conductual de medios, toda vez que su satisfacción se conforma con la colaboración razonable de la víctima en la mitigación del daño evitable. En términos más precisos, la víctima tiene el deber de adoptar los medios tendientes a mitigar el daño evitable en la medida de lo razonable, pero no el deber de asegurar la mitigación efectiva del daño evitable como resultado debido.

En contrapartida, el victimario tiene lisa y llanamente el deber de no dañar, deber que lo obliga a emplear toda la diligencia que requiere el caso concreto aunque ello le resulte especialmente gravoso. Es más, ya sea que estemos ante un factor de atribución objetivo o subjetivo, existe a cargo del victimario un deber de obrar con cuidado y previsión. Prueba cabal del carácter amplio del deber de diligencia del victimario es que cuando opta deliberadamente por incumplir atento a la onerosidad de las medidas de evitación del daño, el sistema no sólo lo condena a reparar la extensión total del daño indemnizable, sino que además puede ser pasible de la aplicación de una pena privada.

La objeción que se planteó en torno a la posibilidad de que esta exigencia sea considerada un deber fue que no estaba instituida en beneficio de la comunidad¹⁹⁴.

Al respecto, contestamos que lo que hace que un deber jurídico general sea tal, amén de su fundamentación intrínseca y extrínseca, no es su finalidad pública sino su fuerza jurídica general y la relación directa que impone entre el sujeto y el ordenamiento

¹⁹³ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 3° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2004, 173.

¹⁹⁴ Cf. BENITEZ CAORCI, Juan J., *La obligación de minimizar el daño*, publicado en RC, S2009 (VI), pag 11.

jurídico. Estas condiciones se verifican en la exigencia de mitigar el daño, pues su proyección recae indistintamente sobre cualquier víctima de un daño resarcible, y su imperatividad no está condicionada a un acuerdo contractual sino que procede directa e inmediatamente del ordenamiento jurídico.

Aún así, no puede negarse que el deber de mitigar el daño evitable persigue también un bien público, por cuanto no sólo está orientado a tutelar el interés del responsable y a evitar actitudes desleales por parte de la víctima, sino que además apunta a prevenir la proliferación de los daños materiales en pro del interés general.

En otro orden, Rodríguez discrepa contra esta postura con el argumento de que la exigencia de mitigar el daño no es coercible. Luego no podría ser considerada deber u obligación¹⁹⁵.

Entendemos que tal objeción entraña una confusión entre exigibilidad –efecto esencial de todo deber- y ejecutabilidad –efecto contingente-. El hecho de que la mitigación del daño evitable no pueda reclamarse coactivamente no perjudica el carácter exigible y, por ende, jurídico de este deber. La ejecutabilidad es un efecto importante, más no único ni ineludible dentro del universo de la juridicidad. En el caso del deber de mitigar el daño evitable, la exigibilidad está inscripta en la estructura misma de la regla jurídica y, aunque no es ejecutable, se manifiesta en la reducción de la extensión del daño resarcible en caso de incumplimiento.

5. Función.

En los apartados anteriores, nos hemos ocupado de estudiar el fundamento y la naturaleza de este deber. Es hora de volcar nuestra atención sobre la función que el ordenamiento jurídico le asigna al instituto en cuestión. La pregunta fundamental indaga en la finalidad objetiva que persigue el orden de derecho argentino al regular la mitigación del daño evitable como deber jurídico.

En sintonía con la escuela del realismo jurídico clásico, podemos afirmar que nos adentraremos en el estudio de la causa fin del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

¹⁹⁵ Cf. RODRIGUEZ, Maximiliano, op. cit., pag. 113 y ss.

Dado que la causa final del derecho es el bien común temporal, la causa final del deber aludido exige necesariamente una especificación concreta de ese bien¹⁹⁶. En rigor, estudiaremos aquí de qué modo o a través de qué función, el instituto que nos ocupa sirve al perfeccionamiento del ser humano y la sociedad.

A pesar de que la mayoría de nuestros tratadistas no se han pronunciado explícitamente sobre el problema referido¹⁹⁷, podemos reconocer diversas concepciones acerca de la función que corresponde asignar al deber de mitigar el daño por parte de la víctima.

Es dable prevenir al lector de que la problemática de la función de este deber jurídico está inexorablemente condicionada a una problemática previa, cual es la función de la responsabilidad civil. La Dra. Kemelmajer de Carlucci lo expresa con claridad meridiana: *“el estudio de la o las funciones sirve como eje imprescindible para interpretar las reglas que se ocupan de la responsabilidad, acomodando su sentido al cumplimiento de los propósitos perseguidos por la institución, y como guía para integrar la disciplina cuando encuentra lagunas”*¹⁹⁸.

A continuación, analizaremos las diferentes posiciones que hemos podido reconocer a nivel doctrinario y jurisprudencial sobre la función asignada a este deber jurídico.

5.1. Función represiva.

El primer grupo a identificar es el de aquellos que acentúan la función represiva del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima¹⁹⁹.

Los defensores de esta tesis plantean que este deber tiene por meta sancionar a la víctima por su conducta reprochable en la eliminación o disminución de las consecuencias dañosas derivadas del hecho del responsable.

¹⁹⁶ JACKES MARITAIN, La persona y el bien común, Buenos Aires, Ed. Club de lectores, 1981, pag. 56 y 40

¹⁹⁷ Cabe exceptuar a López Mesa y Trigo Represas que le han asignado expresamente a este deber una función preventiva ex post. Ver TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MEZA, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, Tomo I, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001, pag. 131 y 132.

¹⁹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *“Funciones y fines de la responsabilidad civil”*, en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, t. III, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

¹⁹⁹ GAMARRA, Jorge Luis, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXIII, Ed. Fcu, Montevideo, 1991, pag. 52.

Gamarra enfatiza en la función punitiva del instituto. Aduce, en tal sentido, que lo que el legislador procura al instituir el deber de la víctima de mitigar el daño evitable es la represión de la conducta culposa de ésta frente al daño que pudiendo ser razonablemente evitado, no se evitó²⁰⁰.

Entendemos que el fin del instituto no puede centrarse en la sanción a la víctima cuyo obrar negligente derivó en un aumento de las consecuencias del daño. Amén de que la víctima ya ha tenido el castigo de padecer el daño, nos parece que la razón principal estriba en que la pérdida del derecho a ser indemnizado se modula, no en función de la gravedad de la culpa –basta pues que ésta se ajuste al estándar legal-, sino de la mayor extensión de las consecuencias dañosas en relación causal adecuada con la conducta antijurídica de la víctima.

Así vemos que frente a culpas de distinta gravedad con igual agravamiento objetivo del perjuicio, la reducción del monto del resarcimiento será igual en todos los casos. Y ante culpas de gravedad equivalente, pero con desigual agravamiento consecuencial del daño, la reducción del monto del resarcimiento será diferente en cada uno de los casos. Ergo, siendo que el objeto de la punición mira principalmente al carácter culposo o doloso de una conducta y no –al menos, directamente- a la mayor o menor extensión cuantitativa del daño, resulta inapropiado asignar un fin represivo al instituto analizado.

Finalmente, entendemos que la idea de punición no integra el derecho de daños como regla general²⁰¹. El área natural de incumbencia de la punición es el derecho penal y el derecho administrativo disciplinario. Si bien es cierto que las últimas tendencias en el sistema de responsabilidad civil han sido dúctiles a la incorporación de institutos con un marcado sesgo sancionatorio –vgr. multas civiles, daños punitivos, etc.-, éstas tienen carácter excepcional y, en última instancia, están orientadas al desmantelamiento pleno de los efectos del ilícito del daño. Por lo que, a falta de mención expresa por parte del ordenamiento jurídico de razones especiales que impongan la necesidad imperiosa de reprimir una conducta determinada, no cabe presumir el carácter punitivo de una figura perteneciente al sistema de responsabilidad civil, so pena de afectar principios de seguridad

²⁰⁰ DIEZ PICAZO, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo II, 5º edición, Madrid, Civitas 1996, p. 206. La finalidad de la reacción del ordenamiento jurídico, de los intereses comprometidos y de las sanciones consiguientes que provoca uno y otro supuesto son distintas. El delito, como hecho ilícito civil, plasma, en esencia, un conflicto de intereses predominantemente particulares, de derecho privado, y la sanción resarcitoria luce orientada a la recomposición del equilibrio preexistente alterado por aquel. El delito penal genera un conflicto de interés público, alcanzado por normas de derecho público, orientadas a retribuir punitivamente al delincuente en función de la gravedad de la falta cometida

²⁰¹ PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado, Tomo 4, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 206.

jurídica que consagra la CN (art. 18 de nuestra Carta Magna). El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no es ajeno a esta regla.

5.2. Función indemnizatoria negativa.

Reconocemos otra corriente que le atribuye al instituto una función indemnizatoria negativa²⁰².

Se trataría de un criterio correctivo de carácter cuantitativo que le pondría coto al principio de reparación integral del daño. Es que el deber de reparar no se extiende ilimitadamente a todo el daño materialmente ocasionado, sino que únicamente se debe responder dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico por aquellos daños que son consecuencia adecuada del acto o de la inejecución. La exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima impone, en tal sentido, la reducción del resarcimiento de daños y perjuicios en igual proporción al monto de la pérdida que pudo ser evitada.

Medina Crespo propugna que la función central del instituto es operar como un factor de corrección disminuyente de las indemnizaciones. La concurrencia de la propia víctima en la agravación del accidente no hace sino consagrar los efectos moderadores que se anudan al incumplimiento por parte del perjudicado del deber secundario que le incumbe de evitar el daño o mitigar sus consecuencias perjudiciales²⁰³.

Por nuestra parte, no negamos que el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima desencadena inexorablemente una reducción total o parcial de la extensión del resarcimiento que le es debido a ésta. Es más, creemos que tal disminución es una de las consecuencias jurídicas principales que se desprenden de la figura referida.

No obstante, no debemos confundir la función de un instituto jurídico con sus efectos correspondientes.²⁰⁴

²⁰² WITZ, Claude, L' obligation de minimiser son prope dommage Dans les conventions internationale: L' exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale, p. 50 en Faut-il moraliser le droit francais de la réparation du dommage? Paris, Petites affiches, 20 novembre 2002, pag. 232.

²⁰³ CRESPO, Mariano Medina, La valoración civil del daño corporal, Bases para un tratado, Tomo III, Volumen I, Las reglas generales del sistema, Ed. Dykinson, 1999, Madrid, pag. 278 y ss.

²⁰⁴ ACIARRI, Hugo, Funciones del derecho de daños y de prevención, publicado en LA LEY, 04/02/2003. En otro sentido, es posible y frecuente, hablar de función para hacer referencia a un

La función hace referencia al destino objetivo a la que una figura jurídica está dirigida dentro del sistema normativo. Es el fin típico que una institución asume dentro del ordenamiento jurídico, desde el cual se desprenden todas las virtualidades inherentes a aquella. En cambio, los efectos de una institución sintetizan las consecuencias jurídicas derivadas de ésta. Pretender reducir la función de este deber a la disminución de la indemnización sería recortar groseramente la importancia global del instituto dentro del ordenamiento jurídico. Sería desconocer la vasta proyección de la figura como elemento de contrapeso dentro del sistema de la responsabilidad civil, su influencia psicológica sobre la conducta de los justiciables, su incidencia en las políticas de prevención de riesgos.

Insistimos, la función del deber de la víctima de mitigar el daño evitable trasciende el mero efecto de reducir la extensión del resarcimiento. Primero, porque, como ya dijimos, la función no se identifica con el efecto. Segundo porque la función no se resuelve en un aspecto particular del instituto, sino en la relación dinámica entre el instituto y el ordenamiento jurídico al cual éste pertenece. Es el papel que cumple un instituto dentro de un sistema lo que permite reconocer su función.

Por último, cabe añadir que el Código Civil y Comercial ha venido a profundizar la crisis de esta concepción. En rigor, la regulación del deber de mitigar el daño evitable (art. 1710) dentro de la Sección II del Capítulo Primero del Título V del Código Civil que refiere a la función preventiva y punición excesiva de la responsabilidad civil, y fuera de la Sección III relativa a la función resarcitoria, opera en franco descrédito de la tesis expuesta.

5.3. Función económica.

No faltan quienes asignan a este deber una función estrictamente económica. Quienes se enrolan en esta teoría sostienen que la función del deber de la víctima de

propósito o finalidad. Las referencias teleológicas son moneda corriente cuando se trata de conformar, analizar y describir las instituciones jurídicas. Hay ejemplos muy explícitos de este tipo de invocaciones: el abuso del derecho, en el ordenamiento jurídico argentino, por caso, incluye dentro de sus requisitos de operatividad "*...los fines que aquélla (la ley) tuvo en mira al reconocerlos...*". La idea de "*finalidad protectora de la norma*", frecuente en la doctrina y jurisprudencia alemana del siglo XX, es otro ejemplo de este tipo de ideas.

mitigar el daño evitable es el ahorro de recursos. Es decir, lo que se busca es reducir el costo primario de la reparación debida²⁰⁵.

Este postulado económico marcaría la funcionalidad del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En el plano individual, la función representa un beneficio evidente para las partes: reducción del daño real para la víctima, atenuación de la obligación de indemnizar para el responsable, disminución de riesgos para terceros.

En el plano colectivo, la función tendería a preservar los activos y disminuir los pasivos de la economía nacional²⁰⁶.

La evitación del daño no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico²⁰⁷.

Aceptamos que una de las consecuencias más ventajosas del instituto reside en su utilidad económica por cuanto repercute en un ahorro de recursos. Los resultados de la encuesta G3 y G5 avalan el sustento fáctico de lo afirmado.

Empero, nos volvemos a enfrentar a la misma cuestión. Lo que especifica la función de un instituto jurídico no son sus efectos –sean éstos fácticos o jurídicos–, sino el papel objetivo que el mismo despliega dentro del ordenamiento jurídico. El hecho de que en la definición de la funcionalidad de este deber de la víctima se tengan en cuenta consideraciones de tipo económico, sociológico y/o político responde a que el Derecho, como disciplina humana, no puede abstraerse de su causa material, de la realidad social que constituye su objeto.²⁰⁸

Empero, la función típica de este deber no es económica, social ni política, sino jurídica. Que dicha función tenga una repercusión benéfica en el plano económico no desvirtúa su esencial juridicidad. No podemos pretender que el derecho sea indiferente a la realidad socioeconómica, lo cual implicaría aceptar la idea de un derecho irrealista y

²⁰⁵ REIFEGERSTE, Stépan, Por une obligation de minimiser le dommage, Paris, Puam, 2002, pag. 109.

²⁰⁶ BENITEZ CAORCI, Juan J., op. cit., pag 11.

²⁰⁷ ZABALA DE GONZALEZ, Matilde, Función preventiva de daños, publicado en LA LEY 03/10/2011, pag. 8.

²⁰⁸ OLLERO, Andrés, Interpretación del derecho y positivismo legalista, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1982, pag. 45. Es propio del modelo dogmático la pretensión de asimilar el saber jurídico con el saber matemático, desligándolo del campo del obrar humano, sin compromiso ético y axiológico, sin trasfondo económico y social (Kelsen): “[Esta concepción] alentó un saber jurídico que se asimilara a los saberes meramente cognoscitivo, que suministrara saberes de certeza absoluta o sin excepciones. En cambio, el saber jurídico integral margina las pretensiones juridicistas que intentan explicar el derecho desde el puro derecho, evitando contaminaciones políticas, éticas, etc. Este saber se aboca sin complejos, a la orientación de conductas humana, confrontándose a los polémicos problemas axiológicos, resignándose a la obtención de certezas probables, y disponiéndose para las controversias argumentativas”.

deshumanizado, es decir de un no-derecho²⁰⁹. Ahora bien, la deferencia del Derecho hacia esa realidad no desquicia su ontología, sino que le atribuye pleno significado.²¹⁰

5.4. Función axiológica.

Hemos reconocido otra postura que hace hincapié en la función axiológica del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Los defensores de esta tesis plantean que el instituto debe erigirse como un medio para la realización directa de valores jurídicos y, por ende, desatienden cualquier otra motivación de tipo social, económico, técnico que pueda animar al instituto.²¹¹

Propugnan que la función de este deber es “*solidarizar*” el derecho de daños, promoviendo el compromiso de la víctima en la mitigación de los daños que en principio otro debería indemnizar. La figura debe “*educar*” para transitar de un derecho rígido a uno solidarista, incentivando a la víctima a esforzarse para moderar o evitar que el daño continúe.

Esta postura considera que el instituto debe servir para llevar adelante un pasaje axiológico, desde un individualismo exacerbado cuyo axioma era “*dejar hacer*” con tal que el daño se pague, hacia exigencias de solidaridad que imponen la reparación de daños injustos aunque deriven de comportamientos lícitos.²¹²

²⁰⁹ VIGO, Rodolfo, De la ley al derecho, op. cit., pag. 48. En esta línea, sostiene el autor: “*Pero además de una racionalidad más modesta, se requiere de una cultura jurídica que recepte los recursos crecientes que le ofrecen las ciencias y técnicas no jurídicas a los fines de alcanzar el mejor conocimiento de los hechos*”. El riesgo de renunciar a esos saberes es tornar al juez absolutamente impotente frente a los peritos, los que fácil y forzosamente terminan sustituyéndolo, dada su incapacidad para pedir aclaraciones, leer y valorar sus informes. Un Poder Judicial [Y un Derecho] de espaldas a la siquiatria, la genética, la ingeniería de accidentes, la matemática financiera, etc., pierde independencia y es presa sencilla de errores y engaños. No se trata de sustituir a los peritos, sino de estar en condiciones de saber adónde y en qué medida podemos ir a buscarlos y tener idoneidad suficiente como para apreciar la seriedad y confiabilidad elemental de sus conclusiones. Esa apertura de la cultura jurídica a lo no jurídico, importará también la riqueza de un saber más realista, integral y en mejores condiciones de servir al hombre y a la sociedad; consecuentemente mantener aquella pureza kelseniana implica el riesgo de caricaturas o recortes de la realidad desaconsejables desde el punto de vista gnoseológico.

²¹⁰ CALVO GONZALEZ, J., El discurso de los hechos, Madrid, Ed. Tecnos, 1998, ps. 3 y ss.

²¹¹ JEROMÉ ORTSCHIEDT, La reparation du damage Dans l'arbitrage commercial International, Titre 2 L'Obligation de minimiser le dommage, Paris, Ed. Dalloz, 1999, pag. 116.

²¹² ZABALA DE GONZALEZ, M., Función..., pag. 14.

Saidov lo califica como un deber de cooperación o solidaridad para consigo mismo y para con su contraparte.²¹³

Estamos completamente de acuerdo con que la solidaridad es un valor ínsito en la lógica del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, que su realización es afín a la nueva comprensión gnoseológica de la responsabilidad civil tal como expresamos en el capítulo II de la parte A en cuanto compromete la realidad de la acción dañosa tanto al agente como al damnificado. Y que, incluso, el nuevo Código Civil y Comercial le confiere un mayor protagonismo a los valores jurídicos como fuente de derecho.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la solidaridad no puede ser postulada como función típica de este deber.

En primer lugar, porque no es el único valor que capta y proyecta el instituto. En efecto, la justicia resarcitoria, la equidad, la eficiencia económica, la cooperación, también son valores que integran el plexo axiológico de la exigencia aludida. Por lo que centrarse en la solidaridad implicaría una reducción axiológica injustificada.

Segundo, porque no podemos confundir función y valor. Si bien la función está inspirada y enderezada a la instauración de valores, su entidad central se revela, no en un valor puro, sino en la relación medio-fin que se plantea entre el instituto y el ordenamiento jurídico globalmente considerado.

5.5. Función preventiva.

Otro sector emplaza a la figura de referencia como un modo de tutela preventivo del daño causado a otro.

La función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias²¹⁴. Tanto desde el punto de vista de la víctima, como del responsable, como de la sociedad en general, la prevención del daño siempre es preferible

²¹³ SAIDOV, D, Methods Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the international Sale of Goods en Internet, [en línea] December 2001.[consulta: 12 de Agosto de 2013 www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html]

²¹⁴ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 65 y ss. Con una cuota de lirismo, expresa el autor: *“Evitación y reparación forman parte de un mismo corpus. Uno y otro son su otra cara: la de la moneda que se integra por dos lados. Hablar de reparación a secas es quedarse privativamente con el sol, arrancándole la noche al día y, de paso, eclipsando la luna y opacando su luminosidad, pues el único que brilla no es aquél...”*.

a su reparación²¹⁵.

Alterini plantea un recorrido evolutivo en cuyo inicio las soluciones fueron ex post. Se indemnizó a la viuda, a la conviviente, al ciego, al postrado. Pero no se puso el acento en evitar la muerte, la ceguera o la amputación. Esta tendencia ha empezado a revertirse gradualmente. En los tiempos que vienen, vaticina el autor, prevalecerán las soluciones ex ante, de evitación del daño, mediante los criterios de prevención y de precaución²¹⁶.

Como peor que cuidar es reparar, "*siempre es mejor que un daño no ocurra a que un daño se indemnice bien*"²¹⁷.

En tal dirección, Zabala de González señala: "... *el Derecho de daños no versa únicamente sobre los perjuicios y sus consecuencias jurídicas, sino que se ha expandido como un Derecho sobre los derechos que no deben ser dañados: es un derecho a la preservación y no únicamente un Derecho de la reparación*". Y sabido es que preservar, ab initio, es más aconsejable y consecuente que la misma reparación, la que no puede desviar la verdadera atención del Derecho, que no debe conformarse con una solución ex post, existiendo opciones ex ante, pródigas en equilibrio y justicia²¹⁸.

El Código de Vélez se ocupa de la problemática vinculada a la prevención del daño, aunque de manera inorgánica (art. 43 de la CN.NC.; art. 11 inc.3°, Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 1071 y 1071 bis del Código Civil, art. 1710 y ctes. del Código Civil y Comercial, art. 79 de la ley 11.723, arts. 39 y 40 de la ley 21.541; arts. 1 y 3 de la ley 23.589, art. 55 y ss. de la ley 24.240)²¹⁹.

En efecto, el viejo Código Civil no contiene ninguna disposición que se refiera a las funciones de la responsabilidad. Podría decirse que adopta la concepción antigua de la responsabilidad civil sólo pensada para indemnizar. Si bien es cierto que contempla una serie de disposiciones que regulan acciones cuyo efecto inmediato es la cesación del daño (arts. 2499, el 2618, el 1071 y el 1071 bis), no hay un principio general de prevención claramente reconocido.

²¹⁵ AGUIAR, Henoch, Hechos y actos jurídicos, t. IV, Tipográfica Argentina, p. 172 citado ALTERINI, Atilio Aníbal, Foresight de la responsabilidad civil, RCyS, 2010-II, tapa. Con visión admonitoria, el autor puso de relieve la injusticia de permanecer sin reacción cuando se afronta una fuente que ha generado y seguirá produciendo daños; mantener semejante solución, con "*subsistencia del hecho capaz de dañar*", significaría "*crear el derecho de perjudicar si al lado se impone la obligación de resarcir*".

²¹⁶ ALTERINI, Atilio Aníbal, Foresight de la responsabilidad civil, RCyS, 2010-II, tapa.

²¹⁷ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones. Publicado en Revista de Derecho de daños, 2008-2, Prevención del daño, pag. 193 y ss.

²¹⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004.

²¹⁹ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado, Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 588 y ss.

El Proyecto de 1998 resolvía la cuestión con buen criterio en su art. 1585, donde consagraba una norma general con aplicaciones específicas: “*PREVENCION DEL DAÑO. Toda persona tiene el deber en cuanto depende de ella: a) De evitar causar un daño no justificado, b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o impedir su magnitud (...) c) De no agravar el daño si ya se ha producido*”.

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2011, la Comisión N° 3 sobre “*Derecho de Daños: Principios de prevención y precaución*” concluyó: “*el deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento*”²²⁰.

El nuevo Código Civil y Comercial le confirió un marco regulatorio sistémico a la problemática de la prevención del daño, al reconocerla como una función autónoma de la responsabilidad (art. 1708). La inclusión explícita y en pie de igualdad de la función preventiva a la par de la tradicional y no discutida función sancionatoria de la responsabilidad civil es un progreso de la nueva regulación²²¹.

Con mayor especificidad, podemos señalar que el art. 1710 del Código Civil y Comercial precisa el marco jurídico de la prevención del daño: “*SECCION 2°. Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva. Art. 1710.- Deber de prevención del daño: Toda persona tiene el deber de, en cuanto de ella dependa: a) Evitar causar un daño no justificado; b) de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste les reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) No agravar el daño si ya se produjo*”²²².

Y, dentro del ámbito de la prevención, incorpora expresamente el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, a tenor de lo dispuesto por el art. 1710 del Código Civil y Comercial inc. b y c. A pesar de que la nueva codificación no profundiza en aspectos fundamentales del instituto (presupuestos de aplicación de la figura, contenido del

²²⁰(XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 3: “*Derecho de Daños: Principios de prevención y precaución*”, San Miguel de Tucumán, 2011).

²²¹ Cf. MEDINA, GRACIELA; RIVERA, JULIO, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, pag. 989.

²²² La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. (Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, Capítulo 1. Responsabilidad civil, 1.Sistema y Funciones. pag. 215).

débito conductual, efectos del incumplimiento, etc.), no puede soslayarse la atribución directa de la función preventiva a la exigencia aludida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es obligatoria para los Estados Parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos²²³, ha resuelto: “*El Estado tiene responsabilidad internacional por incumplir [el] deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana*”²²⁴. Aclara la Corte que esta función preventiva se extiende tanto al Estado como a los particulares, como así también a otro tipo de derechos distintos de la vida y la integridad personal.

En esta inteligencia, Llamas Pombo proclama: “*(...) ya no es admisible el viejo mito del monopolio preventivo del Estado y el Derecho administrativo. El derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un «derecho a perjudicar [...]»*”²²⁵.

Dentro de esta corriente, reconocemos una posición doctrinaria que plantea que la prevención es general, por cuanto el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima tiene por objetivo disuadir a los potenciales damnificados de un hecho ilícito de que adopten comportamientos negligentes o incuriosos frente a los efectos dañosos que derivan de aquel, so pena de perder su derecho a ser indemnizados por las consecuencias que habrían podido razonablemente evitar.²²⁶

²²³ C.I.D.H., in re “*Almonacid Arellano y otros c. Gobierno de Chile*”, (26/11/06), “*La Cantuta c. Perú*” (29/11/06), “*Boyce y otros c. Barbados*”, (20/11/06), “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*” (24/11/2006).

El Código Civil y Comercial refuerza la vinculatoriedad de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al postular en los arts. 1 y 2 a los Tratados de Derechos Humanos como fuente de interpretación e integración legal. Lo cual, sin duda, aumenta las proyecciones normativas de las decisiones de la Corte Interamericana en cuanto intérprete final de dichos instrumentos.

²²⁴ CIDH, in re “*Ximenes Lopes c. Brasil*”, (04/07/06)

²²⁵ POMBO, Eugenio Llamas, “*Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*”, Madrid, La Ley, 2010, pág. 40.

²²⁶ KRAUT, Alfredo J., *Función preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva*. Publicado en JA, 1989-III-906. En este supuesto, la prevención se realiza por medio de disuasión y juega allí un rol preponderante la acción psicológica de intimidación que ejerce la consecuencia jurídica prevista en la norma. Un adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas en la ley. Por eso, resulta indispensable que este deber no sea disociado de la diligencia adoptada para prevenir el daño.

El jurista norteamericano Richard Posner enseña que este principio se ha construido sobre la constatación del peligro que implicaría indemnizar daños que la prudencia de la parte perjudicada pudo haber evitado. En tal sentido, señala que la finalidad del instituto queda centrada, en definitiva, en la necesidad general de aventar los comportamientos oportunistas que puedan acrecentar injustamente la reparación adeudada²²⁷.

Dicho de otro modo, la prevención general abarca aquellos casos en los que es el propio sujeto involucrado en una actividad, quien decide voluntariamente no realizar dicha actividad o bien llevarla a cabo previo invertir en medidas preventivas, para evitar el daño. Precisamente, dicha decisión sería el resultado de los efectos de las normas de la responsabilidad civil: éstas implicarían —ex ante del daño— una amenaza de afrontar los costos de una indemnización para los individuos que emprenden actividades potencialmente dañosas, y así generarían incentivos adecuados para invertir en prevención.

En el caso de la mitigación del daño evitable, el efecto disuasorio de la norma radicaría en la previsión general que dispone la pérdida total o parcial del derecho a ser indemnizado por aquellas consecuencias dañosas que pudieron ser razonablemente evitadas por parte de la víctima.

Si bien el Código Civil y Comercial habla de la "*prevención del daño*" sin precisar su contenido ni alcance, puede concluirse que admite expresamente la dimensión de la "*prevención general*" —en el sentido explicado anteriormente—. Es que, en este supuesto, la imposición legal de una pérdida pecuniaria a un sujeto persigue un objetivo disuasivo, implica que dicha norma generará una amenaza en sus destinatarios (un incremento en sus costos esperados) que los motivará, ex ante del daño a tomar medidas de prevención en sus

²²⁷ POSNER, Richard A., *Economic análisis of law 5th Edition*, New York, Ed. Aspen, 1998, pag. 131. La explicación de cómo opera la prevención general surge claramente en el contexto del modelo básico de análisis económico de la responsabilidad por daños. Este modelo asume que los potenciales dañadores afrontarán una indemnización equivalente a la totalidad de los daños que causen, y que el monto de las indemnizaciones serán equivalentes a los daños causados. Por otra parte, se asume que los individuos son racionales, y toman decisiones buscando maximizar sus beneficios (o, lo que es lo mismo, minimizar sus costos). El costo esperado de los daños será determinado por el monto (valor) del daño multiplicado por la probabilidad de que ocurra.

Luego, en un sistema con normas de responsabilidad civil se espera que existan incentivos para invertir en prevención superiores a los que puedan existir en un sistema sin responsabilidad civil, en cuanto éstas pueden generar la expectativa en los potenciales dañadores de afrontar un costo (el costo de las indemnizaciones). En la medida en que el costo esperado de causar un daño (que será determinado por el monto de la indemnización que afrontaría por la probabilidad que sea efectivamente condenado) sea mayor que el costo de las medidas de prevención que puede adoptar, decidirá invertir en prevención voluntariamente y reducir sus costos esperados. En otros términos, el sistema de responsabilidad civil, a través de su faz resarcitoria, cumpliría también y de modo indirecto una función sensible de prevención. A esto se refiere Calabresi con la noción de prevención general.

conductas futuras²²⁸.

Creemos loable atribuir una finalidad preventiva general al instituto, dada la importancia de los bienes jurídicos en juego y su utilidad como instrumento alentador de conductas diligentes en la mitigación de daños evitables. Afirmación que se consolida a la luz del principio de prevención, según el cual toda persona tiene el deber de adoptar, en cuanto de ella dependa, las medidas necesarias para evitar un daño no justificado o disminuir su magnitud y gravedad (art. 41 de la CN.NC.).

Muy pertinente resulta la observación de De Cupis, para quien *“la prevención del daño puede incluso quedar a cargo de la persona que teme ser víctima del mismo, pudiendo adoptar frente al posible causante medidas idóneas para prevenirlo, impidiendo su realización”*²²⁹.

Consideramos que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima está estructural y funcionalmente ordenado a la prevención general de los daños, atento a que todos sus elementos constitutivos como el dinamismo propio de la figura convergen en la finalidad de evitar la prolongación del daño. Tanto la regla jurídica (exigibilidad de la mitigación), el ámbito temporal de vigencia (la regla rige en la medida de que las consecuencias dañosas conserven fuerza expansiva), el efecto principal por inobservancia de la misma (pérdida total o parcial del derecho a ser indemnizado) actúan individual y globalmente como un incentivo inmediato para que la víctima mitigue las consecuencias del daño evitable, y mediato para que la víctima adopte una actitud preventiva frente a los daños que pueda sufrir o ya sufridos.

Desde la perspectiva de su causa fuente, esta conclusión encuentra una justificación sólida. En efecto, el principio de buena fe –fundamento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima- se materializa en un obrar cuidadoso y previsor, tal como se desprende del art. 1198 del Código Civil como de la ontología del principio aludido. El Código Civil y Comercial repotencia la regla de la buena fe a nivel general en los arts. 9, 729, 961, 991, 1061, y de manera particular en los arts. 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112 del mismo cuerpo.

La previsión es la adopción de medidas para evitar o aminorar el mal o la adversidad, en tanto que la prevención es conceptuada como sinónimo de la previsión²³⁰. Luego, es dable inferir que la prevención está inscripta en la naturaleza misma del

²²⁸PREVOT, J. M., La Función de la Responsabilidad Civil y los Daños Punitivos, Publicado en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011-2, p. 77.

²²⁹DE CUPIS, Adriano, El daño, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pag. 573.

²³⁰OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales, 1era edición electrónica, Guatemala, Ed. Dastacan, 2004. Voz: “previsión”, “prevención”.

principio de buena fe. Y el deber de mitigar el daño como manifestación jurídica derivada de este principio está genéticamente enderezado a la prevención.

A mayor abundamiento, contra quienes afirman que este deber no tendría función preventiva por operar una vez que el daño ya se ha producido, cabe replicar que la prevención tiene una doble faceta en cuanto a su dimensión temporal con relación al daño. A saber: la prevención “*ex ante*” que se expresa en el deber de evitar el daño cuando éste aún no ha sido causado. Y la prevención “*ex post*” que actúa una vez que el daño se ha producido y que justamente apunta a lograr su mitigación y a evitar su agravamiento, como a impedir la expansión de las consecuencias dañosas.

Trigo Represas y López Meza distinguen claramente estos dos momentos de la prevención: “*La función preventiva de la responsabilidad civil involucra dos diversas facetas que cargan sobre las espaldas de dañadores y dañados dos diferentes deberes jurídicos que no deben descuidarse: la evitación del daño y la reducción de sus consecuencias. Toda persona, sea sujeto activo o pasivo del daño, carga sobre sí con estos dos deberes jurídicos*”²³¹.

Finalmente, es preciso considerar el instituto de la mitigación del daño evitable en interrelación dinámica con las normas, principios y valores que integran el ordenamiento jurídico. En tal sentido, advertimos que el deber de mitigar el daño evitable se posiciona como un resorte eficaz dentro de una política general de prevención de daños. Esta exigencia, junto a otros institutos afines –acción preventiva, tutela inhibitoria, medidas innovativas, prohibición de innovar, carga de salvamento, etc.- complementan la denominada tutela preventiva del derecho de daños²³².

5.6. Teorías eclécticas.

²³¹TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MEZA, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, Tomo I, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001, pag. 131 y 132. “[...] *las dos vertientes de la funcionalidad preventiva de la responsabilidad civil confluyen en cuanto a las consecuencias de su desobediencia: quien no hace lo que está a su alcance para evitar el daño o reducir sus consecuencias, carga con la responsabilidad por los perjuicios que se hallen en relación causal adecuada con su conducta. La responsabilidad civil tiene una función preventiva básica o fundamental que se cumple al establecer claramente elevadas exigencias de diligencia y previsión. Quien tiene sobre sí una carga de previsión de cierta importancia, está obligado a agudizar la imaginación para evitar posibles y futuros daños, de modo de no ser responsabilizados por ellos*”.

²³²El Código Civil y Comercial atribuye expresamente una función preventiva al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Están quienes piensan que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima encarna diversas funciones.

Alpa, al explayarse sobre las diferentes funciones de la responsabilidad civil, reconoce que en puntuales hipótesis –entre las que incluye al deber de mitigar el daño evitable-, el sistema propicia un efecto des-incentivador: “... *es decir, en aquellos casos en los cuales el deber de resarcimiento incide en tal medida en el patrimonio del deudor que induce a éste a no realizar el acto dañoso o a desarrollar actividades que conlleven un margen de riesgo más reducido*”²³³.

En similar sentido, los profesores Trigo Represas y López Meza, no obstante entender que “[...] *el derecho actual propende a la evitación y disminución del daño*”, consideran que “[...] *ésta es una función complementaria de la responsabilidad civil, dado que en principio la responsabilidad civil no está llamada esencialmente a cumplir una función preventiva ni punitiva, pudiendo cumplir ambos papeles, pero de manera complementaria o secundaria de su finalidad reparadora*”²³⁴.

De Ángel Yágües asevera: “*Si se desgaja del fenómeno de los daños, la idea de responsabilidad en su acepción clásica no hay ningún inconveniente, en mi entender, en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras*”²³⁵.

Si bien estamos de acuerdo con que el moderno derecho de daños realiza diferentes funciones, no creemos que a todos y cada uno de los institutos jurídicos que reglamentan esta rama le sean necesariamente atribuibles todas estas funciones. De hecho, observamos que hay figuras que son claramente ajenas a alguna función en particular. Por ejemplo, las astreintes no responden a la función resarcitoria del derecho de daños, aún cuando la percepción efectiva de las mismas pueda indirectamente contribuir a resarcir un daño determinado.

En el caso del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, consideramos que la función del instituto está orientada a la prevención del daño. No se nos escapa que la delimitación del daño resarcible importa un efecto fundamental de este deber que afecta la entidad y extensión de la obligación indemnizatoria. Empero, ello no obsta a que la función típica del instituto continúe siendo la prevención del daño.

²³³ ALPA, Guido, Nuevo tratado de la responsabilidad civil, Lima, Ed. Jurista Editores, 1999, 206.

²³⁴ TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MEZA, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, Tomo I, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001, pag. 135.

²³⁵ YAGÜEZ, Ricardo de Ángel, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Madrid, Ed. Civitas, 1995, pag. 231.

6. Validez.

El objeto de este punto está encaminado a brindar una justificación de la juridicidad del deber de mitigar el daño desde la perspectiva de diversas escuelas iusfilosóficas.

Es importante aclarar que hemos volcado nuestra atención en las corrientes de pensamiento que toman partido en los problemas iusfilosóficos contemporáneos y/o presentan un grado respetable de adhesión en ordenamientos jurídicos vigentes. Excepcionalmente, hemos rescatado posiciones que, aunque perimidas en la práctica o excluidas de la discusión actual, devienen útiles para resaltar algunos aspectos de importancia.

Sin perjuicio de la diversidad teórica que marcará el curso del análisis, hemos privilegiado aquellas posiciones decididamente instaladas en la discusión iuspositivismo vs no positivismo. Este criterio de selección abarca un amplio abanico de posturas que generan un contraste rico en tensiones y matices desde el cual es posible establecer un marco de reflexión adecuado para discurrir sobre la vigencia del instituto. Y, por sobre todo, representa las dos grandes posiciones que se hacen cargo del problema central del concepto de derecho, cual es la relación entre derecho y moral²³⁶.

La justificación multifocal que procuramos no es un pretexto para sostener un pluralismo teórico en el que todas las propuestas son reducidas a un plano de igualdad indiferenciada, a meros puntos de vistas insusceptibles de valoración crítica. Lejos de esa intención, la exposición perspectivista es tan sólo, para nosotros, un recurso metodológico al que apelamos en orden a comprender la peculiar consistencia, rigor, claridad, coherencia, realismo y utilidad de las posturas señaladas para fundamentar la validez del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Cabe destacar, asimismo, que esta método analítico servirá para enriquecer el debate sobre el problema de la juridicidad del mentado deber, no ya desde el punto de vista de su causa fuente –como hicimos en el título 3 de este capítulo-, sino desde la óptica de su

²³⁶ MASSINI CORREAS, Carlos I., Los derechos humanos, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1994, pag. 209: “*Si iusnaturalista o no positivista es toda doctrina que afirma que hay “algo” jurídico que vale como tal sin haber sido puesto originariamente por ninguna fuente o autoridad humana, y entendemos por no iuspositivista a la que sostiene que “todo” el derecho es puesto originariamente por alguna fuente social o autoridad humana, resulta entonces (...) que aquellas teorías son conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes de todas las posiciones posibles de la relación entre el derecho puesto y el derecho “no puesto” o juridicidad indisponible*”.

validez como entidad integrante del ordenamiento jurídico globalmente considerado. Se trata de demostrar cómo la fuerza vinculante del deber de la víctima de mitigar el daño evitable, en cuanto instituto jurídico, puede ser defendida y justificada desde diversas perspectivas iusfilosóficas.

En orden a tal fin, optamos por definir con carácter previo el fundamento, la naturaleza y la función de la figura para que, a la hora de desarrollar este punto, pudiéramos contar con un objeto de estudio claramente definido y explicado en sus aspectos esenciales y no con una premisa arbitrariamente elegida o, lo que es igual de grave, con un objeto materialmente indefinido o vacío de contenido.

A continuación, pasaremos a explicar sucintamente las bases fundamentales de las distintas corrientes iusfilosóficas en lo atinente a nuestro objeto y a cómo, desde su respectiva matriz conceptual, es posible fundamentar la validez del deber de la víctima de mitigar el daño evitable.

6.1. Positivismos conductista de Ross.

La postura de Ross también ha sido identificada bajo la denominación de realismo escandinavo. En rigor de verdad, es discutible la existencia de una escuela de realismo escandinavo, por cuanto los pensadores agrupados en ella presentan marcadas disimilitudes en sus construcciones teóricas, tales como Hangerstrong, Lundstedt, Henius, Olivecrona y otros autores²³⁷.

Para Ross, el único mundo existente es el de la realidad empírica, al que el derecho pertenece completamente, de modo que el derecho y su validez son y deben ser estudiados en términos de efectividad social²³⁸.

Dentro de este realismo empirista, el iusfilósofo danés se enrola en la vertiente normativista, por cuanto le concede una importancia fundamental a la norma, más no como dimensión autónoma sino como parte fundamental del mundo real. Con especial agudeza,

²³⁷ BULYNGIN, Eugenio, Alff Ross y el realismo escandinavo, en Anuario de Filosofía jurídica y social, t. 1, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1981, pag. 70 y ss.

²³⁸ Cf. PATTARO, Enrico, Elementos para una teoría del derecho, Madrid, Debate, 1985, pag. 251, citado por VIGO, Rodolfo Luis, Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, 2da edición, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006, pag. 14.

Liborio Hierro ha señalado que el realismo empirista prescinde de la nota de validez jurídica como fuerza obligatoria marginada de los hechos²³⁹.

Herederero de la filosofía empirista de Hume²⁴⁰, Ross adhiere plenamente al principio de verificación, según el cual la verdad o falsedad de una proposición depende de su comprobación en la experiencia sensible. Rechaza cualquier pretensión cognoscitiva de algo jurídico que trasciende el mundo de los hechos. En consecuencia, descalifica científicamente a los enunciados metafísicos como carentes de sentido, contradictorios, artificios que no merecen mejor destino que la hoguera por no contener otra cosa que “*sofismas y engaños*”²⁴¹.

En el plano epistemológico, Ross parte de la base de que el derecho es un hecho social cuya existencia y descripción puede formularse en términos puramente fácticos, sensibles y empíricos, sin necesidad de recurrir a principios a priori, morales, racionales, políticos e ideológicos. El esfuerzo rossiano está dirigido, en suma, a la edificación de una ciencia del derecho que enuncie en forma objetiva, sobre la base de hechos observables y según el método de verificación empírica, cuál es el derecho de un determinado país.

Sobre la existencia y validez del derecho, Ross afirma que una definición explicativa de lo jurídico debe estar precisada en relación al uso que recibe el término. En tal sentido, reconoce dos notas típicas y constitutivas de la noción: 1) los destinatarios de las normas son los jueces y 2) el objeto de ellas es el ejercicio de la fuerza. En palabra de Ross: “*(...) un orden jurídico nacional es el conjunto para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado*”²⁴².

El derecho vigente es, entonces, la norma jurídica en cuanto funciona como esquema de interpretación de una correspondiente serie de acciones sociales, y puede servir como esquema de interpretación si los destinatarios realizan las acciones a que refieren las normas y las observan porque las sienten como socialmente obligatorias. Los destinatarios de las normas son los jueces y el derecho en acción consiste en la aplicación que efectúan de las mismas los tribunales.

En otros términos, la vigencia de una norma depende de que los jueces como los demás destinatarios ajusten sus conductas a las normas y las experimenten como

²³⁹ HIERRO, Liborio L., El realismo jurídico escandinavo – Una teoría empirista del derecho, Valencia, Ed. Fernando Torres Editor, 1981, pag. 198.

²⁴⁰ Cf. HUME, David, Investigación sobre el conocimiento humano, Madrid, Ed. Altaya, 1995, pag. 86.

²⁴¹ Cf. VIGO, Rodolfo Luis, Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, 2da edición, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006, pag. 24.

²⁴² ROSS, Alf, El concepto de validez y otros ensayos, Buenos Aires, Ed. Centro Editor de América Latina, 1969, pag. 11.

socialmente obligatorias. Se conjugan dos elementos: uno de la realidad social que es la conducta de los jueces ejerciendo la fuerza que es objeto de las normas, y otro elemento psicológico que es que los jueces perciban como socialmente obligatoria a esas normas.

En concordancia, asevera el profesor danés que *“para hallar los hechos que condicionan la vigencia de las normas debemos atender exclusivamente a la aplicación judicial del derecho, y no al derecho en acción entre individuos particulares”*²⁴³.

Respecto a las fuentes del derecho, es significativo apuntar que Ross propone una teoría general de los distintos tipos de fuentes del derecho. El criterio de esta tipología tiene en cuenta el grado de objetivación de las fuentes, es decir el grado en que ellas presentan al juez una regla formulada lista para su aplicación. Conforme a tal criterio, se distinguen tres tipos de fuentes: 1) el tipo de fuente totalmente objetivada, que no es otra que la ley en sentido amplio; 2) el tipo de fuente parcialmente objetiva, que son el precedente y la costumbre; 3) el tipo de fuente no objetiva o libre, que puede ser la tradición de la cultura o la razón²⁴⁴.

Si aplicamos estos postulados al problema de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima, nos encontraremos con que la validez del deber referido puede ser fundamentada con solvencia desde esta perspectiva iusfilosófica.

En concreto, remitimos a los fallos expuestos en la parte sociológica, más no a todos sino a aquellos que sancionan la conducta agravatoria del daño por parte de la víctima o la conducta omisiva de ésta en cuanto no adopta las medidas morigeradoras que le son razonablemente exigibles en el caso concreto. Y, especialmente, a los fallos que motivan dicha reacción jurídica no en el instituto de la culpa de la víctima, sino en el deber de mitigar el daño evitable como instituto autónomo²⁴⁵. Según esta línea de pensamiento, el precedente como tal es fuente de derecho y además funciona como prueba contundente de la efectividad del deber de mitigar el daño evitable, condición que determina que el instituto sea derecho vigente.

Podemos destacar, asimismo, como elemento corroborante de la aplicación judicial del deber de la víctima de mitigar el daño el gráfico G7. En este índice, se puede verificar, a través de la técnica de encuesta con el alcance de la representatividad indicada, que existe una tendencia por parte de los jueces a valorar la conducta de la víctima en la mitigación

²⁴³ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1963, pag. 11.

²⁴⁴ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., pag. 249.

²⁴⁵ Ver, a modo ilustrativo: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re *“Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación”*, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, *López, Miguel A. c. Gabrielli, María C.*, sala I, 15/06/2006; CSJN, in re *“Albano c/ Transporte de Buenos Aires s/ liquidación”*, 23/05/68. E.D. 23-17.

del daño evitable como pauta a tener en cuenta a la hora de determinar la extensión del resarcimiento. Tendencia que, con intensidades diferenciadas, es reconocida en el 98% de los sujetos encuestados. Tal constatación confirma que esta práctica judicial tiene notas de generalidad y coercibilidad de las cuales es posible deducir, conforme al criterio positivista-empirista, la existencia de un deber de mitigar el daño evitable.

A mayor abundamiento, el deber de la víctima de mitigar el daño evitable puede inferirse como contenido normativo implícito del art. 1198 del Código Civil que impone el deber de actuar con cuidado y previsión. En la medida de que tal artículo es invocado por el tribunal como fundamento de la decisión judicial se transforma en una fuente de derecho privilegiada dado que, como norma legal, ostenta la máxima objetividad.

El Código Civil y Comercial, al ritmo de su consolidación como fuente motivadora de la actividad jurisdiccional, se irá convirtiendo en un sustento cada vez más sólido de la validez del deber de la víctima de mitigar el daño evitable, toda vez que la norma aludida reconoce expresamente el deber de mitigar el daño evitable y su principio fundante (arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1061 y de manera particular en los arts. 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112 del mismo cuerpo.).

Finalmente, en el hipotético caso de que lo antedicho se reputase insuficiente, el juez podrá sustentar la regla de la mitigación del daño evitable, siempre que se le presente como una regla justa. Cuestión que deberá determinar mediante la racionalización de consideraciones prácticas.

Desde una perspectiva crítica, consideramos que el positivismo empirista de Ross denota una serie de deficiencias que le impiden obrar como línea argumentativa óptima para sostener la vigencia del deber de mitigar el daño.

En el plano gnoseológico-jurídico, es reprochable la reducción del saber jurídico a lo descriptivo, pues se descartan otras posibilidades del saber humano para trascender lo empírico y poder dar razón plena de aquello a lo que le reconocemos el carácter de jurídico. Como consecuencia lógica de lo anterior, la reflexión racional sobre los principios de solidaridad, razonabilidad, buena fe de los cuales pueden extraerse exigencias prescriptivas concretas que sirvan para materializar el deber aludido, queda anulada como método de conocimiento alternativo²⁴⁶.

Otro aspecto que merece reparos es lo que se ha denominado circularidad del razonamiento. Si los jueces sólo pueden aplicar derecho, y el derecho se constituye como tal a partir de su aplicación judicial, se torna imposible reconocer el origen del

²⁴⁶ Cf. BULYNGIN, Eugenio, Alff Ross y el realismo escandinavo, op. cit. pag. 80 y ss.

ordenamiento jurídico o se acaba por admitir una excepción genética a la regla según la cual los jueces sólo pueden aplicar el derecho. En rigor, resulta cuestionable afirmar que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no trasunta una exigencia jurídica sino a partir de su aplicación judicial respectiva. Esta conclusión se hace trizas no bien se mira al ordenamiento jurídico argentino que reconoce abiertamente esta exigencia como producto derivado de la buena fe en el Código Civil, y como deber instituido directamente por la ley en el art. 1710 del Código Civil y Comercial.

Por último, queremos señalar otro inconveniente de la teoría esgrimida que es el reduccionismo de los destinatarios normativos. Estos no son sólo los jueces, sino la comunidad jurídica en general. Todos los integrantes de la sociedad están directamente afectados por la norma que no sólo los implica en la fase de sanción efectiva que representa la etapa patológica o excepcional del derecho, sino también y fundamentalmente durante el estado de cumplimiento espontáneo que es donde el derecho encuentra su más extendida proyección. Lo contrario supondría ignorar la función promotora que cumple el derecho en las sociedades actuales²⁴⁷.

6.2. Positivismos psicológico-social de Savigny.

Savigny se posicionó próximo a esta corriente. El ilustre adalid de la escuela histórica se opuso al racionalismo, individualismo y legalismo profesado por la Revolución Francesa.

En aquel contexto, receptó la influencia filosófica de Mostequeiu²⁴⁸. Y radicalizó una de sus premisas. Éste sostenía que el derecho depende en gran parte del espíritu del pueblo, pero que éste también puede ser influido por aquél. De esa forma, preservaba la autonomía del legislador. Savigny, en cambio, postuló únicamente la influencia absoluta del espíritu del pueblo sobre el derecho.

En esta inteligencia, el derecho no es entendido como un orden ideal de Justicia, ni tampoco como una creación del legislador positivo. El derecho se haría en la historia como

²⁴⁷ Cf. VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, op. cit., pag. 44.

²⁴⁸ Cf. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XIX, cap. 5, trad. de M. Blázquez, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pag. 205.

creación irreflexiva, espontánea, lenta y fluida, un producto del alma o espíritu popular, anterior al Estado y a la ley²⁴⁹.

En consonancia con sus ideas, Savigny asignó un papel protagónico a la costumbre como fuente del derecho y relegó la función de la ley que, por su portentosa tecnificación, estaba en las antípodas del amorfo “*derecho popular*”.

Una variante al pensamiento de Savigny ha sido defendida por Olivecrona e Ilum. Estos autores plantearon que la realidad del derecho consiste en hechos psicológicos, y entonces para conocer si una regla es derecho vigente corresponde efectuar investigaciones socio-psicológicas, pues lo decisivo es si la regla es aceptada por la conciencia jurídica popular²⁵⁰. De modo que el hecho de que la regla sea aplicada por los tribunales es algo derivado y secundario, una consecuencia normal de la conciencia jurídica popular que determina también las reacciones de los jueces.

Estos exponentes contemporáneos del realismo escandinavo plantearon que la vigencia de las normas no depende del uso de que las mismas haga el juez en su decisión, sino más bien de la motivación psicológica de tal comportamiento por parte de los miembros de la comunidad jurídica²⁵¹.

Ya sea desde una u otra perspectiva, no es inviable sostener la validez del deber de la víctima de mitigar el daño, aunque, cabe admitir, la fundamentación se torna menos consistente por la propia lógica del positivismo psicológico.

Fundamentalmente, conviene apelar al gráfico G8 que refleja que el 90% de los operados jurídicos consultados reconoce la existencia de un deber de la víctima de mitigar el daño evitable como regla que forma parte del ordenamiento jurídico. Es cierto que la encuesta convoca sólo a operadores del derecho por lo que la extensión de sus resultados a la comunidad en general resulta cuestionable. Aun así, consideramos que existen razones atendibles para inferir una escasa variabilidad de resultados en caso de que la encuesta se volcara sobre todos los miembros de la comunidad jurídica, atento a que el núcleo fundamental de la regla contiene un claro fundamento moral, libre de connotaciones técnicas, cuya inteligibilidad resulta accesible a cualquier ciudadano medio. Creemos que esta reacción tenderá a ser mucho mayor a medida de que se consolide en la comunidad social la vigencia del Código Civil y Comercial.

²⁴⁹ GARDELLA, Lorenzo, Introducción al derecho, Tomo I, op. cit., pag. 29 y cc.

²⁵⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl, La escuela histórica del derecho, Madrid, Ed. Librería General de Victoriano Suarez, 1908, pag. 127. El autor afirma: “... *el legislador, puesto que es libre, está siempre obligado a mantener el Derecho en armonía con las exigencias de la convicción jurídica de cada época y a realizar el ideal jurídico de su tiempo ...*”.

²⁵¹ Cf. DIAZ, Elías, Sociología y filosofía del derecho, Madrid, Ed. Taurus, 1971.

Los gráficos G1, G2, G3, G4 y G5 dan cuenta de la proporción predominante del daño evitable sobre el daño total, de la eficacia significativa de las medidas de mitigación, de la tendencia de la víctima a no comprometerse con la mitigación del daño evitable y de la repercusión relevante que tiene este patrón de conducta en la mayor extensión del daño real. Con esto, pretendo significar que los operadores del derecho tienen clara conciencia de la necesidad y conveniencia de la regla como mecanismo jurídico eficaz, circunstancia que, desde esta postura, coadyuva, al menos tangencialmente, a favor de la vigencia del deber de mitigar el daño evitable.

Tanto el positivismo psicológico como el positivismo conductista de Ross tienen el gran mérito de haber prevenido al científico del derecho contra el racionalismo desmesurado, de haber señalado la importancia de la experiencia jurídica como fuente de conocimiento y parte esencial del método del derecho.

Empero, esta escuela tampoco escapa a consideraciones críticas. En primer lugar, le son atribuibles las mismas objeciones que hemos formulado en contra del positivismo de Ross, con excepción de aquella dirigida contra el juez como destinatario.

A nuestro entender, el positivismo psicológico ha incurrido en el error de sobredimensionar la fuerza de la costumbre y relegar excesivamente a la ley. Esta situación adquiere gravedad en relación al deber de la víctima de mitigar el daño, campo en el que el patrón de conducta social no presenta una regularidad perfecta, ni se compadece necesariamente con la reacción esperable de las víctimas frente al daño sufrido, motivo por el cual se torna aconsejable acudir a otras fuentes de derecho como las normas y principios jurídicos para fundamentar adecuadamente el instituto.

6.3. Positivismo puro de Kelsen.

Hans Kelsen representó la expresión idealista del positivismo jurídico. Fundó la llamada “*Escuela de Viena*”. Su obra capital: “*Teoría pura del derecho*”.

El profesor de Viena se ocupó de aplicar las reglas del positivismo metodológico de Augusto Comte al plano jurídico. Estas reglas pueden sintetizarse en los siguientes postulados: 1) la exclusión de la metafísica y de toda proposición no vinculada con hechos constatados; 2) el rechazo de los juicios de valor, en cuanto no se apoyan en certezas y en leyes científicas; 3) el empirismo, único medio de llevar a cabo observaciones sistemáticas

y ciertas, para deducir conclusiones válidas; 4) el fenomenalismo, que sólo acepta la experiencia obtenida por la observación de los fenómenos²⁵².

La consecuencia metodológica de la traslación de estos postulados al campo jurídico es la identificación del derecho con las normas positivas. La teoría kelseniana supone, en rigor, un estudio de la juridicidad positiva sobre la base de una “*purificación*” del método jurídico. El profesor de Viena elimina del radio analítico del jurista todo lo que pertenezca al mundo de la naturaleza, del ser. Todo lo que refiera a sociología, psicología, política y otras ramas auxiliares. De este modo, el derecho se ubica en la órbita del “*debe ser*” como una ciencia normativa pura²⁵³.

Pero, adviértase bien, este “*debe ser*” no supone referencia a ningún reclamo de moralidad, a ninguna imposición de la justicia natural; sino que acarrea tan sólo una exigencia lógica, una categoría mental de imputación. La lógica de la norma imputa una consecuencia a una condición o antecedente. El enunciado es el siguiente: “*a determinada condición, debe ser la consecuencia*”.

La norma, o el conjunto de ellas, es lo que constituye el derecho. Y como tales normas se reducen a conminar con sanciones a los posibles entuertos, el derecho no es otra cosa que un orden de compulsión basado en un sistema de normas que prescriben actos compulsorios como sanciones socialmente organizadas, un sistema de normas que justifican el uso de la fuerza por el Estado²⁵⁴.

En su faz estructural, el orden jurídico se presenta como una serie de estadios o escalones, por los cuales cada rango jerárquico es aplicación del inmediato superior y, a su vez, regula la creación del inmediato inferior. Por ejemplo, la ley ordinaria es aplicación de la CN y regula la forma de producción de las sentencias judiciales. El orden jurídico aparece, pues, como una pirámide cuya base está compuesta por las normas individuales a las que le siguen en orden ascendente las leyes ordinarias, la Constitución actual, las reformas constitucionales anteriores y así hasta arribar en la cúspide a la primera constitución histórica y positiva.

En el Código de Vélez, la justificación positivista de la vigencia del deber de la víctima de mitigar el daño reclama un esfuerzo interpretativo en punto a la determinación de los alcances del art. 1198.

En el plano formal, el artículo precitado se encuentra validado por ser parte de un cuerpo legal que ha sido sancionado por la autoridad competente (Poder Legislativo) de

²⁵² COMPTE, Auguste, Discurso sobre el espíritu positivo, Barcelona, Ed. Altaya, 1995, pag. 31.

²⁵³ Cf. GARDELLA, Lorenzo, Introducción al derecho, Tomo I, Rosario, Ed. Centro de estudiantes, 2001, pag. 44 y cc.

²⁵⁴ Cf. KELSEN, Hans, ¿Qué es la justicia?, Madrid, Ed. Planeta Agostini, 1993, pag. 34.

acuerdo al procedimiento constitucionalmente establecido para la sanción de leyes (iniciativa, tratamiento, sanción, promulgación y publicación) –art. 36 y ss. de la CN.NC-.

De acuerdo a la lógica positivista, la referencia al art. 1198 de la ley civil no apunta a invocar a la buena fe como principio jurídico, dado que el Derecho está formado exclusivamente por normas, sino más bien a extraer de la disposición legal el antecedente que determina la consecuencia jurídica. Es decir, el “*deber de actuar con cuidado y previsión*”, como antecedente, constituye un contenido normativo concreto que engloba una serie de conductas dentro de las cuales es posible incluir a la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

También sería factible apelar a la analogía como proceso inductivo de transferencia lógica. En efecto, la analogía es un mecanismo de integración que consiste en solucionar el caso no previsto normativamente, trasladando al mismo la norma o el principio regulatorio de un caso similar. El mecanismo funciona así: traslado de la norma “a” que disciplina el caso “a” al caso “b”, carente de norma, se justifica porque aquella norma “a” es expresión específica de un criterio jurídico general valedero también para el caso “b”.

La analogía puede aplicarse, según la posición positivista, en la medida de que se encuentre establecida por el derecho positivo, de acuerdo a los términos del art. 16 del Código Civil.

Una vez legitimada la analogía como forma integración normativa, podemos recurrir al art. 72 de la ley 17.408 –ley de seguros- que instituye la obligación de salvamento a cargo del asegurado: “*El asegurado está obligado a proveer lo necesario, en la medida de las posibilidades, para evitar o disminuir el daño y a observar las instrucciones del asegurador*”.

Aunque no estamos ante una relación contractual de este tipo, vemos que la exigencia de mitigar el daño evitable que contiene la disposición del art. 72 puede extenderse lógicamente y tácticamente a otra serie de casos en los que una persona padezca un perjuicio cuyas consecuencias puedan ser evitadas o aminoradas mediante la adopción de determinados deberes de conducta.

Lo mismo cabe respecto al art. 77 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercadería, incorporada al derecho argentino mediante la ley 22.765, que establece: “*La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no se adoptan tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida*”.

Del enunciado normativo se desprende claramente la exigencia que pesa sobre el acreedor insatisfecho de atenuar los perjuicios que resulten de la inejecución del contrato por parte del deudor. Efecto que podría extenderse a otras conductas de la víctima que no atenúen los efectos derivados de un incumplimiento, aunque no sea éste estrictamente contractual.

En el Código Civil y Comercial, la justificación kelseniana de la validez del instituto se simplifica notoriamente. En efecto, el art. 1710 reconoce expresamente la exigencia de mitigar el daño en su faz activa y pasiva como deber jurídico. A su vez, se reeditan las consideraciones relativas al argumento de la buena fe que, incluso, encuentra en la nueva codificación un amplio respaldo normativo (arts. 9, 729, 961, 991, 1061, y de manera indirecta en los arts. 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112).

Entendemos que la crítica principal al positivismo de Kelsen como postura iusfilosófica utilizada para justificar la validez del deber de la víctima de mitigar el daño evitable, reside en la reducción del derecho a la positividad; y la reducción de la positividad a un orden de compulsión o sistema de sanciones. Este doble reduccionismo no resulta gratuito a nuestros fines, por cuanto la fundamentación de la exigencia mentada se vuelve inestable y rígida. Bastará que al legislador positivo se le ocurra suprimir las disposiciones desde las cuales es posible anclar las bases positivas de este deber para que el mismo desaparezca del mundo jurídico. Será necesario que el jurista advierta las expresiones sancionatorias del deber de mitigar el daño evitable para que, recién entonces, el instituto se tenga por definido.

La falta de referencia a los principios jurídicos no positivos debilita la posibilidad de incluir casos no reglados por las normas o por los mecanismos de integración utilizados bajo la estrecha lógica positivista, empobrece también la fundamentación jurídica de la exigencia mentada y cercena, finalmente, la amplia y rica proyección de ésta en tanto su aplicación no aparezca convalidada por la norma legal.

6.4. Positivismo mitigado de Hart.

Hart se desempeñó como profesor universitario en la cátedra de filosofía del derecho en Oxford. Influenciado por la escuela analítica de Austin, la preocupación

principal de su obra estuvo centrada en la delimitación fronteriza entre el derecho y la moral.

Desde tal perspectiva, Hart consideró que las semejanzas entre la norma jurídica y moral no sólo se decantaban en un plano estrictamente formal, sino que además era posible reconocer una base elemental a nivel de contenidos. Reconoció, en esa dirección, la existencia de conductas que tienen que ser satisfechas por cualquier grupo humano para poder convivir, a fin de que la sociedad no marche hacia un destino de suicidio colectivo²⁵⁵.

Estas son las conductas que constituyen el contenido mínimo de derecho natural. La tesis de Hart se sustenta en la concepción antropológica de Hobbes y Hume según la cual los hombres siempre desean vivir. Esta supervivencia es fin o meta humana dado que los individuos siempre la desean²⁵⁶.

La consecuencia práctica del enunciado anterior se puede sintetizar en la afirmación de que todo derecho que es o pretende ser debe incluir ciertas reglas básicas (no matar, no dañar, cumplir las promesas, respeto a algunas formas de propiedad, etc.), de lo contrario, para Hart, no llegaría a ser derecho sino un conjunto de tabúes sin sentido. Pretender un derecho que para algunos de los miembros de la sociedad no garantice la vigencia de aquellas reglas básicas, sería como plantear una alternativa imposible.

En términos extremos, no podría existir un derecho que se establezca violentando la finalidad de supervivencia que encierra la naturaleza humana, con la consiguiente derivación ética de que es bueno lo que favorece esa supervivencia y malo lo que la perturba.

El derecho si pretende “*ser*”, “*debe ser*” con algunas reglas fundamentales. Y el jurista no podría prescindir de esas reglas so riesgo de que el saber práctico propuesto pierda juridicidad²⁵⁷.

Una de las críticas clásicas dirigidas al pensamiento de Hart es la supuesta incoherencia entre norma y orden jurídico. Vigo observa que el profesor de Oxford plantea, por un lado, una teoría mínima de derecho natural consistente en contenidos necesarios de los que no podría prescindir ningún orden jurídico so riesgo de perder dicha condición. Y, por otro, la total independencia de las normas en cuanto éstas se estructuran

²⁵⁵ Cf. HART, Herbert, *Law, liberty and morality*, Londres, Ed. Oxford University Press, 1963, 150 y ss.

²⁵⁶ HOBBS, Thomas, *Leviatán: La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Tomo (I), op. cit., pag. 38.

²⁵⁷ PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1983, pag. 315.

bajo una lógica de absoluta separación entre moral y derecho. De modo tal que un sistema jurídico sin dejar de satisfacer esos requerimientos mínimos, podría con la más pedante imparcialidad, aplicar leyes terriblemente opresivas²⁵⁸.

Si bien la observación es atinada, debemos matizar, en descargo de Hart, que los peligros de esta hipótesis se encuentran reducidos, atento a la íntima vinculación entre las normas y el sistema jurídico. Es decir, la presencia de una norma manifiestamente injusta tiene, por lo general, una repercusión tan nociva en el ordenamiento de derecho que hará improbable que, pese a ella, ésta pueda garantizar los contenidos mínimos de derecho natural para legitimarse como tal.

Desde esta perspectiva iusfilosófica, entendemos que también puede construirse una adecuada fundamentación de la vigencia del deber de la víctima de mitigar el daño evitable.

En este sentido, cabe reiterar el procedimiento de justificación normativo de la corriente iuspositivista de Kelsen.

Además, esta corriente exige que el método de fundamentación positiva del instituto, mediante la remisión a normas jurídicas establecidas por el legislador, se complemente con un segundo método de fundamentación negativa desde el cual pueda concluirse válidamente que la exigencia de mitigar el daño por parte de la víctima no lesiona los contenidos mínimos de derecho natural.

Atento a la comprensión reducida del orden jurídico natural que defiende Hart, resulta innecesario hacer un gran esfuerzo argumentativo para demostrar la verdad de esta aseveración. Es evidente que programar un régimen jurídico general del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, como el que pergeña el Código de Vélez por vía derivada de la regla “*positivizada*” de la buena fe (art. 1198), y el nuevo Código Civil y Comercial por vía de reconocimiento normativo directo (art. 1710 inc. b y c) y también por vía de la buena fe (9, 729, 961, 991, 1061, 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112), no compromete, bajo ningún concepto, la subsistencia de la sociedad. En efecto, pretender que la víctima, dentro de límites razonables, colabore en la reducción de los efectos dañosos derivados del hecho generador de responsabilidad no es contrario al deseo de supervivencia como fin o meta humana, en razón de que la conducta debida contribuye a la preservación de los bienes primarios y secundarios de la persona.

²⁵⁸ HACKER, P.M.S., Hart’s philosophy of law, en Law, Morality and Society, Essay in honour of H.L.A. Hart, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1977, pag. 1-25.

Incluso, es lógico inferir que la vigencia de este deber coadyuva no sólo a la estabilidad del cuerpo social, sino a su desarrollo progresivo, pues si los individuos mitigan los daños, independientemente de sus respectivas condiciones de víctimas, dañadores o terceros, favorecerán la situación de indemnidad de los derechos fundamentales para su subsistencia. El gráfico G5 refleja, en esta dirección, la relevancia que puede asumir una conducta responsable por parte de la víctima en la mitigación del daño en vista a la reducción efectiva del daño global. El 94% de los encuestados, en diferentes grados, puso de manifiesto la repercusión dañosa que implicaría no comprometer a la víctima con tal objetivo.

En suma, el positivismo moderado de Hart no hace peligrar la vigencia del deber de mitigar el daño evitable en el ordenamiento jurídico argentino, pues tal exigencia se funda en disposiciones establecidas por el legislador. Sin perjuicio de ello, no es ocioso señalar que la concepción expuesta torna excesivamente difícil, por no decir imposible, la fundamentación de este deber como exigencia de derecho natural, como parte de ese núcleo básico de derechos elementales para la subsistencia. Es que, si bien no desconocemos la importancia política, jurídica, económica y social del deber de mitigar el daño por parte de la víctima, consideramos exagerado afirmar que el desconocimiento normativo de la exigencia en cuestión impediría la subsistencia de la sociedad. De hecho, existen ordenamientos jurídicos que no reconocen positivamente esta exigencia y que tampoco lo aplican judicialmente como solución jurídica iusnatural, y sin embargo tales comunidades no se han desintegrado, aún con la cuota de relativa injusticia e inconveniencia que supone no reconocer la validez y vigencia de este deber.

Consideramos que este reduccionismo del orden natural esconde un reduccionismo de los fines fundamentales del ser humano. Es que Hart no se contenta con afirmar que la supervivencia es una condición necesaria para el logro de otros fines, sino que parece decir que ésta proporciona la esencia y el elemento central de todo esfuerzo humano. Si el fin más elevado de un capitán fuera conservar su barco, lo mantendría en puesto para siempre. Con esta simple alegoría queremos significar que la proposición según la cual la mayoría de los hombres desean sobrevivir aún a costa de horrible miseria, configura una verdad al menos dudosa. Reducir las inclinaciones humanas al deseo de supervivencia implica una simplificación excesiva del hombre con el riesgo de marginar aquello que lo especifica como tal. Más apropiado, sería sustentar una caracterización de la naturaleza humana que abarque no sólo aquellas inclinaciones que el hombre posee junto a los demás seres del universo, como las que lo orientan a seguir siendo, sino que incluya también aquellas otras

inclinaciones, igualmente elementales, vinculadas a la conservación de la especie, al desarrollo de las facultades propiamente humanas y a la naturaleza social del hombre²⁵⁹.

Por lo expuesto, podemos concluir que esta perspectiva iusfilosófica aplicada al ordenamiento jurídico argentino no ofrece inconvenientes para fundar la validez del instituto aludido, pues existen normas y reglas de derecho positivo en el sistema argentino para sustentar con solvencia su exigibilidad jurídica. Empero, se muestra inestable y mutable para afirmar el deber de mitigar como exigencia de derecho natural, dada la estrechez teleológica y, en consecuencia, material que el profesor de Oxford le asigna a estos contenidos. A saber; sólo es deber natural aquella conducta cuyo cumplimiento es indispensable para la subsistencia de la sociedad. La consecuencia es evidente: queda a discreción del legislador y, en caso de que éste no se pronuncie sobre la cuestión, a discreción del juez el reconocimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima como exigencia jurídica.

6.5. Análisis funcional del derecho por Bobbio.

Bobbio se desempeñó como profesor de filosofía política en la Universidad de Turín.

Inicialmente, defendió una teoría general del derecho formal, en gran medida coincidente en sus lineamientos fundamentales con la concepción normativista de Hans Kelsen.

A mediados de la década del sesenta, asumió una actitud crítica hacia la teoría del derecho positivista y formalista, no sólo como ideología sino también como modo de aproximación al estudio del derecho.

Admitió que, a lo largo de la historia, han predominado los ordenamientos que optan por un enfoque estructuralista²⁶⁰. El profesor de Turín propuso una perspectiva

²⁵⁹ FULLER, Lon, Positivism and fidelity to Law. A reply to professor Hart, Ed. Harvard Law Review, 1958, pag. 70.

²⁶⁰ VIGO, Rodolfo Luis, Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, op. cit., pag. 128 y 129. El autor enumera tres causas que explican la superioridad histórica del análisis estructuralista sobre el funcionalista. En primer lugar, destaca la influencia hegemónica que, en el siglo XIX y hasta mediados del XX, ha tenido el positivismo formalista de Kelsen que postulaba que una teoría pura del derecho no debía ocuparse de la función, sino de los elementos estructurales de éste.

En el plano político, gravitaba además el hecho de que el Estado moderno respondía a una ideología liberal según la cual se lo definía negativamente asignándole las mínimas e inevitables funciones propias del Estado gendarme, privándolo de la posibilidad de planificar o intervenir la

funcionalista del derecho como corolario lógico de un estado social de derecho que incorpora nuevas técnicas de control social. El nuevo interrogante no es tanto ¿de qué se compone el derecho?, sino más bien ¿para qué sirve el derecho? Lo que debe inquietar al jurista es la orientación que persigue el derecho.

Es importante aclarar que Bobbio no pretendió erradicar el análisis estructural del derecho, sino que propició una coexistencia armónica entre el enfoque estructural y funcional como dos centros de gravedad que deben atraer la atención del jurista, no en forma contrapuesta, sino de modo coincidente y complementario.

Bajo la influencia filosófica de Max Weber, el jurista italiano desestimó alternativas formalistas o juridicistas para la comprensión del derecho, puesto que, a su criterio, la realidad jurídica se nos muestra inescindiblemente contaminada por lo político, lo económico, lo axiológico, etc. Sobre esa base, Bobbio destacó el carácter abierto del sistema jurídico en relación al resto del sistema social, en el que las reglas jurídicas y sus fuentes exceden ampliamente el monopolio legislativo. El jurista tiene, entonces, un rol creativo y su prioridad ya no transita por la validez formal de las reglas y la autosuficiencia del sistema, sino por la eficacia de aquellas y las relaciones del sistema de derecho con el resto de los sistemas sociales²⁶¹.

Bobbio realzó la función promocional del derecho que pone el acento no en el desalentamiento de ciertas conductas, sino en su promoción. En este aspecto, tomó distancia de las teorías tradicionales que conciben al derecho exclusivamente en su función protectora o en su función represiva y se aproxima, en contrapartida, a esta nueva función promocional del orden jurídico.

Dentro de esta lógica, distinguió entre ordenamientos protectores-represivos cuya meta es impedir en todo lo posible la realización de actos socialmente no deseados, y ordenamientos promocionales en los que el fin es provocar la realización de los actos socialmente deseados. El primero procura tornar a los actos no queridos en imposibles, difíciles o desventajosos, y contrariamente, el ordenamiento promocional trata de hacer

economía que quedaba en manos de las burguesías dominantes.

Finalmente, en el campo epistemológico, yacía otra razón significativa que abonaba el desinterés por lo funcional. Las ciencias humanas intentan constituirse sobre el modelo paradigmático de las ciencias físico-matemáticas que centraban su atención más en los problemas de organización compleja del objeto de estudio que sobre los problemas de orden axiológico o sociológico. En efecto, una de las características típicas del movimiento científico moderno fue la supresión de las causas finales.

²⁶¹ WEBER, Max, *El político y el científico*, Buenos Aires, Ed. Prometeo Libros, 2003, pag. 13.

necesaria, factible y ventajosa la acción querida. En tal sentido, puso de relieve el uso creciente de las técnicas de alentamiento²⁶².

Con una mirada más específica, Bobbio analizó las funciones del derecho de acuerdo a otros criterios clasificatorios. Haremos hincapié particularmente en uno de estos criterios por cuanto conviene a nuestro objeto de estudio: la oportunidad en que actúa el ordenamiento jurídico. Desde esta óptica, el profesor de Turín señaló que tradicionalmente el derecho intervino con posterioridad a los comportamientos y a los efectos derivados de tales comportamientos. Por eso, no sorprende que, históricamente, las funciones básicas del orden jurídico hayan sido la represión de la comportamientos desviantes (derecho penal) y la resolución de los conflictos de intereses (derecho civil).

En la actualidad, se impone progresivamente un control anticipado, se trata del paso de la reacción social desde el momento sucesivo al momento previo al comportamiento o suceso no deseado, desde la intervención que supone la figura del remedio a la intervención que implica la figura de la previsión.

Como consecuencia inexorable de lo anterior, la validez de una norma jurídica no sólo dependerá de que haya sido dictada de acuerdo al procedimiento constitucional de creación normativa y de que constituya, asimismo, una derivación lógica de una norma superior de la pirámide jurídica. Dependerá también de que atienda a los fines fundamentales del ordenamiento jurídico, de que tales normas funcionen como medios para la realización de valores²⁶³.

Estimamos que, a través del sistema propuesto por Bobbio, puede formularse una justificación satisfactoria de la validez del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Por razones metodológicas, conviene incursionar en una fundamentación binaria del problema.

En el plano del análisis estructural, es dable reiterar los argumentos normativos a los que hemos hecho mención en Kelsen y Hart, tanto en relación al Código de Vélez como al Código Civil y Comercial. Aunque, para mantenernos fieles a la raíz funcionalista de Bobbio, es conveniente recalcar que la fuerza jurídica de las normas referidas no sólo

²⁶² BOBBIO, Norberto, Hacia una teoría funcional del derecho, publicado en Derecho, filosofía y lenguaje, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, pag. 8 y ss.

²⁶³ BOBBIO, Norberto, Formalismo jurídico, en El problema del positivismo jurídico, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1965, pag. 17. Incluso, resulta instructivo advertir que Bobbio justifica la fuerza vinculante del derecho positivo en consideraciones funcionales: *“las leyes deben ser obedecidas en cuanto tales, porque la legalidad en cuanto tal garantiza la realización del valor específico del derecho, es decir el valor del orden o la paz social. (...)”*. El derecho posee siempre un valor, pero que mientras en su versión (positivista) extremista se trata de un valor final, en su versión (positivista) moderada se trata de un valor instrumental.

descansa en el hecho de que han sido puestas válidamente por el legislador positivo, sino también en que su observancia como tales coadyuva al orden y la paz social.

En el plano funcional, debe subrayarse la misión preventiva que el instituto de la mitigación del daño evitable cumple en el ordenamiento jurídico argentino. A tal fin, es preciso analizar las relaciones del orden jurídico con los demás sistemas sociales, económicos, políticos. En tal dirección, advertimos que:

Económicamente, la figura que estudiamos tiende a evitar el empobrecimiento de los sujetos que integran la relación jurídica resarcitoria en tanto propicia conductas dirigidas a conservar los bienes que integran sus respectivos patrimonios. A nivel macro, el instituto favorece la preservación de los recursos económicos que directa o indirectamente forman parte de la riqueza nacional.

Socialmente, el instituto propicia relaciones de cooperación y solidaridad entre los miembros de la comunidad, por cuanto no sólo desalienta la conducta negligente de la víctima mediante la reducción de la extensión del resarcimiento en la medida de su incidencia en la mayor extensión del daño, sino que además se promueve efectivamente una conducta diligente en la erradicación de los daños por parte de la víctima mediante el reembolso de todos aquellos gastos que tal accionar suponga.

Políticamente, la mitigación del daño evitable por parte de la víctima sirve a la realización del bien común, por cuanto satisface aspiraciones razonables de los ciudadanos y de la comunidad. Y tiende a la consecución, como ya explicamos, de valiosos fines sociales.

Jurídicamente, cabe reiterar, aun a riesgo de redundar, las consideraciones vertidas al expedirnos sobre la función del instituto. Consideramos que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima está estructural y funcionalmente ordenado a la prevención general de los daños, atento a que todos sus elementos constitutivos como el dinamismo propio de la figura convergen en la finalidad de evitar la prolongación del daño. Tanto la regla jurídica (exigibilidad de la mitigación), el ámbito temporal de vigencia (la regla rige en la medida de que las consecuencias dañosas conserven fuerza expansiva), el efecto principal por inobservancia de la misma (pérdida total o parcial del derecho a ser indemnizado) actúan individual y globalmente como un incentivo inmediato para que la víctima mitigue las consecuencias del daño evitable, y mediato para que la víctima adopte una actitud preventiva frente a los daños que pueda sufrir o ya sufridos.

Las apreciaciones expuestas no sólo se respaldan en reglas lógicas y de experiencia social como lo hemos demostrado anteriormente, sino que también se sustentan en la observación coincidente de los operadores del derecho. En efecto, si observamos el gráfico

G20, podemos advertir que el 85% de los consultados se muestra favorable a intensificar las relaciones de cooperación entre la víctima y el dañador a través de la consideración sistemática de la conducta de aquella. Y, en este punto, el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima apunta a la realización de esa empresa.

En conclusión, la teoría funcionalista de Bobbio se ha destacado por superar el iusfilosofismo como concepción iusfilosófica que promueve un estudio puro del derecho sin considerar las dimensiones sociales, económicas y políticas de este saber; todas ellas son constitutivas de la sociedad en que el derecho está inmerso. Una regulación jurídica del deber de mitigar que obvie estas relaciones no podría cumplir adecuadamente con las exigencias impuestas por el bien común como causa final del derecho.

Otro de los méritos de Bobbio fue relativizar el coactivismo, consistente en la imposición de la fuerza o la amenaza de imposición como rasgo esencial y modo operativo exclusivo y excluyente del orden jurídico. Sin desconocer que la coacción es el medio típico empleado por el derecho para el reforzamiento de las normas, el jurista italiano reconoce la existencia de medios persuasivos, medios preventivos y normas de alentamiento y otros elementos propios del consensualismo. Entendemos que el deber de mitigar el daño evitable encarna una flexibilización del coactivismo, por cuanto tiende a incentivar y disuadir conductas no a través de sanciones positivas y directas, sino por medio de privación de beneficios o incentivos indirectos.

Finalmente, es dable elogiar la capacidad del sistema de Bobbio para superar el positivismo jurídico formalista. En este sentido, las leyes no deben ser obedecidas incondicionalmente, con independencia de su contenido, sino que la justificación de la obediencia a la ley se funda en la orientación teleológica de éstas. En el caso del deber de mitigar el daño evitable, serán los diferentes fines que hemos resaltado.

Con un talante más crítico, no comulgamos con el uso reduccionista que Bobbio hace del análisis funcional. El iusfilósofo se pronunció sobre fines inmediatos o instrumentales pero no sobre los fines últimos ni sobre la causa final del derecho. Esta comprensión de la dimensión teleológica del derecho posiciona su análisis más en el plano de los medios que en el plano de los fines. Por eso, al justificar la validez del deber de mitigar el daño desde esta perspectiva, preferimos valernos más de los postulados metodológicos de Bobbio que del uso efectivo que hace de ellos.

De todos modos, creemos que este reduccionismo teleológico no trasunta una actitud científica fortuita, sino que es una decantación inevitable de las bases positivistas que inspiran el pensamiento de Bobbio. En definitiva, las proyecciones funcionales de las normas jurídicas dependerán de la amplitud de la política legislativa adoptada, sin que

quepa la posibilidad de inferir extra-positivamente funciones impuestas por las exigencias del bien común, la justicia u otros valores.

6.6. Antipositivismo de Dworkin.

Dworkin se distinguió como filósofo del derecho y catedrático de derecho constitucional en la Universidad de Oxford. Fue sucesor de Hart.

Su idea de derecho se sintetiza como conjunto de derechos y deberes. La labor del jurista debe orientarse a la determinación de éstos mediante estándares que no son necesariamente normas, sino también principios.

Los principios jurídicos constituyen un estándar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque son una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Los principios, a diferencia de las normas, no se basan en la decisión de un tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que se desarrolla históricamente. No se aplican disyuntivamente, a todo o nada, sino que enuncian una razón que discurre en una cierta dirección pero no exigen una decisión particular. En caso de contradicciones, los principios no se derogan o reforman, sino que se sopesan de acuerdo a su dimensión e importancia²⁶⁴.

Dworkin adhirió a la doctrina de la responsabilidad política, según la cual los funcionarios políticos o judiciales deben justificar las decisiones que adopten. No basta que una decisión parezca aisladamente correcta si ella no puede ser incluida en una teoría que abarque principios como directrices políticas generales. Cuando los jueces deben resolver un caso, sobre todo si es un caso difícil, el argumento de principio sirve de justificación

²⁶⁴ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ed. Planeta Agostini, 1977, pag. 280. Enseña el jurista: *“La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que les dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es y entonces no aporta nada a la decisión (...).*

Pero no es así como operan los principios jurídicos mostrados anteriormente. Ni siquiera los que se asemejan a las normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete”.

para una decisión determinada, en la medida de que aparezca en el marco de una teoría coherente con otras decisiones anteriores no modificadas y con decisiones que el funcionario demuestra que está dispuesto a tomar en circunstancias hipotéticas²⁶⁵.

A través de normas y principios, el juez debe descubrir, no inventar, la respuesta correcta que corresponde al caso planteado. El proceso de adjudicación por medio del cual el juez alcanzará tal solución implica, al mismo tiempo, una explicación del derecho explícito en la sociedad y una justificación moral de ese derecho. El esfuerzo que supone la aplicación de esta teoría, que abarca el conjunto de derechos implícitos o presupuestos del derecho explícito requiere la presencia de un juez filósofo con un grado superlativo de erudición, paciencia y sagacidad sobrehumana, que Dworkin llamará Hércules.

La teoría hercúlea de adjudicación es una construcción de un esquema de principios abstractos y concretos que identifican la moralidad presupuesta en las leyes e instituciones de la comunidad, e implica la justificación coherente del ordenamiento vertical y horizontal de las decisiones jurídicas.

Desde una perspectiva global, la teoría de Dworkin se inspira en el modelo constructivista, íntimamente vinculado al holismo o totalismo pragmático. Según esta posición, una teoría debe constituir un todo con partes interdependientes que, como totalidad, responda a la experiencia y se justifique por su utilidad auxiliar para resolver problemas que se nos planteen. En tal sentido, la teoría supone la construcción de un modelo, que no ofrece la realidad tal cual es, sino depurada en el modelo, éste traduce el problema real a uno ya manipulado y accesible que sería paralelo, operando una sustitución. Dicho de otro modo, la teoría propuesta no nos muestra la realidad desde el modelo, sino que la realidad llega a ser el modelo mismo; una realidad artificial que, en cuanto réplica de la realidad viva, puede resultar útil y explicativa, permitiendo que el investigador retorne al exterior con un instrumento científico idóneo²⁶⁶.

En Dworkin, "*Hércules*" constituye el modelo que, no obstante su artificialidad, guarda conexión con la realidad adjudicativa de derecho, a la que se puede conocer, describir, justificar y ordenar apropiadamente. Dentro del modelo constructivo, el juez acepta los precedentes como especificaciones de un principio, precisándolo a partir de un sentimiento de responsabilidad, en criterios de congruencia con lo que ha sucedido antes, exigencias metodológicas de la teoría dworkiniana y principios morales sustentadores de las leyes y las instituciones de la comunidad.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald, *La filosofía del derecho*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1980, pag. 8 y ss.

²⁶⁶ MARTINEZ GARCIA, Jesús, *La teoría de la justicia en John Rawls*, Madrid, Ed. Centro de Estudios constitucionales, 1985, pag. 82.

La right tesis que introduce el sucesor de Hart es la que sostiene la posibilidad de descubrir siempre una única respuesta jurídica correcta basada en el reconocimiento de derechos individuales preexistentes²⁶⁷.

Estos derechos preexistentes son derechos naturales anteriores a cualquier forma de legislación. Dworkin no sólo rechaza la identificación entre positividad-validez-justicia-conciencia sino que niega la existencia de un deber general de obedecer a la ley, por cuanto resulta incoherente con una sociedad que reconoce derechos.

Consideramos que el enfoque iusfilosófico de Dworkin abre un horizonte argumentativo versátil, denso y complejo para edificar una justificación sólida de la validez del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

De acuerdo a esta perspectiva, las normas no desaparecen del orden jurídico, pero ya no imperan autónomamente en virtud de su propio status jurídico, sino en la medida de que se hallen justificadas moralmente conforme a la teoría de adjudicación. Por lo que las normas y principios a las que nos hemos referido, en cuanto causa fuente del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, subsisten como una referencia útil.

A fin de zanjar el problema de la validez de este deber será necesario, pues, cumplir con las exigencias metodológicas de Dworkin, para quien la cuestión no admite varias respuestas posibles, sino una única respuesta correcta.

A pesar de que tal solución está implícita en el ordenamiento jurídico, la misma es "*materia de descubrimiento judicial*". En lo tocante a nuestro tema, creemos que esa única respuesta correcta es la validez del deber de mitigar el daño por parte de la víctima. Cuestión que Hércules descubrirá sobre la base de los principios ínsitos en las normas precitadas, en los principios que inspiran la resolución de los precedentes judiciales expuestos en la parte sociológica de la tesis²⁶⁸, en los principios jurídicos de orden natural.

El principio de buena fe y el principio de prevención aparecen inmersos en las normas y precedentes judiciales que hemos presentado en el capítulo I de la parte A y, a su vez, son contestes con exigencias de moralidad derivadas de las propias instituciones. Estos principios no son creados ex nihilo por el juez, sino descubiertos por éste a partir de las especificaciones que la ley, la jurisprudencia y el orden jurídico en general le ofrecen para la construcción de tales principios como parámetro de justificación de la validez del

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Ed. Harvard University Press, 1985, pag. 189.

²⁶⁸ Ver: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re "*Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación*", 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, "*López, Miguel A. c. Gabrielli, María C.*", sala I, 15/06/2006; CSJN, in re "*Albano c/ Transporte de Buenos Aires s/ liquidación*", 23/05/68. E.D. 23-17.

deber de mitigar el daño evitable.

El principio de buena fe impone prevenir y alejar los daños de la esfera de intereses de la contraparte. Y el principio de prevención establece el deber de toda persona de adoptar, en cuanto a ella dependa, las medidas necesarias para evitar un daño no justificado o disminuir su magnitud y gravedad, permiten reconocer la validez del deber de la víctima de mitigar el daño evitable.

La teoría de Dworkin posibilita una fundamentación de la validez de la exigencia mentada que trasciende, sin negar, las fronteras del derecho positivo. Aunque no existieran en nuestro derecho prescripciones normativas de las cuales pueda inferirse la validez del instituto, el juez estaría en condiciones de descubrir la preeminencia de la figura en estudio sobre la base de una justificación moral adecuada a las exigencias metodológicas que derivan de la teoría de la adjudicación.

Sin perjuicio de lo antedicho, cabe reconocer que, a diferencia del Código de Vélez que, conforme a su filiación positivista, es reacio al reconocimiento de principios jurídicos como fuente creadora de derecho, el nuevo Código Civil y Comercial presenta una estructuración permeable a la incorporación de los principios jurídicos (arts. 1, 2, 9 y ctes.).

Es fundamental reafirmar que, para Dworkin, el derecho lleva implícitamente la dimensión de la moralidad y que además de la moralidad implícita en el derecho vigente históricamente en un determinado lugar, hay una moralidad objetiva desde donde se valora dicho derecho. Por tal motivo, si el juez filósofo se encuentra con una secuencia de precedentes que es injusta porque se niega a imponer como derecho jurídico algún derecho natural de los ciudadanos, el juez podrá desaprobado por esa razón tales precedentes. Esta certeza salvaguarda la validez del deber de mitigar, aun contra los precedentes judiciales que han desconocido explícita o implícitamente al instituto en el derecho argentino.

A nivel crítico, no podemos soslayar que la teoría de Dworkin no ofrece una fundamentación atenta y detallada de los derechos preexistentes y, en especial, de los criterios de determinación y reconocimiento de tales derechos. Lo que, a la hora de sentar la validez del instituto que nos ocupa, genera algunos desconciertos argumentativos, como problemas para definir y especificar los alcances y límites de la figura.

6.7. Iusnaturalismo dialéctico de Villey.

Villey nació en Francia. Filósofo e historiador del derecho. Fue catedrático de la Universidad de París.

Se autodefinió como un filósofo del derecho romano-aristotélico. Si bien sus estudios se nutren de otros pensadores realistas como Santo Tomás de Aquino, no quedan dudas de que su filiación es primariamente aristotélica.

Villey reivindicó la dialéctica como método por excelencia de la filosofía para aproximarse a la verdad. La dialéctica es el arte de la discusión bien organizada. Persigue la búsqueda de la verdad a través del diálogo, de acuerdo a ciertas reglas que ordenan su uso: 1) selección de jugadores, es decir personas dispuestas al juego de la especulación desinteresada; 2) control de autoridades, se recurre a otros autores para ponderar sus competencias y el valor de sus testimonios. La autoridad no se cotiza por sí sola; 3) posición de la causa, supone la definición clara y precisa del problema sobre el cual se debatirá; 4) argumentación, empleo de técnicas argumentativas para demostrar la tesis y superar las ambigüedades de la palabra; 5) la verdad como finalidad común, por cuanto el objetivo de los interlocutores no apunta a vencer, sino a conciliar, a superar sus divergencias, a alcanzar una verdad común; 6) conclusión, cuando el diálogo llegaba a su término o ya habían sido expuestos los diferentes puntos de vistas, el maestro lo cerraba mediante una decisión²⁶⁹.

Tan profunda ha sido la incidencia de la dialéctica en su filosofía que dividió el saber jurídico en tres partes: la ontología (estudio sobre el ser del derecho), la metodología (estudio de los caminos que hay que seguir para alcanzar el derecho), la axiología (estudio sobre los valores del derecho).

Desde la perspectiva metodológica, el profesor parisino concibe al derecho como una expresión del arte dialéctico, el arte de lo justo. Entiende, pues, que el proceso judicial es el ámbito donde se despliega la dialéctica de los partícipes bajo la dirección del juez que ha de concluir determinando lo justo o el derecho. En definitiva, estamos ante una teoría de corte judicialista dentro de la cual el derecho se explica desde el juez²⁷⁰.

Villey reconoce tres etapas fundamentales en el método dialéctico aplicado al derecho: 1) Ponere causa, se establece el ámbito del diálogo en torno al cual girará el razonamiento jurídico. Definición del caso, cosas y realidades. La pregunta neurálgica está centrada en la cualidad del objeto litigioso y su justicia. 2) Choque de opiniones: la causa definida no se aborda por vía deductiva, sino confrontando puntos de vistas. Se apunta a la

²⁶⁹ Cf. VILLEY, Michel, Método, fuentes y lenguaje jurídico, Buenos Aires, Ed. Ghersi, 1978, pag. 94.

²⁷⁰ PALACIOS, Leopoldo, Filosofía del saber, Madrid, Ed. Gredos, 1962, pag. 157.

crítica del lenguaje, a la superación de las ambigüedades y al compromiso en la búsqueda de una verdad común, mediante discusión, interrogación y refutación. 3) Conclusiones: el producto de la dialéctica eran las definiciones a la que conducía. Esta definición expresa la especie de la cosa de la que se trataba en el proceso. No había arte del derecho, sino invención de reglas generales sobre las cuales podían apoyarse las sentencias.

En cuanto al contenido del derecho, Villey afirma que éste se deduce de la observación de la naturaleza. De la naturaleza exterior, de las cosas. Observando fuera de nosotros mismo, podremos descubrir el derecho en el interior de esos grupos sociales, las relaciones y repartos justos de bienes que se han ido acuñando naturalmente en el interior de los mismos. Queda claro que se descarta principalmente la típica pretensión iusnaturalista de inferir el derecho de la naturaleza humana porque del hombre jamás podría surgir más que un derecho vacío o arbitrario²⁷¹.

Cabe precisar que cuando Villey se refiere al derecho o justicia observable, alude claramente a la justicia particular (integrada por la justicia conmutativa y distributiva), en tanto que la justicia general (dada por la suma de las virtudes o por la conformidad con la ley moral) queda confinada al campo moral.

Conforme a la lógica propuesta, el derecho natural es la fuente originaria del derecho. No es el resultado, sino que se sitúa en los comienzos de los trabajos de los juristas, es el objeto sobre el que se discute, una cosa que hay que descubrir en la naturaleza por medio de la dialéctica. De ahí que el método de derecho natural se presente como experimental, fundado en la observación de experiencias particulares y que no pretende llegar a resultados absolutos, necesarios o definitivos. El derecho como el resto de la naturaleza, está sometido al cambio y al movimiento, es por esencia móvil y está dotado de permanente capacidad de adaptación a las circunstancias. Esto no es sometimiento a la pura facticidad, sino visión activa, integral, casuística y axiológica de los hechos que se le presentan para discernir en ellos las exigencias de justicia leídas en su naturaleza y en su orden.

La segunda fuente del derecho es el derecho positivo, entendido como ley humana, como decisión voluntaria del legislador (o del juez, o de la doctrina, o de los contratantes).

Dado que la fuente originaria del derecho es la naturaleza, surge la pregunta lógica de cómo el derecho positivo se deriva del derecho natural. Villey señala dos vías. 1) Por conclusión, la búsqueda de lo justo se realiza a través del diálogo que confronta los diferentes puntos de vista, más en un momento la autoridad debe poner término al mismo

²⁷¹ VILLEY, Michel, Los fundamentos de la escuela moderna del derecho natural, Buenos Aires, Ed. Ghersi, 1978, pag. 68 y ss.

mediante una cierta síntesis. Así, lo que se manda no es justo porque se manda, sino que se manda porque es lo justo en esas concretas circunstancias históricas. 2) Por determinación, aquí lo justo procede del mandato. Dentro de las alternativas ofrecidas por el derecho natural, la autoridad determina lo justo positivo²⁷².

Finalmente, huelga aclarar que el derecho positivo no es el término. El descubrimiento del derecho pasa por las reglas, se sirve de las normas como un trampolín en la controversia dialéctica que conduce hacia la solución. Pero el derecho está más allá de la norma. Para alcanzar el derecho la norma debe pasar por el tamiz de la equidad, dado que la regla dispuesta por la autoridad tiene una forma necesariamente rígida con lo que se aparta de la movilidad propia del derecho natural. Ergo, la equidad no es la antítesis del derecho positivo, sino su acabamiento; el último acto de la empresa colectiva del derecho²⁷³.

Desde esta posición iusfilosófica, la fundamentación de la validez del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, se vuelve una tarea extremadamente delicada.

Empezaremos a la inversa, es decir con un análisis del derecho positivo argentino. Como ya hemos explicado en los puntos anteriores, los arts. 1, 28, 33, 41 y 75 inc. 22 de la CN, los arts. 16 y 1198 en el Código Civil, y los arts. 2, 9, 729, 961, 991 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112 en el Código Civil y Comercial. Y, por vía de extensión analógica, art. 72 de la ley de seguros 17.408, art. 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercadería, art. 372 de la ley general de navegación 20.094 y arts. 2 y 4 de la ley general de ambiente 25.675, constituyen sólidos basamentos normativos -que positivizan derecho natural por vía de conclusión, como demostraremos infra- para fundar la vigencia del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Por lo que cabe la posibilidad de invocarlos como fundamento de validez de esta exigencia jurídica.

Consideramos, incluso, que la fundamentación del instituto en cuestión presenta un mayor sustento normativo y sistémico en el Código Civil y Comercial, toda vez que se admiten los principios jurídicos como mandatos imperativos no legales (art. 1, 2, 9 y cctes.), a diferencia del Código de Vélez que prioriza el imperio de la ley y las soluciones generales en consonancia con la concepción ideológica imperante en el siglo XIX. Como

²⁷² VILLEY, Michel, El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y Santo Tomás, Buenos Aires, Ed. Ghersi, 1981, pag. 69, citado por VIGO, Rodolfo Luis, Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, op. cit., pag. 269.

²⁷³ Cf. VILLEY, Michel, Consideraciones en pro del derecho natural clásico, Córdoba, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1966, pag. 79.

consecuencia lógica de lo expuesto, la nueva codificación tiende a realizar la justicia en el caso concreto (art. 1), más que en el diseño de reglas de aplicación apriorística. No es casual que este cuerpo normativo contenga numerosas referencias al caso concreto como forma de integración de la solución jurídica aplicable.

Es que, según la filosofía jurídica de Villey, la mera invocación de las disposiciones referidas no es condición suficiente para sostener la validez de este deber jurídico, sino que es preciso además que tal respaldo normativo se complemente con una justificación básica de equidad. Esto, inexorablemente, nos traslada al caso concreto, ámbito en el que habrá que validar este deber frente a cada nueva realidad de hechos, para determinar si la aplicación de la regla arroja un resultado equitativo en las concretas circunstancias históricas en las que dicha regla se aplica.

En la teoría de Villey, el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, como cualquier otro deber, no adquiere carácter jurídico sino frente al caso concreto en el que se legitima o no como tal. Existe, al menos en teoría, la posibilidad de que la exigencia pierda juridicidad en determinados casos, y la asuma en otros de acuerdo al juicio de equidad realizado. Cuestión que se dirimirá según la lógica dialéctica del proceso judicial.

En el plano del derecho natural, la solución no es tan disímil. En primera instancia, es indispensable una observación de los hechos sociales para determinar si la mitigación del daño evitable por parte de la víctima constituye o puede constituir una forma de reparto más justa en el marco de tales relaciones. De acuerdo a los casos judiciales que analizamos en la parte sociológica, parecería que una actitud diligente por parte de la víctima tiende a asegurar soluciones más justas en cada uno de los conflictos presentados.

Que la víctima de un accidente de tránsito se someta a un tratamiento médico no invasivo, con razonables perspectivas de curación, de muy escaso riesgo, para recuperarse de las secuelas del accidente, parece ser una solución que mitiga las consecuencias del siniestro sobre ambas partes de la relación resarcitoria y facilita el más rápido restablecimiento del estado anterior de cosas.

Que el damnificado que sufrió daños materiales en un automóvil de su propiedad lo repare a un bajo costo y lo ponga en funcionamiento para aplicarlo nuevamente a su actividad laboral evitando pérdidas productivas derivadas de la imposibilidad de utilizarlo, contribuye a disminuir el daño y, por ende, hace menos gravosas los efectos dañosos que le siguen al hecho productor.

Que la biblioteca intime en un plazo prudencial al usuario que omitió devolver varios libros en lugar de dejar transcurrir el tiempo en forma indefinida, configura una

conducta diligente que evita la acumulación excesiva de intereses y, asimismo, posibilita el mejor logro de los objetivos funcionales de la biblioteca.

Con la presentación de estos ejemplos basados en casos reales no pretendemos validar un deber general de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, lo cual es incoherente con la filosofía de Willey que no admite la existencia de deberes a priori, con independencia de la realidad concreta del caso en el que se manifiestan. Nuestra intención es apenas demostrar que en la realidad sociológica se registran efectivamente casos en los que el reconocimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima se concreta como lo justo natural, circunstancia que, aunque no garantiza, robustece nuestra hipótesis en los casos similares que puedan presentarse.

Como aspectos laudatorios, no puede soslayarse que el profesor parisino ensaya una visión del derecho que trasciende la positividad pura, lo que le permite reconocer la existencia de repartos justos por cuanto reflejan una igualdad y proporción constatable desde la observación empírica, con prescindencia de que el legislador los haya sancionado de modo efectivo.

Por otra parte, consideramos que la implementación de las reglas dialécticas puede constituir un método argumentativo eficaz para lograr una mejor justificación lógica y jurídica de las decisiones judiciales. A saber: la necesidad de definir con precisión el objeto de la discusión, de fundamentar racionalmente cada uno de los argumentos empleados, de posibilitar la contradicción de la contraparte, etc.

No compartimos la teoriedad del saber jurídico propuesta por Willey, que reduce el radio de actuación del saber jurídico a la definición de lo que es o lo que será. Al igual que Cossio, cae en la tentación de atribuirle un carácter netamente descriptivo al lenguaje normativo, con lo cual le sustrae toda intencionalidad imperativa. Olvida, de tal modo, que el derecho mantiene una relación inmediata con la praxis, lo cual se infiere directamente de su objeto que es la acción humana, como de su finalidad que es la ordenación de esa conducta²⁷⁴.

Nos oponemos a su visión de la justicia restringida al ámbito de la justicia particular, circunstancia que implica para los juristas la pérdida de un vasto sector del derecho, cual es el derecho público. Pero lo más grave aún es que este cercenamiento no sólo reduce el área de incumbencia del derecho, sino que desquicia su esencia, por cuanto todo título jurídico, por más particular que pueda parecer el interés que resguarda, mantiene una relación directa o indirecta con el bien común. Es que, al definirse lo suyo,

²⁷⁴ COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984.

no es posible a la vez ignorar lo suyo de los otros o los requerimientos del orden social. Pero si se elimina la justicia general del orden jurídico se pierde la referencia al bien común y, con ella, la politicidad del derecho, dimensión fundamental para alcanzar una cabal comprensión del hecho jurídico²⁷⁵.

Tampoco nos convence la absolutización del método dialéctico, no sólo como forma de conocimiento de derecho, sino también de generación. En efecto, para esta tesis, es sólo en el proceso llevado a cabo ante el juez donde se ha de establecer el derecho. Por lo que no podría haber derecho sin juez. En el fondo, el procedimiento termina imponiéndose por sobre el contenido de la justicia. El medio se abalanza sobre el fin.

Creemos que otro punto endeble de su teoría transita por el desconocimiento de las leyes naturales. En tal sentido, Villey sostuvo que lo justo no tiene forma de norma expresa. El problema que pone en crisis a su conclusión es que la regulación y dirección de los actos humanos en orden al bien, plenificación o perfección natural del hombre contienen una lógica expresable en reglas, preceptos o, más propiamente, leyes naturales. Estas leyes comprenden las conductas personales y sociales que resultan indispensables para que el hombre alcance su felicidad²⁷⁶.

Finalmente, una de las mayores debilidades del iusnaturalismo de Villey es el desconocimiento del carácter permanente e inmutable de determinadas exigencias de derecho natural. El profesor parisino afirma que ninguna regla es absolutamente necesaria, que el derecho es esencialmente móvil, y el derecho natural es cambiante porque el hombre mismo cambia. Omite, de tal modo, que cuando nos referimos a la naturaleza humana estamos indicando aquello por lo cual el hombre es precisamente hombre, de manera que si el cambio afecta la esencia ya no sería hombre, sino un ser distinto. Y que el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales, es decir al orden fundado en las inclinaciones derivadas de la naturaleza humana. Estas inclinaciones son el fundamento ontológico y el medio gnoético para el conocimiento del derecho natural, como así también la garantía de su inmutabilidad. En tal sentido, el hombre está en condiciones de obtener un juicio originario e infalible sobre el bien como sentido final del obrar humano. Desde luego esto no implica desconocer que en la juridicidad natural existen distintos niveles de inmutabilidad y universalidad, según la mayor o menor vinculación de estas inclinaciones con la esencia o naturaleza humana²⁷⁷.

²⁷⁶ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, pag. 13.

²⁷⁷ OLGATI, Francisco, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Ed. EUNSA, 1977, pag. 280.

Consideramos, en suma, que la fundamentación de la validez del deber de la víctima de mitigar el daño en el ordenamiento jurídico argentino puede ser lograda a través de esta filosofía. Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de subrayar la provisoriedad casuística y la inestabilidad gnoseológica que el método de Villey le confiere a la justificación intentada, como consecuencia de su comprensión historicista y contingente del derecho natural.

6.8. Teoría jurídica discursiva de Alexy.

Alexy es un filósofo del derecho que ha desarrollado su actividad intelectual en Alemania. Catedrático de Derecho Público de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel.

Alexy propone un concepto de derecho basado en tres elementos: 1) legalidad conforme al ordenamiento, 2) eficacia social, 3) corrección material. Desde esta premisa, plantea que lo legal y lo eficaz constituyen el aspecto institucional del derecho, en tanto que lo correcto hace a la dimensión ideal o discursiva del derecho, donde se producen las conexiones entre moral y derecho²⁷⁸.

El profesor de Kiel introduce su pensamiento a partir de una constatación básica. Plantea que participar de la forma de vida más elemental y universal supone recurrir a aserciones, a actos de habla con los cuales se plantea una pretensión de verdad o corrección, en cuanto deber prima facie de fundamentar lo afirmado cuando se lo exige.

La manifestación de una aseveración supone ingresar al ámbito de la argumentación. En este punto, toma distancia de Villey y no tarda en aclarar que la argumentación propuesta aborda cuestiones prácticas, por cuanto trata de lo prohibido, permitido y ordenado. Es analítica, en cuanto está centrada en la estructura lógica de los argumentos. Y tiene carácter normativo, en el sentido de que proporciona criterios para la racionalización del discurso jurídico. Quien renuncia a esta empresa pierde la posibilidad de autocomprensión y autoidentificación²⁷⁹.

²⁷⁸ Cf. ALEXY, Robert, El concepto y la validez del derecho, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, pag. 15..

²⁷⁹ ALEXY, Robert, La institucionalización de la razón, en Persona y Derecho, Universidad de Navarra, vol. 43-2000, pag. 217 citado por VIGO, Rodolfo Luis, Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, op. cit., pag. 297. “*Si en lugar de juicios y aserciones quedasen solamente sentimientos y opiniones, las fundamentaciones se transformarían en persuasión, y en lugar de corrección y verdad se situarían manipulaciones eficaces y convicciones firmes. Todo sería*

Como una derivación práctica de lo anterior, Alexy propondrá una simbiosis funcional entre discurso y derecho. El discurso necesita del derecho para alcanzar la realidad, y el derecho del discurso para lograr legitimidad. En tal sentido, la libertad y la igualdad son constitutivas del discurso y ello se pone de manifiesto en el derecho universal de cada uno a participar del discurso con libertad e igualdad. De ahí que la teoría del discurso conduzca al estado democrático constitucional; justamente porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico²⁸⁰.

Alexy presenta un sistema jurídico compuesto por tres niveles: reglas, principios y procedimiento. Las reglas son mandatos definitivos; su aplicación es una cuestión de todo o nada, dado que si la regla vale y es aplicable, corresponde que se haga exactamente lo que ella ordena, pues las reglas necesitan subsunción y no ponderación. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Son mandatos de optimización, en cuanto pueden ser satisfechos en grados diferentes, y la medida de su satisfacción depende de esas posibilidades jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas, sino también por otros principios opuestos.

Un sistema puro de normas terminaría presentando lagunas –dado la imposibilidad de prever legislativamente todo supuesto de hecho- y el juez carecería de criterios que lo liguen. Un sistema puro de principios tendría una débil vinculación y una fuerte indeterminación, lo que violentaría exigencias básicas de la razón práctica en relación con la seguridad jurídica. Un sistema de principios y normas tampoco solucionaría el problema, porque a las lagunas provocadas por las limitaciones esenciales de las normas no se las podría integrar con el expediente de los principios, dada la presencia permanente de principios opuestos que podrían justificar las más diversas soluciones y el impedimento cognoscitivo para establecer un orden duro entre los principios con la determinación del peso específico de cada uno de ellos.

La respuesta de Alexy es un sistema de normas, principios y procedimiento. El procedimiento, como tercer nivel del sistema, tendría por finalidad regular las condiciones

subjetivo, nada objetivo. O la pretensión de corrección sería sustituida por algo parecido a una pretensión de poder”.

²⁸⁰ Cf. ALEXY, Robert, Teoría del discurso y derechos humanos, Bogotá, Ed. Universidad externado de Colombia, 1995, pag 70 y ss.

de aplicación de las reglas y los principios a fin de alcanzar una decisión racionalmente fundamentada en el proceso de formulación del derecho²⁸¹.

Asimismo, Alexy señala que para que estas normas, principios y procedimientos adquieran carácter jurídico es preciso que no resulten excluidas por la pretensión de corrección, entendida como elemento moral clasificatorio del concepto de derecho. Esta pretensión de corrección no exige una identidad entre la moral y el derecho, de manera tal que si las normas o los sistemas jurídicos no satisfacen aquella pretensión de corrección no pierden su carácter jurídico, sino que se convierten en jurídicamente deficientes.

Sin embargo esa tolerancia hacia la validez del derecho injusto tiene un límite que Alexy identifica con la fórmula de Radbruch según la cual la injusticia extrema nunca puede ser derecho. Reconoce la existencia de un núcleo de derechos humanos básicos cuya vulneración representa injusticia extrema. Y precisa que el umbral a partir del cual las normas pierden carácter jurídico está fijado por exigencias morales mínimas²⁸².

El problema de la validez del derecho guarda, en este sentido, correspondencia lógica con los elementos constitutivos del concepto de derecho, por lo que reconoce tres formas de validez: social, ética y jurídica. Así, el concepto sociológico refiere a la validez social cuando una norma es obedecida y, en caso de desobediencia, se aplica una sanción. El concepto ético de validez refiere a su corrección y para ello es menester recurrir a una justificación moral conforme a la fórmula de Radbruch. Y el concepto de validez jurídica que, en su acepción estricta, alude a la conformidad con el ordenamiento jurídico: el instituto fue creado por el órgano competente, según el procedimiento establecido y no contradice norma superior. Finalmente, el iusfilósofo alemán refiere a un concepto plenamente desarrollado de validez, que comprende no sólo la noción estricta, sino que también computa elementos de validez social y de validez ética²⁸³.

Consideramos que la teoría discursiva de Alexy posibilita una justificación adecuada de la juridicidad del deber de la víctima de mitigar el daño evitable. Conforme a la lógica de su autor, verificaremos si la validez jurídica –en sentido amplio o totalizador– es predicable a este instituto.

Respecto a la justificación de la validez jurídica en sentido estricto, los arts. 1, 28, 33, 41 y 75 inc. 22 de la CN, los arts. 16 y 1198 en el Código Civil, y los arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112 en el Código Civil y Comercial. Y, por vía de extensión

²⁸¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Centro de estudios constitucionales, 1993, pag. 532 .

²⁸² GARDELLA, Lorenzo, *op. cit.*, Tomo I, pag. 134

²⁸³ Cf. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, pag. 18

analógica, art. 72 de la ley de seguros 17.408, art. 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercadería, art. 2.043 del Código Civil, art. 372 de la ley general de navegación 20.094 y arts. 2 y 4 de la ley general de ambiente 25.675, constituyen sólidos basamentos normativos -que positivizan derecho natural por vía de conclusión, como demostraremos infra- para fundar la vigencia del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Tanto las normas como los principios jurídicos en ellas comprendidos, sirven para fundar la validez del instituto, pues a partir de su contenido material -tal como lo hemos desarrollado en puntos precedentes- es posible hilvanar un discurso racionalmente fundado para afirmar la juridicidad de la exigencia aludida. Y tales principios y normas, como argumentos jurídicos, se encuentran respaldados por el procedimiento establecido para la formulación del derecho, en tanto han sido sancionados y, en su caso, ratificados por el poder legislativo de acuerdo a la forma establecida para el dictado de leyes y aprobación de tratados internacionales, y no conculcan norma o principio alguno de la CN como fuente superior.

Sin perjuicio de lo afirmado, interesa remarcar que el Código Civil y Comercial armoniza perfectamente con la teoría esbozada, a punto tal que los doctrinarios que se ha dedicado al estudio de la nueva norma no vacilan en reconocer la influencia de la filosofía de Alexy, en lo concerniente a la admisión de los principios jurídicos como fuente directa de derecho²⁸⁴.

En orden a la justificación de la validez social, es necesario remitir nuevamente a los fallos expuestos en la parte sociológica, más no a todos sino a aquellos que sancionan la conducta agravatoria del daño por parte de la víctima o la conducta omisiva de ésta en cuanto no adopta las medidas morigeradoras que le son razonablemente exigibles en el caso concreto. Y que motivan dicha reacción jurídica no en el instituto de la culpa de la víctima, sino en el del deber de mitigar el daño evitable como instituto autónomo²⁸⁵. Esto nos da la pauta de que la no mitigación del daño evitable por parte de la víctima ya no es un simple comportamiento socialmente indeseado, sino una inconducta efectivamente sancionada por el orden jurídico en el plano de la realidad social.

²⁸⁴ RIVERA, JULIO, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, ver comentario del art. 1/10.

²⁸⁵ A modo ilustrativo: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re "*Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación*", 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, "*López, Miguel A. c. Gabrielli, María C.*", sala I, 15/06/2006; CSJN, in re "*Albano c/ Transporte de Buenos Aires s/ liquidación*", 23/05/68. E.D. 23-17.

Finalmente, en lo relativo a la validez ética del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, debemos afirmar categóricamente que el instituto reseñado no resulta excluido por la pretensión de corrección como pauta calificante de la noción de derecho. En efecto, exigir a la víctima que colabore razonablemente en la reducción de las consecuencias del daño no violenta los derechos humanos fundamentales de ésta ni de terceros que puedan verse hipotéticamente afectados por tal conducta. Por el contrario, la actitud diligente de la víctima favorece su situación de indemnidad jurídica y tiende a evitar mayores gravámenes que los actualmente existentes.

Frente a las teorías que han marginado la razón de la moral y la ética, la propuesta de Alexy introduce en el discurso racional un sustrato moral con rasgo universal, cognoscitivo y formal. Esto hace que la razón ya no esté exclusivamente habilitada para la verdad en el campo teórico sino que también se legitime en su búsqueda de corrección material. Merced a esta perspectiva, podemos ponderar el deber de mitigar el daño más allá de su eficacia social y de su procedencia formal. Podemos exponerlo frente un juicio de valor moral-racional.

Ciertamente, la pretensión de corrección de Alexy, al anclarse en un plano predominantemente formal, se encuentra restringida para acceder a contenidos morales concretos. Es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o el procedimiento. Queda en evidencia, pues, la incompetencia de un procedimiento capaz de generar misteriosamente materia a través de la forma. Las teorías que apelan a lo correcto descansan en realidad en una idea de lo bueno. Empero, en descargo de Alexy, podemos afirmar que la referencia a los derechos humanos o fundamentales proporciona una regla sustancial para que, aunque sea desde ese lugar, podamos determinar parámetros concretos de corrección material.

6.9. Teoría jurídica de Finnis.

Finnis se ha destacado como un novedoso exponente del iusnaturalismo tomista. Ejerce el cargo de profesor de filosofía de derecho en la Universidad de Oxford y Notre Dame.

Su filosofía se cimenta en los primeros principios prácticos o bienes humanos básicos como sustratos premorales que, mediante la razonabilidad práctica, se proyectan sobre la moral, la política y el derecho.

Explica que el hombre, al reflexionar sobre qué hacer, recurre –al margen del acierto o error de sus conclusiones- a una serie de principios prácticos elementales que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar mediante la propia acción.

Estos principios son los más generales de la ley natural, pues expresan las formas básicas e irreductibles del bien humano. Constituyen, por tanto, el sustrato valorativo de todos los juicios morales²⁸⁶.

Todo hombre, con uso de razón y experiencia suficiente, conoce por evidencia estos primeros principios. Estos principios del entendimiento práctico se comprenden, no a través de observaciones de la naturaleza humana, sino experimentando la propia naturaleza desde adentro, bajo las formas de las propias inclinaciones. Son per se, inderivados, aunque no innatos.

En clave gnoseológica, lo innovador en Finis consiste en presentar el conocimiento de los primeros principios sin recurrir a la metafísica o al concepto ontológico de “*sindéresis*”. Lisa y llanamente, este conocimiento se expresa como un acto de comprensión no inferencial en virtud del cual el sujeto capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien. Se trata de una captación inmediata, de una auto-evidencia²⁸⁷.

La nómina de los bienes básicos se compone por: 1) vida (incluye la salud corporal, la ausencia de dolor y la transmisión de vida), 2) conocimiento (formulación de preguntas y respuestas, búsqueda de la verdad), 3) juegos (actividad o ocupaciones que se disfrutan en sí mismas), 4) experiencia estética (búsqueda y valoración de las formas bellas fuera de uno), 5) socialidad (formas elementales de socialidad hasta la amistad plena), 6) razonabilidad práctica (el orden inteligente en acciones, hábitos y actitudes prácticas, tanto en su aspecto externo interno como externo) y 7) religión (la relación entre el orden que se origina en la autodeterminación humana y el orden perdurable del cosmos).

Para Finnis, estos siete propósitos son todos los propósitos básicos de la vida humana, y que al fin de cuentas cualquier otro propósito que el hombre pudiera reconocer y buscar estará constituido por algún aspecto de todos o algunos de ellos. Estos valores básicos son igualmente fundamentales e incommensurables, por lo que no hay jerarquía

²⁸⁶ FINNIS, John, *Ley natural y derecho natural*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2000, pag. 67. Explica el autor: “*Hay una serie de principios prácticos básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar y que son usados de una manera u otra, por cualquiera que reflexiona acerca de qué hacer, no importa cuan erróneas sean sus conclusiones, y una serie de exigencias metodológicas básicas de la razonabilidad práctica que distinguen el pensamiento correcto del incorrecto*”.

²⁸⁷ Cf. VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, op. cit., pag. 365 y ss.

entre ellos, independientemente de que cada plan de vida pueda tener un orden personal de prioridades entre dichos valores básicos.

Captados los bienes básicos, surgen preguntas fundamentales en el hombre: ¿Qué hacer? ¿En qué medida comprometerse con estos bienes? ¿De qué manera los concretamos en proyectos, decisiones y acciones? Las respuestas a estos interrogantes nos reconducen a uno de los siete bienes aludidos: la razonabilidad práctica. Este bien contiene una serie de exigencias que expresan el método para la elaboración de la ley natural. El objeto del método es toda la praxis razonable que opera en el campo del derecho, de la política y, por supuesto, de la moral propiamente dicha. Un derecho plenamente justificado se logra mediante la realización de las siguientes exigencias de la razonabilidad práctica: 1) un plan de vida coherente (articulación de proyectos, compromisos y orientaciones como un todo armónico que no se deje arrastrar por impulsos pasajeros o respuestas aisladas), 2) ninguna preferencia arbitraria entre los valores (las capacidades, circunstancias y hasta gustos deben fundamentar la elección de valores), 3) ninguna preferencia arbitraria entre las personas (hacer lo que otros querrías que hicieran por ti), 4) desprendimiento y desapego (capacidad de adaptación frente a las nuevas circunstancias), 5) compromiso (fidelidad y empeño en el proyecto asumido), 6) eficiencia razonable (adopción de acciones idóneas para alcanzar sus propósitos), 7) respeto a todo valor básico en todo acto (la razón rechaza todo acto que de suyo no hace más que dañar o impedir la realización o participación en un bien humano básico), 8) las exigencias del bien común (la mayoría de nuestras responsabilidades, obligaciones y deberes morales tienen por base la exigencia de favorecer o promover el bien común de las propias comunidades) y 9) seguir la propia conciencia (obrar de acuerdo a la recta razón)²⁸⁸.

Finnis asevera que estas exigencias se encuentran interrelacionadas y que para alcanzar una moral o un derecho razonable o correcto, resulta necesario recurrir a dichos principios metodológicos de la razonabilidad práctica, además de los principios sustantivos o bienes básicos de la misma.

Sobre las premisas de los bienes humanos básicos, las exigencias estructurales de la razonabilidad práctica y las formas humanas de socialidad y autoridad, Finnis configura un concepto integrado de derecho. En tal sentido, define al derecho como reglas producidas de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva, para una comunidad completa y apoyada por sanciones dispuesta por instituciones juzgadoras,

²⁸⁸ KALINOWSKY, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1979, pag. 35 citado por VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, op. cit., pag. 363 y ss.

guiadas por reglas orientadas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad, en orden al bien común de la misma, según una manera y forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad y el mantenimiento de la reciprocidad entre súbditos, y entre ellos y las autoridades legítimas²⁸⁹.

En un balance general, podemos apreciar que la definición aportada por Finnis logra conjugar armónicamente el elemento positivo -por cuanto las reglas jurídicas regulativas son aquellas establecidas por la autoridad competente- y el elemento iusnatural -por cuanto la noción de bien común y razonabilidad introducen valores pre-positivos que orientan la forma y la materia de la creación normativa-.

Consideramos que, desde la filosofía del derecho de Finnis, es posible propiciar, con renovados aires de racionalidad y evidencia empírica, una justificación sólida de la validez del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Vale destacar que el elemento positivo en el orden jurídico argentino nos traslada a las normas y principios que ya hemos especificado en el punto anterior, con los diversos matices que destacamos según nos refiramos al Código de Vélez o al nuevo Código Civil y Comercial.

Respecto al fundamentación iusnatural, entendemos que nuestra labor debe dirigirse a determinar si desde de las formas básicas de bien humano es posible inferir razonablemente una exigencia jurídica de mitigar el daño a cargo de la víctima.

En orden a ello, debemos señalar que la exigencia aludida, por su carácter jurídico, se respalda de modo necesario en el bien de la razonabilidad práctica -principio continuamente invocado por el Código Civil y Comercial tal como lo referimos en el título 3.5 del capítulo III de la parte A- por cuanto está orientada a ordenar de modo inteligente acciones prácticas de acuerdo a valoraciones determinadas. En concreto, este deber apunta a enderezar la conducta de la víctima que sufre un daño a fin de que emplee razonables esfuerzos para disminuir su extensión y magnitud, sobre la base de que tal patrón de conducta resulta socialmente positivo. Sin perjuicio de ello, el instituto puede hallar sustento adicional en otros bienes humanos básicos, según cuál sea en el caso concreto el bien amenazado por el daño cuyo expansión puede ser impedida o aminorada por la víctima. Por ejemplo, si se trata de una víctima que se resiste a someterse a un tratamiento médico que podrían curar sin mayores riesgos las lesiones que sufrió en un accidente, el bien comprometido de manera contingente sería la vida en su expresión salud.

²⁸⁹ FINNIS, John, Ley natural y derecho natural, op. cit., pag. 67

Con mayor rigor analítico, conviene señalar también que, como deber fundamentado en la razonabilidad práctica, la exigencia de mitigar el daño respeta y aplica las exigencias estructurales de la razonabilidad práctica.

1) No se opone a un plan de vida coherente, sino que armoniza el cuidado propio con el cuidado del otro.

2) No entraña una preferencia arbitraria de valores, pues la elección de la razonabilidad práctica –como fundamento del deber de mitigar del daño evitable por parte de la víctima- obedece a razones objetivas vinculadas a la mejor protección de bienes fundamentales.

3) No implica preferencia arbitraria entre las personas, por cuanto el instituto resiste la aplicación de la regla de oro de esta exigencia que es *“hacer a los demás lo que querriás que te hicieran a ti”*. Creemos que es válido pretender que todas las personas actúen de un modo tendiente a mitigar los daños sufridos, pues de tal modo se benefician los integrantes de la relación resarcitoria como la sociedad en general.

4) Consideramos que la figura también es conteste con la exigencia de desprendimiento y desapego. De hecho, respetar esta exigencia supone una capacidad de adaptación considerable a las circunstancias, por cuanto la víctima debe actuar, no desde una situación estable de indemnidad, sino desde el estado de emergencia que implica para ella reaccionar a partir de la afectación actual y en curso de bienes propios.

5) El compromiso condensa el espíritu del instituto; en efecto, el núcleo de la exigencia mentada apunta a que los sujetos, independientemente de su condición de dañadores, víctimas o terceros, desarrollen un sentido de compromiso con la mitigación del daño evitable o, expresado en términos positivos, con la preservación de los bienes humanos.

6) La eficiencia razonable, a nuestro entender, es una de las exigencias más involucradas con la funcionalidad del instituto. Por un lado, la figura exige, dentro de parámetro de razonabilidad, la adopción de medidas eficaces para mitigar el daño. Por otro, el prestigio del instituto se asienta sobre la idea de que crear incentivos para que las partes mitiguen el daño constituye una solución más eficiente que dejar que éste se extienda para luego enmendar la situación mediante la aplicación de remedios resarcitorios, con el consiguiente aumento del daño final.

7) El bien común representa el norte teleológico último del deber de la víctima de mitigar el daño evitable en razón de que el cumplimiento de la conducta debida favorece la realización de la persona humana y la sociedad mediante la evitación o aminoramiento de daños personales y colectivos y mediante la promoción de una actitud solidaria y

comprometida entre los miembros de la comunidad. Con la terminología de Finnis, podemos afirmar que el deber de mitigar hace al bien común, pues constituye una condición favorable que capacita a los miembros de la comunidad para alcanzar por sí mismos el valor por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente en una comunidad.

8) El instituto se concilia perfectamente con el axioma según el cual corresponde rechazar todo acto que de suyo dañe o impide la realización o participación en un bien humano básico. Trátese del dañador, la víctima o un tercero, no colaborar en la mitigación del daño en circunstancia en que ello resulta posible y razonablemente exigible, importa asumir cierta corresponsabilidad por omisión en la mayor extensión del perjuicio.

9) La regla de conducta contenida en el deber referido es conforme con una exigencia racional, pues el deber de mitigar responde a la lógica jurídica más elemental que manda contribuir en la promoción del bien y en la evitación del mal. Justamente ese es el efecto genérico de la conducta debida: impedir el agravamiento o la expansión de un mal y, en consecuencia, preservar bienes jurídicos determinados.

Como podemos advertir, la teoría de los bienes humanos básicos de Finnis posibilita una justificación integral de la validez de este deber jurídico, por cuanto nos permite considerar una amplia variedad de aspectos: diversidad de tipos de normas, asunción explícita de la politicidad de la cuestión, importancia de lo institucional como medio para la realización de los fines de la figura, exigencias fundamentales de la razón práctica jurídica como basamento primario desde el cual es dable especificar el deber aludido, consideración de aspectos técnicos jurídicos como formas de instrumentación práctica del instituto, interés por los diferentes asuntos humano implicados en la regulación de la figura, fuerte gravitación teleológica y axiológica circunstanciada.

Desde una perspectiva crítica, debemos cuestionar la concepción del bien común en Finnis. El concepto que expone el profesor australiano está anclado en una dimensión predominantemente individual. Al desarrollar su idea de bien común, Finnis pareciera no reconocer la especificidad de ese bien como irreductiblemente distinto a los bienes particulares de los miembros de la comunidad. Lógicamente, esto debilita la justificación axiológica-jurídica del mentado deber.

6.10. Tridimensionalismo de Goldschmidt.

El jurista alemán Werner Goldschmidt (1910-1987) se destacó como creador de la teoría tridimensional del mundo jurídico.

Esta línea ha alcanzado importante desarrollo y difusión a través de distinguidos exponentes como Reale²⁹⁰ en Brasil, Ciuro Caldani²⁹¹ en Argentina y Hall en Estados Unidos con su “*integrative jurisprudence*”²⁹².

La cosmovisión jurídica planteada por el profesor alemán ha sido calificada como tridimensional por cuanto está compuesta por tres dimensiones: valores, hechos y normas.

En esta inteligencia, propugna un triple enfoque de cualquier objetivo jurídico. Un enfoque valorativo o axiológico que toma cuenta de los valores de justicia, orden, seguridad, paz, implicados en el problema. Un enfoque normativo que considerará el régimen legal en sentido amplio que impera en la materia. Y un enfoque sociológico que procurará captar los datos fácticos del asunto, su significación social, su ubicación histórica.

Con más precisión, podemos afirmar que esta corriente propone que el mundo jurídico sea construido incluyendo repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que termina en la justicia (dimensión dicalógica)²⁹³.

En perspectiva dinámica, el derecho opera como actividad captable por normas vinculadas al aprovechamiento de oportunidades para realizar un complejo de valores que termina en la justicia.

Cabe señalar que no se trata aquí de yuxtaponer mecánicamente esos tres aspectos, sino de integrarlos como una unidad orgánica en que cada dimensión, sin perder su identidad específica, se complementa armónicamente con las restantes.

Goldschmidt observa que las corrientes infradimensionales incurren en un defecto cuantitativo dado que el derecho se expresa en tres dimensiones y, sin embargo, omiten alguna de ellas. Y también en un defecto cualitativo, en el sentido de que ninguna dimensión puede ser cabalmente comprendida si se la considera aisladamente. Por ejemplo, al quedarnos únicamente con las normas, no sólo perdemos de vista las demás dimensiones, sino tampoco podemos entender plenamente el sentido de éstas, pues

²⁹⁰ REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do Direito*. San Pablo, Ed. Saravia, 1968, pag. 95.

²⁹¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Bases del pensamiento jurídico*, Rosario, Ed. UNR editora, 2012, pag. 18.

²⁹² Conviene aclarar que si bien los representantes mencionados han partido de los postulados fundamentales de Werner Goldschmidt, los desarrollos posteriores seguidos por cada uno de ellos presentan no pocas disimilitudes. Por tal motivo, procuraremos mantenernos fieles a la línea tradicional del tridimensionalismo.

²⁹³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Bases del pensamiento jurídico*, Rosario, Ed. UNR editora, 2012, pag. 11.

carecemos de la experiencia sobre las cuales funcionan las normas y del sustento de los valores que imperan en ellas²⁹⁴.

La construcción trialista del mundo jurídico se apoya en diversas bases categoriales interrelacionadas. En la dimensión sociológica, se trata fundamentalmente de la vida como categoría fundante del complejo de derecho. También funcionan otras categorías como la causalidad, la finalidad objetiva que encontramos en los acontecimientos, la posibilidad subjetiva, la posibilidad y la realidad. En la dimensión normológica, la categoría principal es la verdad. Y en la dimensión dikelógica, la referencia categorial de todo el Derecho es la justicia. La verdad y la justicia, aunque valores, operan asimismo como categorías²⁹⁵.

Desde este paradigma, creemos que es posible presentar una justificación compleja de la validez del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

En el plano sociológico, partimos desde la premisa de que las potencias e impotencias que se adjudican en las distribuciones y repartos consisten en lo que favorece o perjudica al valor vida. Es más, consisten en despliegues favorables y desfavorables de las categorías referidas.

En tal sentido, el estudio desarrollado a partir de la técnica de encuestas y los fallos analizados en la parte sociológica, nos han permitido observar que la tendencia de la víctima a no comprometerse en la mitigación del daño evitable redundaba en un aumento del daño final que afecta tanto a las partes como a la sociedad²⁹⁶.

A partir de esta constatación elemental, podemos concluir válidamente, de acuerdo a principios básicos de racionalidad económica, que si el derecho desincentiva la conducta indolente, incuriosa y negligente de la víctima a la hora de responder frente al daño evitable –por ejemplo mediante la limitación del resarcimiento de aquellos daños que podría haber sido evitado razonablemente mediante la adopción de medidas paliativas- y promueve un patrón de comportamiento diligente en orden a la mitigación del daño evitable –por ejemplo, mediante el reembolso del costo total que la adopción de la medida paliativa implicó para la víctima- podrá reducirse razonablemente la extensión global del daño final. Esto, lógicamente, constituye un despliegue positivo del valor vida humana en

²⁹⁴ GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción filosófica al derecho, 6ta edición, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1987, pag. 16.

²⁹⁵ Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Derecho y política, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1976, pag. 65.

²⁹⁶ El gráfico G5 revela que la amplia mayoría -80% de los consultados- le asigna a la conducta de la víctima posterior al daño una relevancia considerable en la extensión del daño global.

Uno de los denominadores comunes de los fallos expuestos es la pasividad de la víctima para asumir una conducta diligente en la mitigación del daño evitable, lo cual obedece, en gran medida, a la inexistencia de un régimen jurídico claro y eficaz que regule la situación de la víctima frente al daño evitable.

sus distintas expresiones, ya sea de modo directo, cuando se trata daños evitables de tipo personal; o indirecto, cuando se trata de daños evitables de tipo patrimonial.

En el plano normológico, es menester determinar si el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima satisface la categoría de verdad y sus expresiones específicas: fidelidad, exactitud y adecuación²⁹⁷.

La fidelidad se logra cuando la norma refleja con acierto el contenido de la voluntad de sus autores y el contenido de la voluntad de la comunidad respecto al orden de reparto deseado. En tal sentido, consideramos que el instituto le confiere al principio de reparación integral del daño, regla señera del sistema resarcitorio como orden general de reparto, la función que el legislador quiso asignarle²⁹⁸. En efecto, el deber de reparar no ha sido instituido para que el responsable del hecho dañoso cargue con el resarcimiento de todos los daños que materialmente se derivan de la conducta de aquél, sino únicamente de aquellos perjuicios resarcibles que guardan relación causal adecuada con el hecho productor de acuerdo a un factor de atribución de responsabilidad y no exceden los límites jurídicos que marca la extensión del resarcimiento. De no ser así, por ejemplo, la culpa parcial de la víctima no debería enervar la extensión material del deber de responder. Sin embargo, el art. 1111 del Código Civil y el art. 1729 del Código Civil y Comercial contemplan tal situación, lo cual revela que la intención del legislador ha sido precisar el alcance del deber de responder conforme a pautas determinadas.

Entre los límites jurídicos que determinan la extensión del resarcimiento, se encuentra el principio de buena fe, del cual dimana el deber de mitigar el daño por parte de la víctima²⁹⁹. Los arts. 1, 28, 33, 41 y 75 inc. 22 de la CN, los arts. 16 y 1198 en el Código Civil, y los arts. 2, 9, 729, 961, 991 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112 en el Código Civil y Comercial positivizan a la buena fe como regla general de conducta.

Amén de lo expuesto en el párrafo anterior, en el nuevo Código Civil y Comercial, la fidelidad de la norma legal aparece con meridiana claridad en el art. 1710 que establece el deber de toda persona –lo que incluye a la víctima- de mitigar el daño evitable en su

²⁹⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Bases del pensamiento jurídico, Rosario, Ed. UNR editora, 2012, pag. 18.

²⁹⁸ Este requisito presupone lógicamente la regulación normativa del instituto cuya fidelidad se analiza en el caso concreto. En punto al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, los arts. 1, 28, 33, 41 y 75 inc. 22 de la CN, art. 16 y 1198 del Código Civil o art. 2, 9, 729, 961, 1061, 1710 del Código Civil y Comercial y, por vía de extensión analógica, art. 72 de la ley de seguros 17.408, art. 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercadería, art. 2.043 del Código Civil, art. 372 de la ley general de navegación 20.094 y arts. 2 y 4 de la ley general de ambiente 25.675, proporcionan el referido sustento.

²⁹⁹ Ver lo expuesto en fundamentos del deber de mitigar el daño evitable.

variante activa y pasiva (inc. b y c), claramente dirigido a sentar un estándar de lealtad objetiva y de prevención en el sistema de la responsabilidad por daños vigente en el ordenamiento jurídico argentina.

Esta fidelidad también aparece confirmada por el contenido de la voluntad de la comunidad que se inclina por un orden de reparto que contemple la exigencia de mitigar el daño por parte de todos los actores de la relación resarcitoria. En tal sentido, cabe evocar el gráfico G14 que refleja 90% de los encuestados consideró conveniente no sólo la contemplación de la conducta de la víctima frente al daño evitable por parte del juez, sino además que esta consideración sea efectuada de modo sistemático, es decir en forma permanente y según reglas técnicas adecuadas a tal fin. El gráfico G15 es aún más contundente, en cuanto refleja la intención de la mayoría de los operadores del derecho en comprometer no sólo al responsable, sino también a la víctima en la labor de mitigar el daño.

La exactitud, como aspecto ínsito del valor verdad, se obtiene cuando la norma se cumple. Sobre tal punto, podemos observar que, pese a la inexistencia de un régimen jurídico sobre el deber de mitigar el daño evitable –o incompleto en el caso del Código Civil y Comercial-, encontramos fallos judiciales en los que los magistrados han sabido recurrir a una interpretación teleológica y dinámica de las normas y principios jurídicos para fundar la validez de este deber en numerosos casos concretos³⁰⁰. Esto confirma que la figura no representa una mera apariencia jurídica, sino un instituto que, aunque con formas de aplicación poco uniformes y denominaciones no siempre atinadas, presenta aceptables niveles de recepción judicial. Consideramos que una regulación más orgánica y exhaustiva del mentado deber aumentará significativamente tanto el cumplimiento espontáneo de la exigencia como el cumplimiento forzado de ésta por la vía arbitral o judicial.

Finalmente, la adecuación se consigue cuando los conceptos sirven a las necesidades de los autores, de la sociedad y de los encargados del funcionamiento de las normas. La patencia de este aspecto nos exime de arduas explicaciones. La regulación del deber de mitigar el daño evitable contribuye, entre sus variados efectos, a una más correcta aplicación del principio de reparación integral del daño de acuerdo a la tésis querida por el legislador. Sirve a la sociedad por cuanto promueve conductas que contribuyen a la mitigación del daño individual y global que se derivan de un perjuicio base. Y proporciona

³⁰⁰ A modo ilustrativo: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re “*Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación*”, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, “*López, Miguel A. c. Gabrielli, María C.*”, sala I, 15/06/2006; CSJN, in re “*Albano c/ Transporte de Buenos Aires s/ liquidación*”, 23/05/68. E.D. 23-17.

a los jueces una regla lógica y práctica para determinar la entidad cuantitativa y cualitativa del resarcimiento del resarcible.

En el plano dikelógico, la justicia se convierte en el valor y categoría culminante que identifica al campo jurídico³⁰¹. También gravitan otros valores como la utilidad, la salud, el amor, la belleza, etc. pero todos ellos cobran relevancia en la medida de que resultan encausadas por el valor justicia. En el derecho, la justicia refiere a la totalidad de las adjudicaciones razonadas, pasadas, presentes y futuras, en complejos en lo material, espacial, temporal y personal, atendiendo a las consecuencias.

La forma de los repartos se determina por la audiencia y las razones por la fundamentación. Este imperativo alcanza realización plena cuando las razones alegadas se expresan en conformidad con principios lógicos y se ordenan a la consecución del valor justicia.

En punto al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, entendemos que el instituto trasunta una exigencia destinada a evitar un desequilibrio en el orden establecido de repartos razonados. A diferencia de los remedios resarcitorios que se activan cuando ese desequilibrio ya existe -pues su razón de ser consiste precisamente en la restitución del estado anterior al daño-, el deber de mitigar el daño evitable busca impedir el surgimiento de nuevos desequilibrios o el agravamiento de desequilibrios ya existentes. Es desde esta base que el deber de mitigar el daño contribuye al afianzamiento del valor justicia.

A nivel general, no podemos soslayar el valor científico de la perspectiva tridimensionalista como esquema conceptual integrador del fenómeno jurídico. En efecto, estas corrientes de pensamiento nos habilitan para pensar en un derecho que no es sólo norma, sino también hechos y valores.

Más complejo resulta dilucidar, atento a las divergencias internas entre las diferentes propuestas trialistas, la relación jerárquica entre los tres componentes, la manera de conectarlos entre sí y el contenido exacto de los valores propugnados en la dimensión dikelógica.

6.11. Realismo jurídico clásico o iusnaturalismo ontológico.

³⁰¹ GOLDSCHMIDT, Werner, La ciencia de la justicia, Madrid, Aguilar, 1958, pag. 9.

Esta postura, a la que adherimos, está inspirada en el pensamiento de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino.

El derecho es concebido como algo exterior, “*ipsa res iusta*”. Es decir, el derecho es una cosa exterior o algo reducible a ello como una obra o un acto (actio) en cuanto unido al objeto y desprendido del sujeto³⁰².

En tal sentido, sus partidarios afirman: 1) la no positividad de todo el derecho, hay algo jurídico que vale como tal, con prescindencia de que sea rechazado o ignorado por la sociedad o las instituciones políticas; 2) cognocitivism ético-jurídico, la razón puede reconocer dimensiones valiosas o exigencias ético jurídicas implicadas en la conducta humana³⁰³; 3) tesis epistemológica, basada en el rechazo del descriptivismo absolutamente desvinculado de lo justificativo o prescriptivo, 4) gnoseología realista, no hay ideas innatas sino que el conocimiento empieza por los sentidos, y en el plano de las conductas humanas esa referencia se vuelve necesaria; 5) tesis ontológica, el fundamento de la juridicidad natural remite a posibilidades intrínsecas del ser humano y la naturaleza de las cosas; 6) inserción del saber jurídico en el ámbito del saber práctico, pues refiere a las conductas realizadas por el hombre como ser inteligente y libre y por las que se respeta lo “suyo”, lo que tiene razón de bien en cuanto contribuye o brinda la oportunidad de perfección a su titular³⁰⁴.

Frente al imperativo de definir el derecho, el realismo clásico apuesta a la filosofía, dado que “*lo jurídico*” trasunta una relación antropológico-metafísica pre-moral. La naturaleza del derecho, según esta concepción, debe ser buscada en la naturaleza del hombre. Existen, pues, exigencias inscriptas en el ser humano que lo llaman a vivir en sociedad y a crecer en perfección con los otros, condición que funda la necesidad de un

³⁰² Cf. VIGO, Rodolfo Luis, *Las causas del derecho*, 2da edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2010, pag. 154.

³⁰³ Podemos advertir aquí una profunda diferencia con el iusnaturalismo del iusfilósofo alemán Samuel Puffendorf que predicó una determinación de los contenidos concretos del derecho natural. Sobre la premisa de la naturaleza social del hombre como contrapeso de su nativa fragilidad física, Puffendorf construyó todo el edificio de su derecho natural, a punto tal que redactó una especie de código iusnatural en ocho tomos, donde las más diversas situaciones jurídicas están previstas y reguladas. Esta tendencia iusnaturalista se encuentra actualmente perimida, atento a que existe amplio consenso de que el saber jurídico iusnatural es un producto que se manifiesta y descubre en la determinación de lo justo concreto, en la realidad del caso particular, por lo que las formulaciones en abstractos devienen artificiosas y con una cuota inevitable de arbitrariedad. (ver GARDELLA, Lorenzo, op. cit., Tomo I pag. 54).

³⁰⁴ Cf. MASSINI CORREAS, Carlos I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ed. Abaco, 1998, p. 28.

orden jurídico encargado de posibilitar el bien común para que de ese modo cada uno alcance el buen vivir³⁰⁵.

Para acceder al núcleo de lo jurídico debemos hacerlo a través de sus causas, puesto que conocer científicamente es conocer a la luz de sus causas. Para no quedarnos en el “*factum*”, para llegar al “*verum*”, es preciso una explicación causal del derecho³⁰⁶.

En tal sentido, el realismo clásico reconoce cinco causas.

1) La causa material como aquella de lo cual se hace o puede hacerse algo. Es intrínseca y comunica su ser al que de ella depende. Conforman el principio determinable o potencial del ente³⁰⁷.

La causa material del derecho es la conducta humana social, puesto que condensa la actividad humana en la que el derecho se encuentra potencialmente, vale decir como acto humano determinable jurídicamente³⁰⁸.

Por actividad humana aludimos al obrar inteligente y libre del ser humano, con exclusión de los actos involuntarios. De lo expuesto, se derivan las siguientes notas:

- La acción que interesa a la justicia no es aquella que aparece como hacer, como “*factum*”, sino específicamente como obrar. El “*facere*” es una actividad inteligente que se ejerce transformando una materia exterior. El derecho no pertenece al orden lógico, ni al productivo, sino al práctico, es decir aquel que concierne a la plenificación o frustración del hombre como tal.

- La conducta humana en cuanto social implica exterioridad. Esto significa que la materia del derecho excluye a las conductas meramente interiores, que quedan encerradas en la intimidad psíquica del sujeto, y exige conductas que trasciendan esa subjetividad y establezcan la coordinación con otro hombre.

- Y, por supuesto, esta conducta supone alteridad. La justicia propiamente dicha rectifica actos referidos a otro sujeto, dado que lo social importa una referencia necesaria a “*otro*”. La justicia realiza la adecuación de la obra exterior con otro³⁰⁹.

2) La causa formal constituye un principio intrínseco del ente que, a diferencia de la causa material, se caracteriza por ser determinante y especificador. Es aquello por lo que una cosa es lo que es según su especie. La forma es lo que determina a la materia.

³⁰⁵ KALINOWSKY, Georges, Sur la muabilité du concept de nature et l’immuabilité de la loi naturelle, *Das Naturrechtsdenken, heute und morgen*, Duncker-Humblot, Berlín, 1983, pag. 50.

³⁰⁶ ARISTOTELES, *Segundos Analíticos*, I, 2, 71 b 30.

³⁰⁷ Cf. GONZALEZ ALVAREZ, *Tratado de metafísica. Ontología*, Ed. Gredos, Madrid, 1961, pag. 399.

³⁰⁸ Cf. LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Ed. Rialp, 1979, pag. 189.

³⁰⁹ SANTO TOMAS DE AQUINO, S. Th., II-II, q. 57, a.1.

En tal aspecto, tenemos una forma sustancial que actualiza la materia prima, determina originariamente el ser y lo especifica de modo primario y fundamental. Y una forma accidental que presupone una sustancia ya constituida, a la que le confiere ulteriores determinaciones y actualizaciones de su materia segunda³¹⁰.

La causa formal del derecho es lo que corresponde según una especie de igualdad; derecho o justo es lo ordenado a alguien según algún modo de igualdad. Ser justo significa vivir la igualdad con el otro, darle en igual medida que lo debido, ajustar la conducta a sus títulos, no alterar la medida de lo suyo. El derecho, en suma, queda satisfecho cuando se guarda esa igualdad exterior con lo suyo del otro.

Es importante distinguir que esa relación de igualdad que se establece en la obra justa entre la conducta y el título del otro puede fundarse en la naturaleza misma o puede derivarse de una determinación positiva y contingente. Dicho de otro modo, la igualdad puede basarse en los fines de la naturaleza humana a los cuales se ordena o inclina constitutivamente el hombre y que son captados por la sindéresis, o bien pueden ser el producto de la opción racional de los hombres, normas puestas por la autoridad que determinan y prescriben ciertos suyos³¹¹.

Asimismo, podemos verificar un doble orden de lo suyo natural: los derechos primarios u originarios y los derechos secundarios o derivados. Los primeros son aquellos impuestos por la naturaleza humana considerada en sí misma, por cuanto se corresponden con las exigencias inscriptas en la razón en tanto señalan fines o inclinaciones naturales que posibilitan al hombre, individual o socialmente, su plenitud o bien³¹². Por ejemplo, la consideración de la vida humana como bien básico para el desarrollo del hombre es fundamento natural directo del deber de no matar. Los segundos se derivan racionalmente a partir de los primarios y expresan los medios que el hombre deberá ejercer para obtener los fines intrínsecos a su ser. Por ejemplo, la libertad de prensa configura un derecho natural secundario, por cuanto deriva de la libertad de expresión y funciona como medio instrumental para su salvaguarda.

³¹⁰ Cf. GRANERIS, Giuseppe, Contribución tomista a la filosofía del derecho, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1973, pag. 23.

³¹¹ RAMIREZ, Santiago, El derecho de gentes, Ed. Studium, Madrid, 1955, pag. 193.

³¹² Cf. VIGO, Rodolfo Luis, Las causas del derecho, op. cit., pag. 168: *“Esas inclinaciones comportan una carga axiológica y normativa que su intelecto práctico, que ejerce su función cognoscitiva en vista a la dirección de la acción, aprehende, emitiendo juicios, estimativos o normativos, que corresponden según el caso. Es evidente que las inclinaciones humanas en cuestión son naturales en el sentido más estricto y por lo tanto buenas, sólo porque son esenciales, es decir expresivas de la esencia del hombre en la cual están ancladas”*.

Correlativamente, el derecho positivo puede ser por accidente (por conclusión) o por sí (determinación)³¹³. En el primer caso, la ley humana formaliza exigencias derivadas del derecho natural mediante la consagración normativa de tales contenidos. En el segundo caso, el derecho positivo es indiferente en un principio, es decir antes de que sea establecido por la norma jurídica supone una indeterminación en el orden natural; sólo ya ha sido estatuido por la ley, no es indiferente, sino que es justo guardarlo e injusto transgredirlo.

3) La causa ejemplar encuentra su antecedente filosófico en Platón. Descalificada como tal por Aristóteles y reintegrada por Santo Tomás, la causa ejemplar se sintetiza como la forma que imita la obra y dirige la acción del agente que se propone como fin. Es el modelo o aquello a cuya semejanza el agente realiza su operación³¹⁴.

La causa ejemplar de todo ente jurídico es la ley, entendida no como el derecho mismo sino como una cierta razón del derecho. La ley es, en tal aspecto, modelo o regla del derecho o lo suyo de cada uno, que exige ser realizado en las conductas interhumanas³¹⁵.

En este punto, es posible distinguir entre ley eterna y ley natural.

La primera es la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos de todos los seres racionales e irracionales; así ella es el principio del orden universal tanto físico como moral, a través del cual las cosas se conducen a su perfección. La ley eterna imprime interiormente en todo lo creado los principios de sus movimientos y operaciones, sellando en cada cosa un modo propio de acción y de pasión, una inclinación natural, orientándolas a sus respectivos fines, perfecciones o acabamientos.

La ley natural no es propiamente algo diferente de la ley eterna, sino simplemente una participación de ésta, que el hombre conoce en sus propias inclinaciones, que lo induce al bien y que lo aparta del mal. La participación de las criaturas irracionales en ese orden universal es pasiva y forzosa, mientras que el hombre se encuentra sometido por medio del conocimiento y del apetito racional, lo que le posibilita una participación formal en la ley eterna. Esa participación de la ley en el hombre constituye la ley natural, pues ésta se integra en la referida ordenación de un modo activo, dado que por su inteligencia y libre albedrío tiene capacidad para ir determinando circunstancialmente su propia vida moral, orientada a la felicidad³¹⁶.

³¹³ SANTO TOMAS DE AQUINO, S. Th., II-II, q. 57, a.3.

³¹⁴ Cf. GONZALEZ ALVAREZ, Tratado de metafísica. Ontología, op. cit., pag. 403

³¹⁵ Cf. DE YORRE, Gregorio, Etica, Vittorio, Ed. Eset, 1969, pag. 133.

³¹⁶ SANTO TOMAS DE AQUINO, De Verit., c.3, a.1.

Debemos tener presente que la ley natural comprende todos los preceptos morales o éticos, por lo que sólo un sector de ella es estrictamente jurídico, aquel que comprende los débitos de justicia fundados en la naturaleza de las cosas. Dicho de otro modo, la ley natural abarca las conductas personales y las infrahumanas, su objeto es el cuadro completo de las virtudes humanas, y su exigencia incluye la intencionalidad del sujeto que opera. En cambio, el ámbito de lo jurídico se reduce a aquellas conductas exteriores referidas al sujeto a quien se le otorga lo suyo o no se lo priva de ello, prescindiendo en principio de la interioridad o ánimo con el que se llevan a cabo. En fin, la ley jurídica es la fórmula con la que se expresa el derecho.

La ley jurídica natural es normalmente causa ejemplar remota de la conducta jurídica, por cuanto las más de las veces se expresa a través de la mediación de la ley positiva. Esta última funciona como causa ejemplar próxima. Sin embargo, en algunas situaciones, puede funcionar la ley natural con el grado de ejemplaridad que le corresponde al ordenamiento positivo, vrg. normas positivas injustas, ausencia de normas rectificación de la ley positiva por la equidad³¹⁷.

4) La causa eficiente es aquella por la cual algo es hecho. Es extrínseca, toda vez que trasunta una realidad distinta del ser sobre el cual proyecta su influencia generadora. De lo que se deduce que la causa eficiente es primera en el orden del obrar. A diferencia de la causa ejemplar y final que ejercen una influencia meramente intencional sobre el efecto, la causa eficiente tiene influencia directa sobre éste³¹⁸.

La causa eficiente del derecho, en cuanto conducta que da al otro lo suyo o no lo priva de lo suyo, está conformada por la ley natural jurídica y las normas jurídicas positivas, en la medida de que engendran y ordenan diferentes obligaciones o débitos hacia otro. La ley, por intermedio del deber que crea en nosotros, es causa eficiente³¹⁹.

Como podemos advertir, el objeto de la causa ejemplar y la causa eficiente es coincidente, más la perspectiva desde la cual se la aborda es cualitativamente diferente. En tanto que la causa ejemplar mira a la ley natural y positiva como fórmula o modelo a través de la cual se expresa el derecho, la causa eficiente contempla a la ley como fuente prescriptiva del derecho.

Las leyes no se conforman con descripción de conductas, sino que es necesario que el orden de justicia impartido sea un orden vivido y efectivo, mediante el establecimiento de mandatos que constriñen las voluntades de sus destinatarios para lograr que en

³¹⁷ Cf. BARDETTE, D., *Ética o filosofía moral*, México, Ed. Tradición, 1974, pag. 81. Citado por VIGO, Rodolfo Luis, *Las causas del derecho*, op. cit., pag. 77.

³¹⁸ Cf. SORIA, Carlos, *Introducción a la cuestión 92*, Madrid, Ed. BAC, 1956, pag. 95 y ss.

³¹⁹ SANTO TOMAS DE AQUINO, *S. th. I, q. a.5.*

definitiva se produzcan los actos de justicia imperados. La ley mueve “*exigítivamente*” al acto: haz esto o no lo hagas.

La causa eficiente, al igual que la causa ejemplar, no sólo se expresa en normas, sino también en principios jurídicos, entendidos como mandatos de optimización que ordenan la mejor conducta que resulte fáctica y jurídicamente posible.

En síntesis, podemos afirmar que la ley, por medio del deber que crea en nosotros, es causa eficiente del derecho.

5) Por último, la causa final representa aquello por lo cual algo se hace. La causalidad del fin reside en la atracción que despierta el mismo en el agente. Existe coincidencia entre fin y bien, atento a que éste es aquello por cuya realización se mueven los entes. Así, un ser no es formalmente bueno porque es apetecible, sino que es apetecible porque es bueno³²⁰.

La causa final del derecho es el bien común temporal.

Decimos que es bien, porque el derecho es perfectivo del hombre en cuanto relación por la que éste apetece aquello que lo perfecciona.

Es común, en cuanto posee una capacidad perfectiva extensiva a varios, por lo que resulta apetecible por ellos. Esto significa que el bien es participable de modo que todos los participantes lo posean, y no por partes ni por cuotas, sino a todo él, aunque no totalmente, sino según la capacidad de cada uno para participar³²¹.

El bien común al que refiere el derecho es temporal, por cuanto concierne al ámbito de la sociedad política en cuyo seno se desenvuelve el mundo jurídico. La ley jurídica como tal es ordenación de la razón dirigida al bien de toda la comunidad política.

El bien común no es una mera aglomeración de bienes individuales, sino que es el bien de nosotros en tanto que nosotros. Comprende el bien de cada uno aunque excediéndole.

Con mayor rigor técnico, podemos afirmar que el bien común es el bienestar integral de la sociedad como un todo, aumentando y diversificando lo que los individuos pueden hacer por su bien particular, completando y coordinando sus fuerzas.

El hombre es ayudado por la sociedad para que no solamente viva, sino para que viva bien. El hombre está inclinado a vivir en sociedad y necesita de ella para el desarrollo de su ser y la consecución de su felicidad temporal. El bien común se funda en definitiva en la misma naturaleza social, pues negar la sociedad política y su fin implica desconocer

³²⁰ ARISTOTELES, *Metafísica*, Lib. V, c. 2.

³²¹ SANTO TOMAS DE AQUINO, *S. Th.*, q. 1. ad. 1.

la naturaleza humana. El que busca el bien común de la sociedad, por añadidura persigue su bien individual³²².

Es que la sociedad es la unión de los hombres para perfeccionarse en comunidad y no simplemente para estar juntos. Se llama a ese bien común, en tanto que el fin afecta y beneficia a todos. Y porque para realizarlo se requiere el aporte organizado y coordinado de todos.

El bien común es, en definitiva, esa plenitud ordenada de los bienes necesarios para la vida humana integral, la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales del hombre, y de ahí que el bien común será más perfecto cuanto mayor suficiencia posea de los distintos bienes humanos³²³.

Tras este somero repaso de las causas del derecho, estamos en condiciones de escrutar la idoneidad de la postura en estudio para fundamentar la validez del deber de la víctima de mitigar el daño evitable.

A tales efectos, habrá que determinar si el deber de mitigar el daño evitable es o no derecho, a qué orden/es jurídico/s responde como tal, cuál es el grado de justicia que posee, etc.

Desde el punto de vista metodológico, consideramos apropiado analizar si las cinco causas del derecho se encuentran presentes en el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

La causa material de esta exigencia no es otra que la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. Esta conducta, prefigurada en la exigencia aludida, reúne los requisitos típicos que demanda dicha causa.

Implica, en primer lugar, una actividad humana voluntaria por parte del damnificado, dado que éste conoce y es libre de proceder o no a la reducción del daño que ha sufrido. De hecho, uno de los presupuestos de exigibilidad del deber de mitigar el daño evitable es que la víctima tenga posibilidad de realizar voluntariamente una actividad mitigadora frente al daño padecido.

Asimismo, la mitigación del daño evitable cumple con el requisito de exterioridad, en cuanto involucra una conducta que trasciende el fuero interno del sujeto y se proyecta sobre la realidad exterior.

Finalmente, la conducta que es objeto de la exigencia satisface el requisito de alteridad. En efecto, la mitigación o no del daño evitable por parte de la víctima no afecta

³²² Cf. MESSNER, Johannes, *El bien común, fin y tarea de la sociedad*, Madrid, Ed. Euroamérica, Madrid, 1959, pag. 61.

³²³ JACKES MARITAIN, *La persona y el bien común*, Buenos Aires, Ed. Club de lectores, 1981, pag. 56 y 57.

exclusivamente a ésta, sino también al responsable, por cuanto el grado de cooperación de la víctima condiciona la medida del daño y ésta, a su vez, la extensión del resarcimiento debido, tornando más gravosa la obligación resarcitoria del responsable. Mediatamente, la conducta de la víctima impacta en los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales que integran el acervo de la sociedad política, independientemente de quien detente la titularidad de éstos.

Al estudiar las bases sociológicas del deber de mitigar el daño evitable hemos puesto el foco en la causa material del instituto en cuestión.

La causa formal también se verifica en la exigencia de mitigar el daño evitable.

Consideramos que requerir a la víctima la mitigación del daño evitable se compadece con una especie de igualdad que determina la juridicidad de la exigencia aludida, implica un razonable ajuste de la conducta de la víctima a lo suyo individual (del responsable del daño) y social (de la comunidad).

Y ¿por qué afirmamos que el responsable tendría derecho a que la víctima emplee los medios razonables para mitigar el daño? La respuesta nos reconduce a los principios jurídicos. En rigor, uno de los principios cardinales que domina las relaciones jurídicas entre el deudor y el acreedor, tanto contractual como extracontractualmente –por tratarse de un principio general-, es la buena fe. La buena fe en su aspecto objetivo instituye el deber de colaborar con la contraparte en orden a la satisfacción de sus intereses dignos de tutela jurídica. De este deber se infiere lógicamente el deber de no hacer más gravosa la prestación debida por el deudor. Y, siendo la mitigación del daño evitable un medio para hacer menos gravosa la prestación del deudor (responsable del daño), llegamos a afirmar la existencia de un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Y ¿por qué afirmamos que la comunidad tendría derecho a que la víctima mitigue el daño? La respuesta hay que buscarla en la función del instituto. La prevención, tanto en su aspecto ex ante como ex post, ya no consulta únicamente al interés individual de la víctima y el responsable, sino que trasciende a estos actores y compromete al bien común al cual no le es indiferente la expansión del daño allende que se trate de daño individual o colectivo, como así tampoco le es irrelevante el respeto mínimo de valores básicos como la solidaridad social. El deber de mitigar el daño, en tal sentido, ha trascendido el rígido nivel de la justicia conmutativa para complementarse con nuevas exigencias de justicia general que reclaman conductas más comprometidas con la prevención de los daños.

Dado que la buena fe es un principio de justicia natural y a su vez un principio consagrado positivamente por el orden jurídico argentino, el deber de mitigar el daño

evitable, como deber derivado del principio de buena fe, constituye un deber natural y positivo por conclusión.

Nos hemos referido especialmente a la causa formal al momento de indagar la naturaleza jurídica del deber de mitigar el daño evitable.

La causa ejemplar también está presente en el instituto analizado. Esta se condensa justamente en el principio de buena fe, que funciona como fórmula a través de la cual se expresa la razón del deber de mitigar el daño evitable. A la luz del principio de buena fe, se modela y define el sentido, alcance y contenido del instituto.

Al referirnos a la causa formal del instituto, hemos explicado la relación ejemplar del principio de buena fe con respecto al deber de mitigar el daño evitable. El principio de buena fe como causa ejemplar de esta exigencia ha sido desarrollado in extenso en el título 3.8. de este capítulo.

Como es lógico, este instituto reconoce una causa eficiente. Aquí apelamos nuevamente al principio de buena fe, pero ya no como modelo o razón a través de la cual discurre el deber de la víctima de mitigar el daño evitable. La causa eficiente mira a la buena fe como fuente prescriptiva desde la cual emana el deber de mitigar el daño evitable.

Es el principio de la buena fe el antecedente jurídico que funda la existencia y exigibilidad del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En efecto, este principio jurídico, amén de perfilar una conducta justa, insta con fuerza imperativa a sus destinatarios para que ajusten sus acciones conforme a esos modelos.

En aras de poder cumplir con esa específica misión, la buena fe se exterioriza ya sea a través de la razón práctica que se encarga de ir descubriendo y ejecutando lo justo natural en la conducta del hombre –principio jurídico natural de buena fe–, o bien por medio de normas positivas legales, es decir reglas de conducta dictadas por la autoridad o consuetudinarias, o sea reglas de conducta formadas por la comunidad a través de la repetición de actos con conciencia de su obligatoriedad.

Sin perjuicio de ello, la ley positiva opera en forma concomitante como fuente generadora del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En tal aspecto, los arts. 1, 28, 33, 41 y 75 inc. 22 de la CN, los arts. 16 y 1198 en el Código Civil, y los arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112 en el Código Civil y Comercial. Y, por vía de extensión analógica, los arts. 72 de la ley de seguros 17.408, 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercadería, 372 de la ley general de navegación 20.094 y 2 y 4 de la ley general de ambiente 25.675, constituyen sólidos basamentos normativos que positivizan este deber por vía de conclusión del principio de

buena fe. Y, de modo privilegiado, cabe destacar al art. 1710 del Código Civil y Comercial que reconoce al instituto como deber jurídico en el inc. b y c de dicho articulado.

La buena fe, en cuanto principio jurídico, comunica al deber de mitigar el daño evitable su condición de tal, su fuerza imperativa y coercitiva.

En suma, el principio de buena fe es la causa fuente del deber de mitigar el daño evitable, aquello de lo cual procede el instituto en cuestión.

Hemos estudiado la buena fe como causa eficiente de este instituto en el título 3 de este capítulo.

Finalmente, podemos aseverar que el deber en cuestión tiene una causa final definida. Esta causa es el bien común temporal que se condensa a través de la idea de prevención.

Concretamente, la prevención del daño evitable funciona como bien instrumental eficaz para asegurar la intangibilidad de otros bienes humanos, entendido como fines para el perfeccionamiento integral de la persona humana. Cuando, por ejemplo, la ley establece en cabeza de la víctima de un accidente de tránsito el deber de someterse a un tratamiento médico inocuo, accesible y con perspectivas razonables de curación está nada menos que buscando preservar bienes como la salud y la vida y, secundariamente, el patrimonio del responsable del accidente.

La prevención es un bien humano común, porque no sólo redunda en provecho del hombre individualmente considerado, sino que también es provechosa para la sociedad que, indudablemente, se beneficia con la reducción global de los daños. A la par que el hombre, como integrante de la comunidad, coparticipa de estos beneficios, ya sea en su carácter de parte o tercero.

En suma, la prevención del daño configura un bien instrumental o medio para realizar otros bienes humanos que se verían frustrados en la realidad si la víctima no adoptara las medidas que le son razonablemente exigibles para evitarlo o mitigarlo según el caso.

Hemos tenido oportunidad de explayarnos sobre la causa fin en el punto atinente a la función del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Comprobamos, entonces, que las cinco causas del derecho están presentes en el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima tanto a nivel del orden jurídico natural como positivo. Conforme a los presupuestos iusfilosóficos del realismo clásico, consideramos que la validez del instituto se encuentra adecuadamente justificada.

Allende que las consideraciones hasta aquí vertidas resultan aplicables tanto al Código de Vélez como al nuevo Código Civil y Comercial, no podemos obviar que este

último presenta una plataforma normativa sumamente afín a la concepción del realismo jurídico clásico, toda vez que jerarquiza a los principios jurídicos como fuente directa de derecho, pauta de control axiológico, guía interpretativa del orden normativo y medio de integración normativa. Además, postula expresamente al principio de buena fe como criterio rector de las relaciones jurídicas en general. Y, como si esto fuese poco, reconoce expresamente la juridicidad del instituto en el art. 1710 inc. b y c.

Desde una perspectiva crítica, se le ha reprochado al realismo clásico una dudosa convicción democrática mediante el argumento de que al adherir a un concepto objetivo de verdad no está dispuesto a tolerar el error ajeno. En descargo, y dejando de lado que la experiencia histórica demuestra que ser relativista no es garantía de buena conducta democrática, hay que destacar que la formación de una democracia sólida parecería adecuarse mejor a una línea objetivista que relativista o escéptica, pues éstas últimas suponen reglas frágiles que pueden ser fácilmente modificadas de acuerdo a una imprevisible y nueva decisión individual o colectiva. En cambio, cuando se reconoce un límite infranqueable para toda decisión válida, aun aquella mayoritaria, se está vedando la posibilidad de desconocer jurídicamente aquello mandado contra lo indisponible. De acuerdo a esta idea, las normas positivas no podrían convalidar, so riesgo de perder carácter jurídico, que una víctima obre con evidente menosprecio respecto al daño evitable mediante, por ejemplo, la adopción de una conducta agravatoria del daño o escandalosamente pasiva a la hora de mitigarlo³²⁴.

Otra diatriba que se dirige comúnmente contra el realismo clásico se vincula a su filiación católica. Sin embargo, a poco que concentramos la mirada en la obra de Santo Tomás de Aquino, podemos verificar la autonomía que se le reconoce al saber humano en general y a la filosofía como saber fundamental. Las afirmaciones están basadas en principios propios, no se acepta nada dogmáticamente por autoridad y sólo se admite lo que es evidente o está lógicamente probado. Es conocimiento crítico y comunicable. El derecho natural del tomismo no es para creyentes ni emplea verdades dogmáticas. Podrá decirse a lo sumo que no es ateo, pero tampoco confesional, en cuanto remite a una religiosidad primera y genérica que se asume filosóficamente³²⁵.

De hecho, al fundar la validez del deber de la víctima de mitigar el daño evitable, no hemos adherido ciegamente a supuestas verdades apodícticas, sino que hemos descendido a los fundamentos del instituto, es decir a sus diversas causas constitutivas.

³²⁴ Cf. VIGO, Rodolfo Luis, *Las causas del derecho*, op. cit., pag. 177 y ss.

³²⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *En torno al derecho natural*, Madrid, Ed. Sala, 1973, pag. 32.

Consideramos que el ser de una cosa no puede comprenderse plenamente, sino se indaga en las preguntas fundamentales: ¿qué?, ¿cómo?, ¿por qué?, ¿según qué? y ¿para qué?³²⁶

El método de conocimiento propuesto rechaza la existencia de principios a priori o innatos; lo único innato en la razón práctica es su ordenación a la verdad práctica que es el bien. La razón, al conocer el ser, lo conoce como bien, y de este conocimiento surgen por evidencia los primeros principios operativos, que son en consecuencia posteriores. Estos principios de la *sindéresis* consideran la cosa en sí misma, y son absolutos, universales e inmutables, pues pertenecen al entendimiento y a la voluntad *ut natura*.

Los detractores del realismo clásico, sobre todo de aquellas posiciones *iusnaturalistas* clásicas que exaltan la importancia de los principios jurídicos, también denuncian que esta perspectiva axiologista afecta la seguridad jurídica o la previsión de las soluciones jurídicas³²⁷.

No obstante, a tal objeción es posible contestar que, frente a la tensión entre seguridad y justicia, no hay duda de que ésta prevalece, de manera que frente a la injusticia extrema no hay valor jurídico, no hay seguridad, ni siquiera derecho. De lo contrario, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no esté consagrada normativamente el deber de mitigar el daño evitable ni tampoco normas o principios jurídicos desde los cuales pueda inferirse tal exigencia en el plano del derecho positivo, el derecho tendría que convalidar cualquier conducta de la víctima que actúe con evidente menosprecio o grave negligencia frente al daño evitable.

Entre las fortalezas del realismo jurídico clásico, podemos señalar el humanismo comprometido en todo el ordenamiento jurídico. Existe, en rigor, una inescindible vinculación entre lo jurídico y lo humano³²⁸. La idea de derecho termina siendo una imagen de la idea de hombre.

El llamado permanente es a no perder de vista a la persona humana con su intrínseca dignidad, puesto que si se olvida al hombre y su sociedad nos quedamos con estructuras ininteligibles e inútiles para servir al fin del derecho.

Cuando hablamos del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima estamos pensando prioritariamente en el hombre. En tanto dañador, para que su débito no se vuelva más gravoso de lo que debería ser de acuerdo a un criterio de razonabilidad y justicia. En tanto víctima, para que no sufra más perjuicios que los que la acción dañosa

³²⁶ Cf. MASSINI CORREAS, Carlos I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Abaco, 1988, pag. 99.

³²⁷ OLLERO, Andrés, *La eterna polémica del derecho natural*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, pag. 177 y ss.

³²⁸ FOCALUT, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1991, pag. 23.

inexorablemente determina y no se vea en la necesidad de restaurar su estado anterior al daño mediante remedios resarcitorios que no siempre son apropiados para lograr tal objetivo. En tanto terceros o demás integrantes de la comunidad, para que no se vean reducidos los bienes que conforman el acervo común de la sociedad. El hombre es, al fin y al cabo, el centro de interés en torno al cual gira la virtualidad y eficacia del instituto.

Otra virtud de la escuela iusnaturalista es la reivindicación de los principios. Muchos rasgos e institutos que exhibe actualmente el derecho vivo resultan muy difíciles de entender, aplicar o justificar desde concepciones iuspositivistas centrales. El recurso creciente a los principios jurídicos, tanto a nivel jurisprudencial como legislativo y doctrinario, en cuanto suponen un contenido moral, encuentra claras alusiones iusnaturalistas o no positivistas. Incluso, el tradicional normativismo del derecho penal, anclado en la tipicidad de los delitos, ha experimentado puntos de tensión con el iuspositivismo. Basta pensar en el reconocimiento de delitos imprescriptibles o en tipos penales ampliados por el *ius cogens* o el derecho penal secundario.

Esta característica se ve claramente en el instituto de la mitigación del daño evitable, cuyo fundamento, sentido y alcance viene dado por la influencia directa de los principios jurídicos, sin perjuicio de que la regulación normativa de sus efectos coadyuve a una más precisa y exacta aplicación.

Finalmente, la tesis iusnaturalista rescata el carácter integral del saber jurídico. Desde ese lugar, se rechaza el juridicismo extremo, obsesionado por independizar el derecho de toda contaminación moral, política, económica, cultural. La tentación juricista constituye una clara manifestación del positivismo científico.

Existe, en tal sentido, una dinámica de mutuo intercambio entre el saber jurídico y el resto de las disciplinas científicas. Es que el derecho está inescindiblemente ligado a la sociedad. A la postre, el derecho se forma, desarrolla y sirve a la sociedad o al bien común de aquélla. Motivo por el cual no sólo hay que computar factores sociales, sino también políticos, económicos, culturales, éticos.

Un botón de muestra para evaluar la no insularidad del derecho lo constituye la decisiva noción de validez. La reducción de su caracterización a aspectos meramente formales o sistémicos no sólo empobrece la noción de validez sino que deja sin respuesta la pregunta elemental que suscita la norma en su destinatario acerca de si ella tiene fuerza para obligarlo.

En suma, suscribimos a la postura iusnaturalista clásica y, dentro de ella, a aquella vertiente que recepta tanto normas como principios jurídicos naturales. Consideramos que

uno de los desafíos –y quizás también cuentas pendientes- del iusnaturalismo es lograr desarrollos científicos en los que se plasme el carácter integral del saber jurídico.

Con esa convicción, hemos abordado los distintos capítulos de nuestra tesis. No hemos dudado en dedicar varias páginas al estudio de estos aspectos *prima facie* extrajurídicos o, más exacto sería decir, no positivos. De ahí el relevamiento de las bases sociológicas del instituto, la reflexión sobre el enfoque gnoseológico dentro del cual se gesta el fenómeno de la mitigación del daño evitable como deber jurídico, el análisis económico de la figura y su interrelación con el ordenamiento jurídico, el estudio iusfilosófico de la exigencia, la investigación histórica y comparada. Como puede apreciarse, la metodología que anima a la tesis es consecuente con la concepción del realismo jurídico clásico.

7. Autonomía.

Hasta aquí sabemos que la exigencia de mitigar el daño evitable tiene un fundamento, una naturaleza y una función propia. Se trata de tres notas esenciales que permiten calificar a la figura como una entidad jurídica diferenciada. Y que son representativas de las causas constitutivas del instituto.

Al referirnos a la autonomía del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, pretendemos dar un nuevo paso. Ya no se trata de indagar en el qué, en el por qué y en el para qué del instituto, sino en determinar si la figura reconoce reglas y principios propios, sin perjuicio de su subordinación a normas y principios jurídicos de orden superior o si, por el contrario, resulta absorbida por otra institución jurídica³²⁹.

Si de las reglas y principios inherentes a la mitigación del daño evitable podemos ascender a sistemas más amplios y generales o a los principios generales del orden jurídico sin subsunción previa en otras figuras positivas “*intermedias*”, estaremos en condiciones de afirmar la autonomía del deber de mitigar evitable el daño por parte de la víctima. Si, en cambio, la figura queda atrapada o forma parte del desarrollo lógico de otra institución que

³²⁹ Cuando aludimos a la autonomía de este deber, nos referimos puntualmente a la autonomía “*científica*”, que es la única verdaderamente decisiva a los efectos analizados. Lorenzo Gardella distingue otros tipos de autonomía. A saber: autonomía legislativa (que resulta de la existencia de un régimen legal propio del instituto), jurisdiccional (que integre la competencia de un tribunal como contenido jurídico distinto e independiente) y didáctica (que la figura se presente y se enseñe como un instituto jurídico diferenciado de otros). Ver GARDELLA, Lorenzo, op. cit., Tomo II pag. 92.

actúa como recurso mediador entre los principios jurídicos fundamentales y la exigencia aludida, no corresponderá proclamar la existencia autónoma del instituto.

Guibourg define la autonomía como la aptitud de un instituto para mantener cierta estabilidad en su propio funcionamiento a pesar de las variaciones del entorno y -a veces y en diversa medida- aun a pesar de las fallas que afecten su propia estructura. Se trata de una definición compleja de la cual es posible deducir: 1) que no se opone a la autonomía de la figura que la misma se inserte dentro de un sistema más amplio –siempre que no se trate de un instituto que absorba su contenido-, 2) que lo decisivo es la relativa estabilidad que debe tener su funcionamiento, 3) que las variaciones externas no deben neutralizar este funcionamiento³³⁰.

La mejor justificación del carácter autónomo de la exigencia probablemente no la encontraremos en este capítulo, sino en aquel referido al régimen jurídico práctico del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En tal instancia, comprobaremos exhaustivamente que el instituto presenta un ámbito objetivo, subjetivo y temporal de aplicación, que los sujetos de la relación jurídica en la que emerge este deber presentan ciertas notas comunes, que la figura posee requisitos específicos, que su proyección está acotada por límites derivados de su propia naturaleza, que contiene diversas modalidades expresivas con sus respectivas variaciones regulatorias, que los efectos guardan estrecha conexión con el aspecto estructural y funcional de la figura, que el régimen produce adaptaciones relevantes en el razonamiento judicial, que las pautas de valoración de la conducta objeto del régimen asumen un carácter especial, etc.

En esta instancia, nos ocuparemos de desarrollar otra línea argumental que, a nivel conceptual y jurídico, resultará determinante para afirmar la autonomía del instituto dentro del sistema de responsabilidad civil en particular, y del ordenamiento jurídico en general³³¹.

Una de las principales objeciones que plantean quienes niegan la autonomía del deber de la víctima de mitigar el daño evitable es que el pretendido instituto estaría

³³⁰GUIBOURG, Ricardo, Autonomía, publicado en LA LEY 2007-E, 1361. El autor emplea la siguiente analogía: La autonomía, en este sentido, comprende las reservas (energía almacenada para hacer frente al funcionamiento normal y, llegado el caso, a las emergencias), el esquema de variabilidad (estructura que permite echar mano de las reservas y aplicarlas donde y cuando hagan falta) y el subsistema regulador (estructura que almacena el modelo de estabilidad, advierte las variaciones y aplica en cada caso los criterios de reacción destinados a promover el mantenimiento de aquel modelo). Esta definición de "autonomía" puede parecer un poco difícil para quien no esté familiarizado con los enfoques sistémicos; pero, bien mirada, abarca razonablemente la mayoría de los usos que damos a esa palabra en los más diversos contextos.

³³¹REGLERO CAMPOS, Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguros, Madrid, CES, 1990, pp. 212-230.

subsumido en la noción de “*culpa o hecho de la víctima*” como eximente de responsabilidad civil. Y que, por lo tanto, la consideración separada de este deber no tendría ningún sentido lógico ni práctico³³².

Existen sólidas razones para echar por tierra dicho planteo.

Antes de entrar a indagar las diferencias existentes entre ambos institutos, estimamos constructivo señalar las coincidencias básicas: 1) la intervención de la conducta de la víctima en la escena del daño, 2) el aporte causal de ésta en la producción del daño final³³³, 3) sus efectos se canalizan en una disminución o supresión de la indemnización debida a la víctima.

En un intento conciliador, Soler Presas ha sostenido que “*correcta o no desde el punto de vista metodológico la asimilación del deber de mitigar con la concurrencia de culpas, lo importante es que hay acuerdo en que aún tratándose de un daño causado exclusivamente por el demandado, no puede imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante*”. En otros términos, se niega el resarcimiento de la pérdida que sea una consecuencia agravada del daño-base cuya producción pueda ser atribuida a la víctima³³⁴.

Coincidimos con la autora en subrayar la importancia de esta verdad jurídica común a ambos institutos, en cuanto permite erradicar la injusticia patente que significaría que una víctima que contribuyó a la causación del hecho dañoso o no arbitró las medidas que le eran exigibles para mitigarlo sea, pese a ello, resarcida por la totalidad del daño sufrido.

Sin embargo, creemos que es necesario dar un nuevo paso. Es preciso perfeccionar el tratamiento jurídico de la conducta de la víctima que interviene en la escena del daño. Tal cometido nos empuja a distinguir dos supuestos ontológicamente diferentes respecto a la forma de participación de la víctima en la relación jurídica contractual o aquiliana y que, por esa misma causa, reclaman una respuesta diferenciada por parte del derecho, sin perjuicio de sus puntos de convergencia básicos³³⁵.

³³² En tal sentido, se expresa Mosset Iturraspe: “*habrá culpa concurrente cuando el perjuicio sufrido por la víctima reconozca como causa fuente, además de la conducta del victimario, su propia quehacer; pero también se da dicha concurrencia cuando la víctima omitiera realizar los actos encaminados a evitar o a disminuir el daño...*”. (cf. LIZ, Carlos Alberto, VELLA, Liliana A., La agravación del perjuicio por el damnificado, publicado en Revista jurídica argentina LA LEY, 1994 E, Buenos Aires.

³³³ Cuando hablamos de daño final, nos referimos al total de los daños causados (perjuicio inicial, consecuencias dañosas derivadas de éste, nuevos daños resultantes de aquellos).

³³⁴ SOLER PRESAS, Ana, op. cit., p. 960.

³³⁵ Con buen criterio, el Código Civil Italiano recepta esta distinción en el art. 1227 mediante la regulación de dos hipótesis: 1) la concurrencia de culpa del acreedor en la producción de los daños, con el fin de una reducción proporcional del resarcimiento, dispuesta en el párr. 1° y las consecuencias ulteriores evitables por el acreedor, como única causa eficiente, en el párr. 2°.

Es hora, pues, de presentar las diferencias entre la culpa o hecho de la víctima –o también llamada concurrencia de culpas o causas cuando el aporte causal no es exclusivo de la víctima- y el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima³³⁶.

Como primera cuestión, debemos ponderar que el hecho o culpa de la víctima se caracteriza por interrumpir total o parcialmente la relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño resarcible y, en esa medida, opera como una eximente de responsabilidad. Como podemos apreciar, la eximente hace foco en la conducta de la víctima anterior o concomitante al daño originario toda vez que opera como su antecedente causal. De donde se sigue que si el daño jurídico es atribuible exclusivamente al agente, no cabe la aplicación de la eximente.

El deber de mitigar el daño evitable pondera la conducta de la víctima posterior a la ocurrencia del daño originario, en tanto la misma repercute como agravación del perjuicio originario. A diferencia del supuesto anterior, el perjuicio originario puede ser atribuido parcial e incluso totalmente al agente del daño. Lo esencial es que subsista una relación de causalidad exclusiva o concurrente entre la conducta antijurídica del agente y el daño resarcible. De ahí que el hecho de la víctima que quiebra totalmente el nexo causal obste a la aplicación del instituto, puesto que la cuestión queda ceñida a la esfera de intereses de la propia víctima, se pierde la alteridad como condición de lo jurídico y tampoco media afectación del principio de buena fe como fundamento de la exigencia aludida.

Dicho de otro modo, el deber de mitigar entra en juego una vez que se ha resuelto la cuestión de la atribución causal jurídicamente relevante entre el daño y el incumplimiento, esto es, cuando ya no hay duda alguna de que el incumplimiento es la causa de todo o parte del daño y, por ende, el juicio de responsabilidad ha sido confirmado positivamente. En

Por consiguiente, la situación que se regula en el párr. 1, concerniente a la fase causal del daño, refleja una hipótesis de concurrencia de causas: el hecho del deudor-causante del daño y el del acreedor-damnificado. Y la situación regulada en el párr. 2° del art. 1227, por el contrario, presupone que el evento dañoso inicial ya se ha producido, y refleja la hipótesis de las consecuencias ulteriores a la lesión originaria y, por lo tanto, imputables a una única causa eficiente, pero evitables por el acreedor-damnificado.

³³⁶ No obstante lo dicho, es oportuno remarcar que, en el esquema del Código Civil, se abre otra postura que goza de gran predicamento en doctrina y jurisprudencia que plantea que el simple hecho de la víctima es suficiente para provocar la ruptura del nexo causal, aunque no medie reproche alguno a su conducta. En tal aspecto, sus defensores argumentan que el vocablo “*culpa*” es utilizado en sentido figurado o impropio, dado que ningún juicio de reproche subjetivo puede formularse a quien comete un desacierto que termina perjudicándolo. Por lo que sostienen que el centro de la cuestión debe ser emplazado en torno a la relación de causalidad: no se trata de ponderar culpas sino autorías materiales y, desde ese ángulo, tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable pueden ser causa adecuada, exclusiva o concurrente, del daño. Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, Tomo III, 2 ed., Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998. El Código Civil y Comercial se inclina decididamente por este criterio, al reconocer al hecho –sea o no culposo- de la víctima como eximente de responsabilidad civil.

contrapartida, el hecho o culpa de la víctima pone precisamente en jaque esa misma atribución causal y, en virtud de ello, configura una eximente que excluye o, cuanto menos, limita la responsabilidad del agente del daño.

Así caracterizada, claramente se deduce que la invocación del deber de mitigar el daño por parte de la víctima no resolverá el problema de la intervención del perjudicado en la producción del daño desde el momento en que su aplicación presupone la imputación del mismo al deudor incumplidor. El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima está llamado a resolver un interrogante distinto, cuál es si debe responder el autor de un perjuicio por las consecuencias dañosas que habrían podido ser razonablemente aminoradas por el acreedor del resarcimiento³³⁷.

Resulta didáctico, en este aspecto, distinguir la mecánica causal en los diferentes tipos de supuestos fácticos.

Cuando el daño se debe exclusivamente a la actuación culpable (rectius; causal) de la víctima, no hay más nexo causal con el daño que el de tal actuación, dando lugar a que el (supuesto) agente dañoso no sea responsable por no haberlo causado en absoluto.

Cuando el daño se debe a la actuación concomitante (causal) del agente dañoso y del paciente, la concurrencia de culpas supone que cada uno de ellos es el causante total del daño, de modo que todo el daño lo ha causado el agente dañoso y, a su vez, todo el daño lo ha causado el sujeto paciente, aunque cada uno haya contado con el concurso del otro³³⁸.

Cuando hablamos del incumplimiento del deber de evitar el daño o de mitigar sus consecuencias, es perfectamente posible que el daño haya sido exclusiva o

³³⁷SOLER PRESAS, La valoración del daño en el contrato de compraventa, Pamplona, Ed. Editorial Aranzadi, 1998, pag. 63 y ss.

³³⁸CRESPO, Mariano Medina, La valoración civil del daño corporal, Bases para un tratado, Tomo III, Volumen I, Las reglas generales del sistema, Ed. Dykinson, 1999, Madrid, pag. 246 y ss. Refiere el autor que en tales casos: “*es rigurosamente justo, en principio, que el agente del daño haya de resarcir por completo a la víctima; y es exactamente justo que esa víctima, que se autocausó el daño no obtenga resarcimiento alguno; y por lo mismo es injusto que el agente del daño no lo resarza y es injusto que la víctima cocausante deje de ser resarcida por un daño que, aunque es autodaño, también es daño de causación ajena. Confluyen así alteridad y ensamblamiento dañoso. [...]*”

Si el agente del daño restaurara por completo a la víctima co-causante, siendo injusto que ésta fuera resarcida por completo, habría que devolver lo que, al tiempo, le correspondía y no le correspondía, con lo que también se caería en los vicios de un círculo que sólo puede cortarse mediante un mecanismo por el cual los sujetos que compartieron la producción del daño compartan su reparación, estableciéndose por ello las correspondientes cuotas ideales de aportación causal que también son internas, pues en el ámbito externo la totalidad del daño causado. Cuotas internas que en este caso operan inmediatamente, como si fueran externas, dado que en este supuesto la restauración del daño y su equilibrio son simultáneos, lo que se traduce en que el sujeto pasivo del daño sea restaurado sólo en atención a la cuota de aportación causal”.

concurrentemente causado por el agente dañoso sin que en su producción haya contribuido el damnificado.

El deber de mitigar entra en juego cuando, producido el hecho dañoso e imputable total o parcialmente al agente, el perjudicado, con su conducta, no erradica ni aminora las consecuencias del daño tras su producción.

En detalle, la secuencia sería la siguiente: un agente que produce el daño y un damnificado que, con una conducta adecuada, que le es exigible, habría podido evitar que el daño se agravara. La víctima no participa necesariamente en la producción del hecho dañoso, que tiene como interviniente necesario al agente, pero es el que da causa la agravación de dicho daño.

De lo expuesto, cabe concluir que la conducta de la víctima no sólo trasciende causalmente en el momento de producirse el hecho generador de los daños, sino también cuando la negligencia se sitúa cronológicamente en un momento posterior a la producción del siniestro; por ejemplo, si no avisó tan pronto como pudo para proceder a la rápida extinción del incendio originado por el demandado, si no quiso someterse a los tratamientos adecuados para la curación, si omitió los recaudos mínimos para evitar la agravación de los daños.

Nadie plantea que este segundo tipo de conducta de la víctima sea indiferente al derecho. Lo que ocurre es –y aquí yace la distinción fundamental- que estos casos deben resolverse a tenor de la buena fe y no de la culpa o hecho de la víctima como eximente de responsabilidad. El reproche que se le formula a la víctima ya no se funda tanto en la suscitación de un mal, sino más bien en la amplitud dimensional de sus consecuencias.

En esta tónica, Zavala de González precisa que *“el hecho de la víctima puede atenuar la obligación resarcitoria no sólo cuando es concausa del daño, sino también cuando no elimina o no disminuye el daño imputable a otro, si estas omisiones sobrevinientes coadyuvan a desenvolver el perjuicio inicial. Así es jurídicamente relevante la conducta del damnificado que, con ulterioridad al daño originario, guarda una injustificada pasividad sin intentar las medidas razonables para paliarlo”*.³³⁹

Hecha la distinción principal, y en aras de una mayor claridad expositiva, procederemos a poner de relieve otras diferencias existentes entre ambos institutos.

En cuanto a su fundamento, la culpa de la víctima tiene sustento normativo en el principio de causalidad adecuada (arts. 902 y ss. confrontado con el art. 1111 del Código Civil; y arts. 1726 y 1729 del Código Civil y Comercial), en tanto que el deber de la

³³⁹ZABALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., ps. 292 y ss.

víctima de mitigar el daño evitable encuentra respaldo en el principio de buena fe (art. 16, 1198 del Código Civil; y arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1061, 1710 y cctes. del Código Civil y Comercial).

En cuanto a su naturaleza jurídica, el instituto de la culpa de la víctima funciona como una eximente de responsabilidad civil que quiebra el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño resarcible. En tanto que la exigencia de mitigar el daño evitable constituye un deber jurídico que el ordenamiento impone en cabeza de la víctima de un daño resarcible.

En cuanto a la relación entre la conducta y el hecho dañoso, la culpa o hecho de la víctima implica una interrupción necesaria del nexo causal, que podrá ser total o parcial. En cambio, el deber de mitigar el daño evitable presupone, contrariamente, la subsistencia de esa relación de causalidad entre la conducta antijurídica del agente y el daño, por lo que sólo admite una interrupción parcial más no total de dicho nexo.

En cuanto a la incidencia causal, la culpa de la víctima supone una interrupción total o parcial del nexo de causalidad adecuado entre la conducta antijurídica y el daño resarcible. El deber de la víctima de mitigar se traduce normalmente en una potenciación del nexo causal que redundará en un aumento de las consecuencias dañosas³⁴⁰.

En cuanto a la fase temporal de actuación, la culpa de la víctima –como eximente de responsabilidad- se proyecta sobre el momento anterior o simultáneo a la producción del perjuicio. En tanto que el deber de mitigar el daño evitable se refiere al momento posterior a la ocurrencia del hecho dañoso³⁴¹.

En cuanto a la proyección de la conducta, la culpa de la víctima está referida al hecho dañoso en sí. El deber de la víctima de mitigar el daño evitable se vincula a las consecuencias derivadas del hecho dañoso.

En el Código de Vélez, encontramos un artículo que no toma posición respecto a la problemática planteada. El art. 1111 del Código Civil reza lo siguiente: *“El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”*³⁴².

La norma no distingue entre la culpa de la víctima y el deber de mitigar el daño evitable por parte de ésta. Simplemente refiere al hecho culposo de la víctima. Expresión que resume ambas modalidades. El problema es si corresponde distinguir un régimen de otro.

³⁴⁰ BENITEZ CAORCI, Juan J., *op.cit.*, pag 8.

³⁴¹ Cf. JOURDAIN, Patrice, *Rapport introductif*, publicado en *Fault – il moraliser le droit francais de la reparation du dommage?*, 20 de Noviembre, Ed. Petites affiches, 2002, nro. 232.

³⁴² VENINI, Juan Carlos, *El deber de la víctima de mitigar el daño*, *op. cit.*, pag. 87.

El conocido aforismo latino “*ubi lex distinguit, nec nostrum est distinguere*” indica que no hay que distinguir allí donde la ley no distingue. Por lo que la conclusión luciría sencilla: dado que el art. 1111 no distingue, corresponde asimilar el tratamiento de ambos institutos.

El problema es que el ordenamiento jurídico no se integra con un solo artículo del Código Civil, sino con un conjunto de principios y normas jurídicas que también gravitan en la regulación de cualquier problema de la vida civil.

En este contexto, emerge el principio de buena fe (arts. 16 y 1198 del Código Civil) que impone a la víctima el deber de mitigar el daño evitable, y el principio de causalidad adecuada (que surge el juego armónico del art. 901 y ss. y el art. 1111 del Código Civil) que establece la culpa de la víctima como causal de interrupción del nexo de causalidad adecuada como presupuesto de responsabilidad civil³⁴³.

En efecto, la buena fe en su aspecto objetivo instituye el deber de colaborar con la contraparte en orden a la satisfacción de sus intereses dignos de tutela jurídica. De este deber se infiere lógicamente el deber de facilitar, humanizar y no hacer más gravosa la prestación debida por el deudor. Y, siendo la mitigación del daño evitable un medio para hacer menos gravosa la prestación del deudor (responsable del daño), llegamos a afirmar la existencia de un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Como puede advertirse, ambos principios -buena fe y causalidad adecuada- operan como fundamentos jurídicos autónomos y distintos de los dos supuestos referidos, como así también explican sus respectivas diferencias. El primero comprende la intensificación del daño por conducta agravatoria positiva de la víctima y/o por no adopción de las medidas tendientes a mitigarlo. El segundo refiere a la intervención causal de la víctima en la producción del hecho dañoso.

Ergo, podemos concluir que, aunque el art. 1111 no distingue entre ambos supuestos de participación de la víctima, el ordenamiento jurídico globalmente considerado introduce –por vía de principios y normas generales- la distinción fáctica y jurídica entre la culpa de la víctima y el deber de mitigar el daño evitable por parte de ésta.

Del principio general de la buena fe hemos podido deducir el deber de mitigar como producto jurídico derivado. En efecto, este deber se ha postulado como una manifestación específica del principio de buena fe en las relaciones jurídicas resarcitorias. En base a lo expuesto, deviene posible determinar la existencia autónoma del instituto a partir del método deductivo aplicado al principio de buena fe.

³⁴³ FILIPINI, Aníbal, Autodaño, en Enciclopedia de responsabilidad civil, t. I, ps. 648 y ss (no hay otros datos disponibles).

En el Código Civil y Comercial, la cuestión ha quedado definitivamente resuelta. En primer lugar, ya no se habla de la culpa de la víctima, sino del hecho de ésta con prescindencia de su carácter culposo, salvo que la ley, el contrato u otra circunstancia especial establezcan que debe mediar culpa como condición para que opere la eximente.

El hecho de la víctima opera como causa de interrupción del nexo causal, y se encuentra regulado en el art. 1729 de la de la Sección 3° correspondiente a la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

Por su parte, el deber de mitigar el daño evitable está delineado como derivación específica del deber de prevención. Se halla previsto en el inciso b y c del art. 1710 dentro de la Sección 2° que pertenece a la función preventiva de la responsabilidad civil.

La autonomía lógica y jurídica de ambos institutos se corresponde, pues, con una expresa y clara autonomía normativa. Es decir, por un lado, el art. 1729 regula el hecho o culpa de la víctima. Y, por el otro, el art. 1710 inc. b y c. perfila de manera independiente al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

En rigor, el art. 1710 recita: *“Toda persona tiene el deber en cuanto de ella dependa, de: ... [inc.] b: adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud... [inc.] c. no agravar el daño, si ya se produjo”*. Hete aquí reguladas las dos modalidades expresivas del instituto.

Complementariamente, el Código Civil y Comercial posibilita una justificación de la autonomía del mentado deber a partir del principio de buena fe, incluso con un sustento normativo de mayor exhaustividad y organicidad respecto al Código de Vélez. Es que la nueva codificación extiende con carácter general el radio de actuación de este principio, tanto en la esfera contractual como extracontractual (arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1061) como así también efectúa numerosas aplicaciones específicas de la buena fe en soluciones jurídicas particulares (arts. 1091, 1190, 1710, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2015, 2107 a 2112).

Con mayor rigor, podemos afirmar que el nuevo Código, amén de asimilar y potenciar toda la fundamentación hermenéutica aplicable a su predecesor, establece los trazos esenciales de la figura. Con lo cual la autonomía conceptual y normativa de ambas figuras queda claramente diferenciada en la nueva codificación.

Procuraremos seguidamente fundamentar la existencia del deber de mitigar a través del método lógico inverso: la inducción.

En orden a tal fin, hemos advertido que existen varias disposiciones normativas en el orden jurídico argentino que trasuntan aplicaciones concretas del deber de mitigar el

daño evitable por parte de la víctima. Consideramos que, desde tales reglas particulares es posible remontarse a una regla más general, cual es el deber de mitigar el daño evitable. Para ello, es preciso penetrar en el análisis lógico y teleológico del enunciado normativo correspondiente³⁴⁴.

Así vemos que el art. 72 de la ley de seguros –ley 17.408- establece: *“El asegurado está obligado a proveer lo necesario, en la medida de las posibilidades, para evitar o disminuir el daño y a observar las instrucciones del asegurador”*.

Hete aquí una plasmación evidente del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el plano del derecho del seguro.

El deber del asegurado es bifronte o dual, pues, por un lado, comprende la evitación siniestral y, por el otro, también procura la disminución de los efectos emanados de él, conforme a las circunstancias. En este segundo aspecto, se condensa el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima³⁴⁵.

También debemos referirnos a la cláusula incorporada por la Reforma de 1994 en el art. 41 de la CN, situado en un nuevo capítulo de la parte dogmática llamado *“Nuevos Derechos y Garantías”*, que establece que: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley”*.

En el plano infra-constitucional, el art. 2 de la ley 25.675 reza que: *“La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos: a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades (...)”*.

En concordancia, el artículo 4 de la normativa referida determina que: *“La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:*

(...) Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

³⁴⁴ Con elocuencia, Jaramillo expresa que existen disposiciones legales que permiten extrapolar algunas de sus visiones temáticas individuales a un ámbito más general, enriqueciéndola notable y positivamente, y permitiéndole que en la actualidad goce de una arquitectura propia. Ver ³⁴⁴JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, op. cit., pag. 247.

³⁴⁵JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, op. cit., pag. 253.

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (...)”.

El juego armónico de las disposiciones enunciadas nos autoriza a concluir que la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima constituye un deber que es posible inducir desde la lógica subyacente de tales preceptos. En orden a tal fin, cabe destacar que el art. 41 de la CN prescribe el “*deber de preservar el ambiente*”, de lo cual se deriva lógicamente el deber de prevenir cualquier tipo de daño ambiental que eventualmente pueda concretarse en la realidad, y a fortiori el deber de arbitrar medidas que conduzcan a mitigar los efectos dañosos de los perjuicios ya causados y a restablecer los bienes ambientales ya afectados, toda vez que tales medidas constituyen medios necesarios para la preservación del medioambiente.

La última parte del artículo 41 de la Carta Magna dispone con carácter prioritario la obligación de reparar según lo establezca la ley, circunstancia que no sólo confirma el temperamento conservatorio de la tutela ambiental, sino que además amplía expresamente el marco regulatorio de la cuestión.

En esta tónica, el art. 2 de la ley 25.675 establece que la política nacional ambiental debe apuntar a preservar, recomponer y mejorar el ambiente. Y el art. 4 especifica la teleología de la política tuitiva al consagrar el principio de prevención según el cual la atención de los problemas ambientales debe volcarse a prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir.

De esta forma, la prevención del daño se convierte en un modo de tutela privilegiado en el ámbito del derecho ambiental.

Cabe indicar que el fin preventivo no sólo se materializa en la prevención ex ante, es decir aquella destinada a evitar el acaecimiento de un daño originario, sino que además involucra la prevención ex post, entendida como aquella que apunta a impedir el acaecimiento de nuevos daños derivados de un perjuicio base ya ocurrido y/o el agravamiento de las consecuencias dañosas de éste.

Sobre estas premisas, podemos entender que la mitigación del daño evitable por parte de la víctima comporta un medio necesario para efectivizar la prevención ex post del daño evitable y, en concreto, para realizar el deber de preservación del ambiente que estatuye el art. 41 de la CN.

De la literalidad del artículo como del espíritu tuitivo de la normativa reseñada, puede afirmarse que este deber no sólo atañe al eventual autor del daño y a los funcionarios

y entes responsables de preservar el ambiente, sino también a los ciudadanos y al damnificado directo. Lo particular es que todos ellos, sin excepción, asumen la condición de víctimas del daño ambiental, en razón de que se trata de un bien jurídico de naturaleza colectiva.

En base a lo dicho, estamos en condiciones de aseverar que del deber de preservar el ambiente puede inferirse válidamente un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

El art. 372 de la ley de la navegación –ley 20.094– dispone: *“El auxilio a las personas no da derecho a indemnización ni a salario de asistencia o de salvamento, salvo que exista responsabilidad del propietario o armador del buque auxiliado o de un tercero en la creación del peligro que lo motivó. En este caso el responsable debe indemnizar los gastos y daños sufridos por el que preste dicho auxilio, siempre que sean consecuencia directa de la operación”*.

La interpretación a contrario sensu del artículo nos permite predicar, entre sus diversas implicaciones, que aquellos gastos y daños sufridos por el que presta el auxilio que guarden más conexión con la negligencia de éste que con el desarrollo regular de la operación de asistencia no serán indemnizados.

Finalmente, el art. 77 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercadería, incorporada al derecho argentino mediante la ley 22.765, establece: *“La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no se adoptan tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”*.

Se trata de una aplicación normativa diáfana del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Del enunciado normativo se desprende la exigencia que pesa sobre el acreedor insatisfecho de atenuar los perjuicios que resulten de la inejecución del contrato por parte del deudor.

Con mayor precisión, podemos referir que el art. 77 de la Convención establece el deber para la parte que invoca el incumplimiento o que es víctima del incumplimiento de la contraparte, en la medida de lo posible, de tratar de reducir los efectos negativos que genera dicho incumplimiento.

La consecuencia del incumplimiento de la norma en cuestión es la posibilidad para la parte que ha incumplido el contrato de compraventa de solicitar una reducción de la

cuantía de los daños y perjuicios que su contraparte pudo y debió razonablemente haber mitigado.

A partir de las aplicaciones normativas y jurisprudenciales analizadas³⁴⁶, podemos determinar la existencia de un denominador común que opera como criterio matriz de estas soluciones previstas para ramas jurídicas particulares, cual es el deber de la víctima de mitigar el daño evitable. Dicho de otro modo, de todas y cada una de las soluciones normativas particulares podemos reconocer una lógica general que se expresa en la exigencia a cargo de la víctima de morigerar pasiva y activamente el daño evitable.

Antes de abandonar el punto dedicado a la autonomía del instituto, resulta conveniente distinguir conceptual y jurídicamente el deber de mitigar el daño evitable y el deber de evitar el daño, tanto para apreciar la línea fronteriza entre dos figuras complementarias, como para delinear con máxima precisión los contornos exactos de nuestro objeto de estudio.

Estamos frente a dos deberes íntimamente enlazados, hermanados por la sangre iuris: el derecho de daños contractual y extracontractual. Hete aquí, el principal, aunque no exclusivo, ámbito de actuación de sendos institutos³⁴⁷.

Los vasos comunicantes entre el deber de evitar y mitigar el daño también se vislumbran en la función común a la que atienden. En efecto, tanto la evitación como la mitigación están enderezadas, aunque en diferentes etapas, a la prevención del daño. Toda la virtualidad de la figura busca incentivar un comportamiento diligente y cooperativo en la víctima para que se comprometa en la evitación y/o mitigación del daño. El Código Civil y Comercial confirma expresamente el objetivo funcional del instituto al ubicar la regulación de ambas figura en el art. 1710 dentro de la Sección 2 ° dedicada a la función preventiva de la responsabilidad civil.

Las coincidencias no acaban allí. Existe un fundamento común del cual dimanar ambas figuras, cual es el principio de buena fe objetiva que opera como causa eficiente y ejemplar en la medida de que concentra la razón de ser de tales deberes. La buena fe impone el deber de cooperar con las partes de la relación jurídica en la fase previa al daño, durante su desarrollo y tras su consumación, a fin de que, entre otros efectos, no se haga más gravosa la prestación debida.

El deber de evitar y mitigar el daño evitable por parte de la víctima tienen también fundamentos normativos comunes: arts. 1, 28, 33, 41 y 75 inc. 22 de la CN; arts. 16, 1198,

³⁴⁶ Ver también jurisprudencia citada en la parte sociológica.

³⁴⁷ SANTA MARIA, Jorge López, *“Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado”*, Bogotá, Ed. Legis, 2007.

2499 del Código Civil, y arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1061, 1710 y cctes. del Código Civil y Comercial.

Sin perjuicio de estas convergencias, no podemos soslayar que estos deberes revisten autonomía y sustantividad como tales. En rigor, ambos institutos operan en momentos diversos, revisten características propias y presentan una dinámica particular.

El deber de evitar el daño, como se desprende de su radio semántico, anida el vivo propósito de evitar que el daño no irrumpa en el cosmos, por lo que se ubica antes de su materialización y manifestación. La consigna es impedir su gestación; opera *ex ante*. Representa una manifestación preventiva del moderno derecho de daños, cuyo interés está centrado en que, hasta donde sea racionalmente posible, el daño no aflore, no asome en la realidad ontológica³⁴⁸.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, evitar es “*apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda*”³⁴⁹. El quid neurálgico del instituto reside en impedir su materialización a modo de *prius*. Dado que finalísticamente se persigue la evitación del daño, las medidas que se adopten se encaminaran decididamente a obtener un resultado concreto: la no producción del daño.

En contrapartida, el deber de mitigar el daño se sitúa en otro momento: el post-daño. Es decir, cuando el perjuicio ya se ha asomado en la realidad fáctica y jurídica.

Todavía más, el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima presupone la existencia de responsabilidad civil, a diferencia del deber de evitar el daño que refiere a situaciones en las que no se han verificado de modo concurrente los presupuestos de la responsabilidad civil. Esto significa que es condición previa del deber de mitigar: una conducta antijurídica en relación de causalidad con un daño jurídicamente relevante según un factor de atribución de responsabilidad.

El objetivo de este deber es que los efectos del daño no se propaguen, no se extiendan o ensanchen. La prioridad es frenar el desenvolvimiento del daño y revertir sus consecuencias, en la medida de lo razonablemente posible³⁵⁰. Ya no se trata de impedir la irrupción del daño en la realidad, sino de revertir sus efectos.

³⁴⁸TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MEZA, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, Tomo I, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001, pag. 132 y ss.

³⁴⁹ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española (2014), Vigésima segunda edición, Madrid, Real Academia Española, “*evitar*”.

³⁵⁰JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, op. cit., pag. 131. Sobre la misión del deber, se extiende el autor: “*Actuar para impedir que el daño, per se susceptible de aumentar y de ampliar su espectro destructivo y, por ende dañino, siga avanzando en contravía de los intereses de todos: el agente del daño, la víctima y la sociedad, incluida la economía, así sea indirectamente, que precisa que sus asociados no vean conculcados o menoscabados su patrimonio, integridad, sentimientos, valores, etc*”.

Podríamos plantear la cuestión según una secuencia lógica: primero emergerá el deber de evitar, acorde con la fase de la prevención, y si no es posible conjurar la malhadada aparición del perjuicio, debe tener cabida el de mitigar ante la realidad cruda e insoslayable de su surgimiento, lo que explica que ambos deberes deben ser caracterizados y diferenciados.

Fuentes Guíñez reafirma estas ideas: *“En doctrina se ha señalado que comprende dos deberes: por un lado, el deber de evitar la verificación de un daño que aun no se ha producido. Por otro lado, comprende el deber de evitar un daño que se ha producido”*³⁵¹.

En cuanto a su basamento positivo, sin perjuicio de las normas comunes antes señaladas, cada uno de los deberes referidos encuentra su propio sustento normativo. El Código de Vélez regula la acción de daño temido en el art. 2499 desde cuya lógica se ha llegado a afirmar la existencia de un deber general de evitación del daño, amén de la fundamentación hermenéutica derivada del principio de buena fe. El deber de mitigar, como lo hemos expresado, no tiene una consagración general ni particular en este cuerpo legal, aunque su vigencia también puede inferirse a partir del principio de buena fe (art. 1198). El nuevo Código Civil y Comercial es claramente superador en relación a su predecesor, por cuanto reconoce en forma expresa, directa y general al deber de evitar por un lado (art. 1710 inc. a), y al deber de mitigar por el otro (art. 1710 inc. b y c).

Podemos concluir, entonces, que cada uno de estos deberes tiene asignada una fisonomía propia, una misión específica y, por ende, reclama un régimen jurídico autónomo. Empero, autonomía no debe confundirse, sobre todo en este plano, con aislamiento, pues ambos deberes están profundamente conectados a tal punto que la conducta debida por la víctima concierne a ambos momentos, y no sólo a uno³⁵².

Por tales motivos, no debemos incurrir en el error de regular un deber en detrimento o con exclusión del otro, pues ambos tienen su ámbito específico de operaciones por lo que pueden y deben coexistir armónicamente.

Cuando se apunta únicamente a mitigar, por valiosa que resulte la acción, se descuida un aspecto crucial, cual es la oportunidad de que el daño no surja, con el consabido beneficio que trae aparejada la prevención ex ante. Preocuparse exclusivamente por el post daño es olvidarse de su proceso genético, como si en su estado amenazante

³⁵¹ FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, El deber de evitar y mitigar el daño. Publicado en Revista de derecho de la Universidad de Concepción, (N° 217), año LXXIII, 2005, pag. 226.

³⁵² JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, op. cit., pag. 131. El autor agrega: *“Por lo demás, uno y otro están inescindiblemente conectados, dado que etiológicamente o primero es evitar el daño, pero si no es procedente por las circunstancias del caso: tipología, fuerza, espontaneidad, carácter súbito, etc., será menester procurar mitigarlo”*.

careciera de valor anticiparse, a sabiendas de que el daño es, muchas veces, evitable o, por lo menos, es posible restarle ímpetu y vocación destructiva.

Del mismo modo, cuando sólo se alude al deber de evitar el daño, y no a su mitigación, se pierde de vista que la prevención no sólo se canaliza en la evitación del daño, sino también en la mitigación de éste, que no es otra cosa que prevención de los efectos dañosos resultantes del perjuicio originario. En virtud del carácter protectorio del derecho, bien podemos afirmar que ambos deberes presentan similar validez, jerarquía e importancia en nuestro ordenamiento jurídico.

Por todo lo expuesto, consideramos que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no sólo tiene autonomía científica, sino que además goza de autonomía jurídica en el orden de derecho argentino.

8. Conclusiones particulares.

En lo relativo al estudio iusfilosófico de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima, hemos arribado a conclusiones importantes que, en su conjunto, responden a interrogantes centrales de la tesis: ¿Existe una exigencia de mitigar el daño evitable? ¿Cómo debemos caracterizarla? ¿Cuál es su fundamento y función? ¿Tiene vigencia en el orden jurídico argentino? ¿Cuenta con autonomía?

- La exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima es aquella que obliga al damnificado de un incumplimiento contractual o aquiliano a contribuir, pasiva y activamente, a la erradicación o reducción razonable del daño evitable atribuible a un sujeto responsable.

- El fundamento de esta exigencia es el principio de buena fe en su aspecto objetivo (lealtad). Tal fundamentación puede explicitarse del siguiente modo: la buena fe impone el deber de colaborar con la contraparte en orden a la satisfacción de sus intereses dignos de tutela jurídica. Colaborar supone, entre sus diversas manifestaciones, hacer, en la medida de lo razonable, menos gravosa la prestación debida por el deudor. Y, siendo la mitigación del daño evitable un medio para hacer menos gravosa la prestación del deudor (responsable del daño), cabe concluir la existencia de un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, precisamente derivado de aquel principio.

- La naturaleza jurídica de esta exigencia es la de deber jurídico.

Intrínsecamente, lo que define a la figura como deber jurídico es el contenido de justicia natural ínsito en la regla de conducta establecida, condición que se sustenta o remite al principio de buena fe.

Extrínsecamente, el deber jurídico se justifica en cuanto está impuesto por la autoridad positiva. Diversas fuentes jurídicas positivas, a las que hemos hecho referencia en el título 7 de este capítulo, respaldan la existencia y exigibilidad del deber de mitigar el daño evitable.

Dentro de ese estatus, la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima constituye un deber jurídico de tipo general, ya que no está dirigido exclusivamente a una determinada categoría cerrada de sujetos, sino que su fuerza imperativa recae sobre toda la comunidad.

Se trata de un deber que, a diferencia de lo que ocurre con la mayor parte de los deberes que integran el contenido de la relación obligacional, pesa en cabeza del acreedor. El deudor no es el único que tiene deberes. En rigor, el acreedor también tiene deberes que la norma le impone para posibilitar el cumplimiento de la conducta debida por el deudor.

Configura, asimismo, un deber secundario de conducta, toda vez que no integra el contenido de la prestación debida, sino que se relaciona con la forma o manera en que la víctima debe comportarse frente a un daño evitable a fin de facilitar, humanizar y no agravar el cumplimiento de la obligación impuesta sobre el deudor.

Es un deber conductual de medios, por cuanto la víctima tiene el deber de obrar diligentemente para mitigar el daño evitable en la medida de lo razonable, pero no el deber de asegurar la mitigación efectiva del daño evitable como resultado debido.

- La función del instituto es la prevención *ex post* de los daños evitables. Con mayor precisión, afirmamos que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima está estructural y funcionalmente ordenado a la prevención general de los daños, atento a que todos sus elementos constitutivos como el dinamismo propio de la figura convergen en la finalidad de evitar la prolongación del daño. Tanto la regla jurídica (exigibilidad de la mitigación), el ámbito temporal de vigencia (la regla rige en la medida de que las consecuencias dañosas conserven fuerza expansiva), el efecto principal por inobservancia de la misma (pérdida total o parcial del derecho a ser indemnizado) actúan individual y globalmente como un incentivo inmediato para que la víctima mitigue las consecuencias del daño evitable, y mediato para que la víctima adopte una actitud preventiva frente a los daños que pueda sufrir o ya sufridos.

Aludimos a la prevención "*ex post*" del daño, por cuanto sus efectos entran en juego una vez que el daño ya se ha producido, y porque está encaminada a lograr la

mitigación y a evitar el agravamiento de éste, como a impedir la expansión de sus consecuencias dañosas.

El deber de mitigar el daño evitable se posiciona como resorte eficaz dentro de una política general de prevención de daños. Esta exigencia, junto a otros institutos afines – acción preventiva, tutela inhibitoria, medidas innovativas, prohibición de innovar, carga de salvamento, etc.- complementan la denominada tutela preventiva del derecho de daños.

- La validez del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima puede justificarse desde diversas perspectivas iusfilosóficas en el ordenamiento jurídico argentino.

No obstante lo cual, consideramos que el realismo jurídico clásico es la postura iusfilosófica que posibilita la más adecuada e integral fundamentación de la validez del instituto en cuestión.

Para acceder al núcleo de lo jurídico debemos hacerlo a través de sus causas, puesto que conocer científicamente es conocer a la luz de sus causas.

La causa material de esta exigencia no es otra que la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. Esta conducta, prefigurada en la exigencia aludida, reúne los requisitos típicos que demanda dicha causa: humanidad, alteridad, exterioridad.

La causa formal se compadece con una especie de igualdad que determina la juridicidad de la exigencia aludida, implica un razonable ajuste de la conducta de la víctima a lo suyo individual (del responsable del daño) y social (de la comunidad).

Esta especie de igualdad viene dictada por el principio de buena fe en su aspecto objetivo que instituye el deber de colaborar con la contraparte en orden a la satisfacción de sus intereses dignos de tutela jurídica.

La causa ejemplar también está presente en el en el principio de buena fe, que funciona como fórmula a través de la cual se expresa la razón del deber de mitigar el daño evitable. A la luz del principio de buena fe, se modela y define el sentido, alcance y contenido del instituto.

Este instituto reconoce también una causa eficiente. Aquí apelamos nuevamente al principio de buena fe, pero ya no como modelo o razón a través de la cual discurre el deber de la víctima de mitigar el daño evitable. La causa eficiente mira a la buena fe como fuente prescriptiva desde la cual emana el deber de mitigar el daño evitable. Y, en el plano extrínseco, a las normas y principios reseñados en el título 7 de este capítulo.

Por último, el deber en cuestión tiene una causa final definida. Esta causa es el bien común temporal que se condensa a través de la idea de prevención.

La prevención es un bien humano común, porque no sólo redundaría en provecho del hombre individualmente considerado, sino que también es provechosa para la sociedad que, indudablemente, se beneficia con la reducción global de los daños. A la par que el hombre, como integrante de la comunidad, coparticipa de estos beneficios, ya sea en su carácter de parte o tercero.

Comprobamos que las cinco causas del derecho están presentes en el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, por lo que la validez del instituto queda plenamente justificada.

- El deber de mitigar el daño evitable goza de autonomía científica y jurídica en el derecho argentino, puesto que de las reglas y principios inherentes a la mitigación del daño evitable es posible ascender a sistemas más amplios y generales o a los principios generales del orden jurídico, sin subsunción previa en otras figuras positivas "*intermedias*".

La autonomía del instituto puede fundamentarse con base en el método deductivo, inductivo y analógico.

El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima constituye un instituto cualitativamente distinto a la culpa de la víctima. El primero es un deber jurídico que opera como límite objetivo de la extensión del resarcimiento. La segunda consiste en una eximente de responsabilidad que se expresa en la interrupción de la relación de causalidad jurídicamente adecuada.

El deber de mitigar el daño tampoco puede confundirse con el deber de evitación.

Si bien ambos tienen como norte la prevención del daño, el deber de evitación tiende a que el perjuicio no irrumpa en el cosmos, por lo que se ubica antes de su materialización y manifestación. En tanto que el deber de mitigar el daño se sitúa en otro momento: el post-daño. Es decir, cuando el perjuicio ya ha asomado en la realidad fáctica y jurídica.

CAPITULO IV.

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EVITABLE POR PARTE DE LA VÍCTIMA.

SUMARIO: 1. ¿Por qué un análisis económico del derecho? 2. Consideraciones elementales sobre el análisis económico del derecho. 3. Presupuestos antropológicos y metodológicos del análisis económico del derecho. 4. Análisis económico aplicado al derecho de daños. 5. Análisis económico positivo de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. 6. Análisis económico prescriptivo de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. 7. Conclusiones particulares.

1. ¿Por qué un análisis económico del derecho?

En la hora actual, el estudio de las consecuencias económicas de la conducta humana social, sustrato agible del ordenamiento jurídico, ha dejado de ser un complemento opcional en la fundamentación de una ley, una resolución o una sentencia para convertirse en una técnica de ineludible consideración en el ejercicio de la función judicial.

Nuestra Corte Nacional ha alertado sobre el riesgo que implica una aplicación mecánica de la ley en tanto puede conducir al absurdo del *summus ius, summa injuria*. Por este motivo, ha reclamado de los intérpretes que ponderen la realidad económica y que, en general, verifiquen la razonabilidad de los fallos atendiendo a las consecuencias que derivan de ellos³⁵³.

No se trata de subordinar el derecho a la economía, o “*presupuestarizar*” -valga el neologismo- los derechos, sino de comprender la trascendencia económica de las decisiones legislativas y judiciales, a fin de poder estar mejor posicionados a la hora de realizar el derecho sobre bases firmes y no sobre quimeras.

El AED aporta conocimientos científicos útiles para poder elegir, dentro del universo de la juridicidad, la opción más eficiente posible, es decir aquella que permita cumplir el fin del derecho -para nosotros, el bien común- al menor costo posible.

También nos proporciona elementos de análisis para diagnosticar la sustentabilidad económica no sólo de las decisiones judiciales en concreto, sino también del régimen legal mediante el cual se reglamenta una actividad, un derecho o un programa institucional. En orden a tal fin, esta disciplina ofrece criterios útiles para identificar, a la hora de regular algún aspecto de la vida social, los incentivos y desincentivos que condicionan la acción humana individual y colectiva.

Desde la óptica del operador jurídico, el AED ya no es una mera cuestión metodológica que facilita la ejecución de las atribuciones funcionales del legislador, administrador o magistrado. Sino que, ante todo, es un imperativo ético-jurídico que exige en sus destinatarios la consideración de la eficiencia económica de la actividad estatal y sus productos (ley, decreto, acordada, resolución, sentencia, etc.).

³⁵³ Prueba cabal de que lo afirmado no ha quedado en una mera expresión de deseos sino que ha cobrado principio de realidad, es que la Corte Suprema de Justicia ha, por medio de la Acordada 36/2009, ha creado la UAE (Unidad de Análisis Económico). Este organismo analiza y proyecta el impacto económico o financiero antes de dictarse un pronunciamiento. Ver DUARTE, David, La unidad de análisis económico en la Corte, publicado en Revista de Derecho Laboral Actualidad, 1, 2010.

En perspectiva global, bien podemos afirmar que el AED, en su tarea de aportar al derecho un objetivo de eficiencia económica, termina sirviendo a su causa última o final que es el bien común temporal. Es que nadie puede dudar de que un derecho que, además de justo, proporciona soluciones eficientes a los ciudadanos, favorece un desarrollo más pleno e integral de las personas como de la comunidad toda.

Complementariamente, el AED obra como método de depuración de la causa formal del derecho, en cuanto tecnifica y economiza el proceso de aproximación a la igualdad aritmética y/o proporcional que caracteriza a la estructura intrínseca de lo jurídico y, al mismo tiempo, racionaliza los costos individuales y sociales de la conducta humana.

Un derecho que pretende perfeccionarse en la justicia, necesariamente deberá plantearse una meta de eficiencia económica, pues es más justo dar a cada uno lo suyo en el menor tiempo, con el menor desgaste de recursos patrimoniales y empleando la menor cantidad de energía posible, que simplemente dar a cada uno lo suyo sin prestar atención al tiempo, los recursos y la energía utilizada.

En el campo de la responsabilidad civil, el AED pone de relieve la importancia económica de la prevención de daños³⁵⁴. Particularmente, en punto al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, el AED proporciona un aporte capital, a la hora de sopesar el juego de incentivos que gravitan en la víctima en orden a la evitación y/o mitigación del daño evitable.

Sobre esa base, el AED debe orientar al legislador en el diseño de una regulación normativa que genere un interés lo suficientemente importante en la víctima y en el dañador como para que asuman un nivel de compromiso razonable en la mitigación del daño evitable. A falta de dicho régimen, los jueces deberán pergeñar criterios hermenéuticos en base a los principios generales emergentes del orden jurídico a fin de evitar conductas antifuncionales de alguno de los polos de la relación jurídica.

Una justicia autista, que cierra los ojos frente al impacto real de sus mandatos, que insta al dañador a reparar indiscriminadamente todo daño por el cual se lo ha declarado responsable con total indiferencia del accionar desplegado por la víctima, comete ex profeso la injusticia del irrealismo.

³⁵⁴JARAMILLO, Carlos Ignacio, op. cit., pag. 65 y ss. Reflexiona el autor: “(...) gracias, al análisis económico del derecho, hoy por hoy, hay mayor conciencia del papel protagónico que reviste la prevención y, de suyo, la evitación de los daños en un sistema, en la medida en que no son necesarias prolijas y agudas reflexiones para establecer que un adecuado y profiláctico ejercicio preventivo, conlleva numerosos beneficios de orden económico, con un inequívoco eco social, pues Economía y Derecho, ello es apodíctico, tienen una acendrada injerencia en la sociedad, razón por la cual no es intrascendente el costo de los accidentes...”.

2. Consideraciones elementales sobre el análisis económico del derecho.

Como primera aproximación al tema, queremos referenciar cuál es el contexto científico desde el cual despega el AED, a los efectos de poder comprender globalmente la dimensión e importancia de la perspectiva asumida.

El título del capítulo en desarrollo nos indica que el prisma analítico a partir del cual observaremos la realidad jurídica es el económico. Lo económico nos reconduce a la economía que no es otra que la ciencia que estudia la forma en que las sociedades asignan recursos escasos a la satisfacción de necesidades o fines múltiples. Con un enfoque más amplio, se ha dicho también que la economía estudia el modo en el cual las sociedades deciden qué bienes y servicios producir, cómo producirlos y para quién producirlos, utilizando los recursos limitados que poseen.

A diferencia del enfoque jurídico, en el enfoque económico predomina el análisis *ex ante*, ya que toma en cuenta las consecuencias que tales o cuales elecciones en el mercado tienen para el conjunto escaso de bienes disponibles. En términos prácticos, no es ocioso aseverar que el análisis económico comienza a mirar el problema mucho antes de que éste se plantee: en el momento en que las partes podían haber reorganizado sus actividades de modo que evitaran el conflicto. El razonamiento que guía esta visión prospectiva parte de la base de que cada individuo es un planificador potencial de sus actividades y, por tal motivo, debe negociar "*contratos de contingencia*". De ahí que las partes no puedan ser eximidas cuando se produce un accidente por un riesgo que han asumido *ex ante* y que se materializa *ex post*. Para ello, los actores racionales utilizan técnicas probabilísticas elaborando esquemas de previsión, y para ello necesitan disponer de datos que permitan establecerlas. Estos datos son las regularidades que presentan las conductas, y de tal estabilidad es posible deducir reglas³⁵⁵.

Desde una óptica teleológica, la economía presenta un abordaje bifronte. Un aspecto se centra en la economía positiva que busca estudiar las economías explicando su funcionamiento tal cual es en la realidad. El otro es el de la economía normativa, que

³⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo, Análisis económico del derecho. Valoración, crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en el contexto institucional. Publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, tomo 1999 – 21. Derecho y Economía.

elabora prescripciones basadas en la economía positiva y en juicios de valor, ocupándose por lo tanto del “*deber ser*” de la actividad económica.

La otra distinción que cobra relevancia a los fines del presente capítulo se relaciona con la amplitud del enfoque económico. Desde esta perspectiva, advertimos que la microeconomía se ocupa de la conducta de los agentes económicos individuales, de cómo dicha conducta determina los precios y las cantidades de los distintos bienes y servicios comerciados en el mercado, y de las políticas que influyen sobre dichos precios y cantidades. La macroeconomía, en cambio, estudia el comportamiento de los grandes agregados económicos, la determinación de los niveles agregados de precios, la determinación de los niveles agregados de actividad y las medidas de política que influyen sobre dichos agregados³⁵⁶.

El AED es una rama de la ciencia económica casi completamente incluida dentro del campo de la microeconomía. Su objetivo es analizar y evaluar el papel de las normas jurídicas en el marco funcional del mercado, a través del estudio de su impacto sobre el comportamiento de los agentes jurídicos. Al igual que la economía como un todo, el AED tiene un enfoque positivo y un enfoque normativo.

El análisis positivo busca explicar el efecto de las normas jurídicas sobre los distintos mercados y en ciertas circunstancias produce además teorías que pretenden encontrar causas económicas en el establecimiento de ciertas normas por parte de las distintas sociedades.

El análisis normativo, en cambio, sirve para brindar prescripciones respecto de cuáles normas jurídicas son más adecuadas en una situación o en otra, según cuál sea el objetivo buscado por el legislador³⁵⁷.

Las principales funciones económicas que cumple el derecho dentro de una sociedad tienen que ver con aspectos de eficiencia y con aspectos de distribución del ingreso. Los aspectos de eficiencia están relacionados básicamente con la solución de los

³⁵⁶HIRSCH, Werner, *Law and Economics*, 3ra edición, San Diego, Ed. Academic Press, 1999, pag. 132 y ss.

³⁵⁷Cf. TAVANO, María Josefina, ¿Qué es el análisis económico del derecho?, publicado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo: 1999. El Análisis Económico del Derecho (AED) tiene, para satisfacción de los economistas, fecha precisa de nacimiento: 1960, y para satisfacción de los juristas, partida de nacimiento: el teorema de Coase. (...) En forma prácticamente unánime se fija como inicio del AED, la publicación de Ronald Coase, *The problem of social cost*, y el trabajo de Guido Calabresi, “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*”. Hay quienes, en cambio, proponen a otros autores. Por ejemplo a Alchian con su revisión sobre los derechos de propiedad en “*Some economics of property rights*”, de 1961. A Becker con su estudio sobre la discriminación en “*The economics of discrimination*”, 1957, y a “*Trimarchi, con su Rischio e responsabilità oggettiva*”, en 1961. Tampoco dejan de señalarse otros antecedentes más remotos.

problemas originados en el ejercicio del poder de mercado, en la existencia de externalidades reales y en la presencia de información asimétrica. También pueden incluirse dentro de este rubro los problemas que tienen que ver con el reparto del riesgo entre los distintos agentes económicos. Los aspectos de distribución del ingreso, en cambio, tienen que ver directamente con el reparto de la riqueza que se genera en la sociedad³⁵⁸.

En esta inteligencia, cabe señalar que la mitigación del daño evitable por parte de la víctima constituye una temática que se inscribe en un nivel de análisis microeconómico por cuanto concentra su mirada en los actores individuales de la relación resarcitoria. Y, al mismo tiempo, repercute sobre variables macroeconómicas, ya sea de modo mediato por cuanto toda actividad de mitigación de un daño individual impacta sobre la extensión del daño global que padece la sociedad como en el nivel de pasivos y activos que conforman la riqueza nacional, y de modo inmediato en aquellos casos en los que la mitigación del daño apunta a la preservación de bienes colectivos.

Desde una perspectiva funcional, el instituto en cuestión se alambica más con el aspecto de la eficiencia que con el aspecto de la distribución del ingreso, por cuanto la mitigación del daño evitable, aun cuando pueda llegar a favorecer ocasionalmente a determinados grupos más que a otros, no importa per se una modificación en el reparto de

³⁵⁸Los representantes de las teorías económicas, a fin de mostrar un panorama simplificado de ellas, pueden dividirse en tres: a) los ortodoxos, que se apoyan en la concepción neoclásica y consideran que su tarea es orientar la asignación óptima de los recursos de los agentes frente a las señales del mercado. Estiman que un diagnóstico adecuado de estas relaciones asegura el progreso social y por eso se especializan en apuntalar los beneficios empresarios, desenvolver políticas neoliberales y trabajar como asesores de inversión; b) los institucionalistas se basan en teorías heterodoxas, reconocen la existencia de intereses sociales contrapuestos y conflictos entre distintos grupos y estudian el marco social y cultural del proceso económico, para definir qué tipo de instituciones políticas inducen a los mercados a favorecer el bien común; se desempeñan como consultores en el ámbito privado y en la esfera pública propugnan compatibilizar la rentabilidad con objetivos sociales; c) los economistas críticos objetan ambos modelos, porque descreen de la posibilidad de actuar como técnicos del bienestar general en una sociedad gobernada por las clases dominantes. Cuestionan el capitalismo, participan de la lucha a favor de los oprimidos y buscan su lugar de actividad en las organizaciones populares o en las entidades que fomenten el pensamiento crítico.

El "AED" se propugna desde la primera de las tres teorías señaladas, es decir la línea ortodoxa. La utilización del AED responde a la ortodoxia económica, llamada neoliberalismo.

La utilización del AED es la formulación ideológica de un pensamiento político, que responde a unos intereses definidos y no es para nada consecuente con el constitucionalismo social diseñado por nuestra Carta Magna, sino que ideológicamente se le opone.

Sin perjuicio de que no comulgamos con la línea ortodoxa en sus postulados sustanciales, estimamos que la metodología aportada puede resultar útil a la hora de ponderar la eficiencia de ciertas soluciones institucionales para regular y resolver determinadas problemas prácticos. Obviamente con los reparos a los que haremos alusión oportunamente. Ver LORENZETTI, Ricardo, Análisis económico del derecho. Valoración, crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en el contexto institucional. Publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, tomo 1999 – 21. Derecho y Economía.

la riqueza. En efecto, la regla de referencia apunta más bien a optimizar el aprovechamiento de los recursos, a mejorar el ahorro de bienes, a una eficiente preservación de los valores materiales y espirituales que forman parte del patrimonio del individuo y la sociedad, a partir del compromiso mancomunado de todos los integrantes de la relación jurídica en la morigeración del daño y sus consecuencias³⁵⁹.

Frente a la pregunta de por qué regular la mitigación del daño evitable por parte de la víctima, el análisis económico nos da una respuesta implacable.

La inexistencia de un régimen definido que regule la mitigación del daño evitable por parte de la víctima no es, sin duda, gratuita para la sociedad. Es que en aquellas situaciones de la vida económica en las cuales los agentes involucrados deben tomar sus decisiones sin conocer a ciencia cierta qué es lo que va a ocurrir con algunas variables relevantes, la existencia de incertidumbre provoca efectos negativos que conspiran contra el aprovechamiento racional de los recursos. Un caso especial de estas situaciones se da cuando los agentes económicos no pueden definir dentro de qué valores van a moverse las variables sujetas a incertidumbre y asignarle ciertas probabilidades a dichos valores. Esta clase de incertidumbre es la que se asocia al concepto de “*riesgo*”, y es la que se utiliza con mayor asiduidad en el análisis económico.

En honor a la precisión metodológica, resulta oportuno acudir aquí al teorema de Coase³⁶⁰. La tesis central: si los derechos de propiedad están bien definidos y no existen costos de transacción, entonces el equilibrio de mercado es eficiente. Por “*derechos de propiedad bien definidos*” este teorema interpreta una situación en la cual todos los bienes y recursos económicos tienen dueño y está claro cuáles son las limitaciones que existen para su goce y qué puede hacerse para remover dichas limitaciones. Por “*ausencia de costos de transacción*”, en cambio, lo que se entiende es que no existen costos de negociación de la transferencia de derechos entre las partes, ni de monitoreo del cumplimiento de dichas transferencias.

La idea básica que incardina el teorema de Coase es que la delimitación completa de los derechos de propiedad es un instrumento que sirve para resolver virtualmente todos los problemas de externalidades reales. Esto es así porque, en rigor, cualquier externalidad real puede interpretarse como una situación en la cual existe una indefinición respecto del

³⁵⁹ COLOMA, Germán, Apuntes para el análisis del derecho privado argentino, [INTERNET], Buenos Aires, Universidad Coloma, <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/156.pdf>, 15 de Febrero de 2014, pag. 72.

³⁶⁰ COASE, Ronald, “*The problema of the social cost*”. Publicado en Journal of Law and Economics, vol 3, 1960, pag. 1.

derecho del que origina la externalidad para apropiarse de los beneficios que genera (o respecto de la obligación de hacer frente a los costos que acarrea) y al mismo tiempo existe una indefinición respecto de la obligación del que recibe la externalidad de pagar por los beneficios que recibe (o de cobrar por los costos que soporta).

De acuerdo a esta lógica, la ausencia de criterios jurídicos determinados a nivel legislativo y judicial genera un estado de incertidumbre en los actores de la relación jurídica, que aumentaría los riesgos y, por tal motivo, redundaría en un incremento de los costos de prevención. Del mismo modo, la falta de uniformidad jurisprudencial en torno a los criterios a aplicar también provoca incertidumbre, por cuanto la víctima no sabe si sus acciones posteriores al perjuicio repercutirán o no en una reducción de la indemnización, ni tampoco si el costo de estas medidas será efectivamente trasladado al dañador.

No es casual, en tal sentido, la simetría lógica que presentan los gráficos G7 y G8. El gráfico G8, que consulta la existencia de un deber de la víctima de mitigar el daño evitable en el ordenamiento jurídico argentino, se destaca por la heterogeneidad del resultado. El 34% respondió “*moderada*”. Igual porcentaje para la respuesta “*poca*”. El 22% de los encuestados contestó “*ninguna*”. Y el 10% “*mucha*”. Esto nos da la pauta de que el ordenamiento jurídico argentino no contiene una respuesta evidente e inequívoca acerca de la existencia de este deber.

En concordancia, el gráfico G7, cuyo interés es conocer si los jueces valoran adecuadamente la conducta de la víctima en relación a la mitigación del daño evitable, podemos advertir un panorama similar. El 38% de los encuestados respondió “*moderada*”. El 12 % “*mucha*”. El 48 % “*poca*”. Y el 2% “*ninguna*”. O sea, la mitad de los encuestados considera que los jueces estiman adecuadamente (a veces, en demasía) la conducta de la víctima frente al daño evitable. Y la otra mitad entiende que la valoración judicial de tales hechos es insuficiente o insignificante. La recolección de datos divergentes revela, a nuestro entender, que la jurisprudencia de nuestros tribunales no es pacífica ni concordante respecto a la importancia que cabe asignarle a la consideración de la conducta de la víctima frente al daño evitable como parámetro para ponderar el monto de la reparación y, posiblemente también, que el procedimiento mental utilizado por la judicatura para cumplir tal cometido no siempre resulta eficaz.

Nos atrevemos a pronosticar, empero, que con la consolidación del nuevo Código Civil y Comercial se alterarán los porcentajes de opinión obtenidos, tanto a favor de la vigencia de la figura en el orden jurídico argentino como a favor de la aplicación judicial de ésta, atento a que la nueva normativa reconoce expresamente el deber de mitigar el daño evitable y, además, delinea aspectos jurídicos relativos al instituto.

Con todo, la supresión del estado de incertidumbre que impera en nuestros días no estará garantizada con la simple vigencia continuada del nuevo Código, cuyas precisiones regulatorias en punto al instituto alcanzan un nivel muy básico y poco exhaustivo, sino que requerirá que la jurisprudencia, en forma unánime o al menos mayoritaria, reglamente pretoriamente un régimen jurídico aplicable al deber aludido, como así también será valioso el aporte que pueda hacer la doctrina respecto a la interpretación e integración del marco legal establecido.

Hasta aquí, podemos rescatar dos conclusiones fundamentales.

Primero, el AED constituye una disciplina auxiliar dependiente de la economía que puede y debe asistir al operador jurídico para obtener el mejor rendimiento posible en la creación, aplicación e interpretación de las instituciones jurídicas en general, y del instituto de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima en particular.

Segundo, el AED demuestra la conveniencia de regular de modo claro y uniforme el régimen jurídico del deber de la víctima de mitigar el daño evitable, a los efectos de lograr una preservación más eficiente de los bienes que forman parte del patrimonio individual y social.

3. Presupuestos antropológicos y metodológicos del análisis económico del derecho.

El objetivo de este título no es otro más que explicitar las premisas conceptuales y operativas sobre las cuales se construye y funciona la teoría del AED.

La idea no es convencer al lector sobre la verdad material de los postulados elementales en base a los cuales se sustentan las conclusiones del AED, cuya discusión última excede los límites de la obra y será en todo caso competencia de la filosofía antropológica y epistemológica.

De todos modos, no es banal aproximarnos a la idea de hombre sobre la cual funciona el análisis económico como a los modelos analíticos que procesan la realidad jurídica-económica, a fin de considerar con las debidas cortapisas y recaudos el alcance y la validez de los resultados obtenidos.

En vistas a ello, consideramos apropiado abordar la cuestión antropológica, aunque no de un modo general e inconexo, sino más bien a la luz de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

Ante todo, es necesario afirmar que uno de los supuestos fundamentales de la teoría económica es aquel según el cual los que toman las decisiones son racionalmente egoístas. En términos más exactos, esto supone que los que deciden tienen preferencias estables, bien ordenadas, por lo que el AED presupone las capacidades cognitivas del que toma decisiones. Esto, a su vez, implica que los sujetos pueden calcular los costos y beneficios de las alternativas a su disposición, y que optan por seguir la alternativa que ofrezca el mayor beneficio neto.

En efecto, existe una conexión vital entre el supuesto de racionalidad y el modelo económico de la responsabilidad por daños. Tal es así que las reglas de asignación de responsabilidad están diseñadas, en términos económicos, para enviar señales a las víctimas potenciales acerca de la forma en que deberían comportarse. Para que el sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos tenga efecto, aquellos cuyo comportamiento está tratando de afectarse, deben ser capaces de percibir que pueden minimizar su responsabilidad realizando acciones precautorias de cierto tipo.

En tal dirección, nos interesa indagar en las razones explicativas y consecuencias del hecho individual y social, en cuanto condicionante para que la víctima se comporte de una determinada manera frente al daño evitable causado por otro. Tal faena investigativa se integrará con aportes de psicología jurídica, sociología jurídica, filosofía jurídica y otros saberes auxiliares aplicados al campo del derecho a los efectos de poder realizar una lectura que permita comprender integralmente la complejidad del fenómeno examinado.

Desde una óptica psicológica-jurídica, Rodríguez Fernández afirma que las personas tienden a hacer su mejor esfuerzo para evitar las pérdidas que le sean imputadas, pero en el caso del deber de moderar el daño se requiere de la víctima la evasión de pérdidas imputables a otros. Esto significa que cuando se exige a la víctima tomar medidas positivas para moderar el daño, ese acto beneficiará también los intereses económicos del responsable³⁶¹.

La consolidación del sistema de la responsabilidad civil ha intensificado en gran medida dicha percepción, dado que cada vez es mayor la convicción de que el daño sufrido por una persona tendrá su correlato en una acción de responsabilidad por daños de probable acogimiento en sede judicial, en la medida de que se comprueben los presupuestos establecidos por el sistema jurídico. Ergo, cada vez es mayor también la sensación que tiene la víctima de estar colaborando más con el responsable del daño y

³⁶¹ Cf. RODRIGUEZ, Maximiliano, Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos, Revista de Derecho Privado, Volumen 15, 2008, pag. 109 y ss.

menos consigo misma, toda vez que concurre a mitigar la entidad o extensión del perjuicio con su conducta³⁶².

Aun cuando el proceso judicial suponga amplias dilaciones, entrañe riesgos procesales considerables por falta de prueba, variabilidad de los criterios del tribunal, incumplimiento culposo y doloso de deberes por parte de los funcionarios judiciales, el proceso continúa siendo un medio relativamente eficaz para trasladar los costos de la reparación al responsable del daño.

A la hora de explicar este fenómeno, la filosofía utilitarista ha brindado fundamentos sociológicos contundentes. En el campo moral, esta corriente postula que el hombre medio no asume referencias valorativas que difieran de sus propios intereses. Este egoísmo connatural se sustenta en un utilitarismo individualista que difiere radicalmente del imperativo moral kantiano. De este modo, nada es considerado “*universable*”, porque la guía es lo conviene al propio interés, circunstancia esencialmente contingente pues depende de la situación de cada persona concreta.

En esta línea, Bentham nos aporta cimientos antropológicos definidos para comprender la motivación subjetiva estructural que anida en el hombre y que lo lleva a obrar de acuerdo a este patrón de conducta: *“La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos señores soberanos, el dolor y el placer... Ambos nos gobiernan en todo lo que hacemos, en todo lo que decimos: cualquier esfuerzo que hagamos para librarnos de nuestra sujeción a ellos, no hará sino demostrarla y confirmarla. De palabra, el hombre puede pretender que abjura de su imperio; en realidad permanecerá siempre sujeto a él”*³⁶³.

Mill ratifica la propuesta antropológica de Bentham y complementa su fundamentación. En tal sentido, aduce que los actos llevados a cabo por los seres humanos están dominados por el interés de evitar el dolor y buscar lo agradable y placentero. La búsqueda del dinero, la fama y/o la virtud no contradicen en nada este principio: *“Por asociación, estos fines vienen a constituir la felicidad misma, para algunos, o un medio para conseguirla, para otros”*³⁶⁴.

³⁶² Cf. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Manuel de Obligaciones, Décima edición, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1993, pag. 548 y ss. El maestro capitalino advierte que en los últimos tiempos la materia de los actos ilícitos ha cobrado gran importancia. En tal sentido, aduce que el principal motivo de este fenómeno obedece al deseo del hombre de nuestro tiempo de no consentir el más mínimo perjuicio, lo que condice con la característica de una sociedad en la que la persecución de ganancia llega a ser cada vez más el fin esencial de la actividad humana (...).

³⁶³ BENTHAM, Jeremy, Introducción a los principios de la moral y la legislación, Capítulo I, Sección I, Buenos Aires, Ed. Ediciones Libertador, 2004.

³⁶⁴ MILL, John Stuart, Sobre la libertad, Madrid, Ed. Alianza Editorial, 1970, pag. 55.

Incluso, los críticos del utilitarismo moderno como Durkheim han admitido que es imposible cumplir un acto únicamente porque está mandado y con abstracción hecha de su contenido. Sólo podemos obrar lo que interesa a nuestra sensibilidad, bajo el aspecto de que es deseable y bueno. Por eso, “*la moral impone siempre violencia sobre nuestros apetitos, para llevarnos por encima de nuestra naturaleza*”. Justamente, porque debe alinear lo deseable con lo que conviene a los intereses de la comunidad³⁶⁵.

Desde una posición contractualista, Rosseau plantea que el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil supone en la conducta del hombre una sustitución del instinto por la justicia. Es entonces cuando la voz del deber reemplaza al impulso físico, y el derecho al apetito. Con todo, el pensador francés no deja de reconocer que este salto hipotético esconde una razón utilitaria: el hombre abdica a su libertad natural y el derecho ilimitado a hacer todo lo que se le plazca para ganar la libertad civil y la propiedad de todo cuanto posee. Existe, pues, una motivación supracontractual interesada que le marca al ser humano que, en el balance de pérdidas y ganancias, resultará con utilidad positiva al consentir el contrato social³⁶⁶.

Con perspectiva netamente económica, Adam Smith explicó que el hombre, por naturaleza, actúa movido por el afán de perseguir sus propios intereses individuales y a comportarse, en consecuencia, del modo que percibe más favorable para aumentar sus ganancias y disminuir sus pérdidas³⁶⁷.

Incluso, la filosofía cristiana admite que existe en el hombre una tendencia instintiva a la búsqueda de su propio bien individual que, cuando no es puesto en armonía con el bien común de la sociedad, consiste en desarrollarse a sí mismo a costa de los demás, y que conlleva cierta especie de egoísmo e impermeabilidad debido al hecho de que todo el lugar está ocupado por un hombre preocupado de sí y de sus cosas³⁶⁸.

Extrapolados estos presupuestos al plano que nos interesa, podemos concluir que si el daño –especialmente sobre intereses patrimoniales- causado por un sujeto prima facie responsable ya no se visualiza como un “*detrimento*”, sino como un “*valor de cambio o inversión*” por parte de la víctima –por cuanto sabe que el resultado dañoso será compensado con una indemnización que repare íntegramente ese daño-, el interés de la víctima no se volcará en mitigar el daño real sino en optimizar su gestión extraprocesal y

³⁶⁵ DURKHEIM, Emilio, Sociología y filosofía, Buenos Aires, Ed. Ediciones Libertador, 2006, pag. 123.

³⁶⁶ ROSSEAU, Jean Jaques, El contrato social, Buenos Aires, Ed. Longseller, 2005, pag. 47-49.

³⁶⁷ SMITH, Adam, La riqueza de las naciones, Buenos Aires, Ed. Longseller, 2004, 21 pag.

³⁶⁸ MARITAIN, Jackes, La persona y el bien común, Ed. Club de lectores, Buenos Aires, 1981, pag. 35.

procesal para obtener el mayor resarcimiento posible. Incluso en transformar esta gestión en una fuente de lucro toda vez que ello resulte viable.

Ya nos alerta Goetz que en la práctica no son pocos los comportamientos oportunistas que pueden acrecentar injustamente la reparación adeudada³⁶⁹.

Mutatis mutandis, este razonamiento se aplica también al abogado –tanto del actor como del demandado- que, sobre la base de que sus honorarios están ligados al monto de la indemnización fijada y, por añadidura, a la extensión del daño resarcible comprobado judicialmente, tiene, en principio, un interés opuesto a la mitigación del daño sufrido por la víctima³⁷⁰.

Adam Smith remarcó que el individuo tiende a vivir de la forma más cómoda posible. Lo que nos conduce a preguntarnos: ¿Qué interés tendría la víctima para molestarse en mitigar un daño que probablemente le será indemnizado? ¿Qué interés tendría en adoptar medidas positivas –que pueden ocasionarle incluso algún costo económico de reembolso incierto- para mitigar un daño que en definitiva tendrá que afrontar el responsable del daño?³⁷¹ Y, desde la perspectiva de los roles en el proceso, ¿por qué el actor debería preocuparse por llevar adelante una actuación procesal mesurada cuando puede inflar los rubros resarcitorios con mayores expectativas de ganancias que de pérdidas?

Esta cuestión se torna aún más radical si se considera otra tendencia visceral del ser humano, cual es la reacción hostil o, al menos, defensiva frente a todo aquel que le ha proferido algún tipo de daño o agresión³⁷².

Spinoza fundamenta esta actitud en la resistencia a la autodestrucción en términos del esfuerzo humano por seguir existiendo; y "*conato*" es la palabra que utiliza más a menudo para describir este instinto de conservación³⁷³.

³⁶⁹ Cf. GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E., *The mitigation principle*, cit., Berlín, Ed. Edition generale, 2003, ps. 973 y 974.

³⁷⁰ ESPINOSA, Benito, *Ética*, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1957, Capítulo XII, 345 p. Traducción del latín y prólogo de Ángel Rodríguez Bachiller. "*Es útil a todos los hombres tener relaciones sociales entre sí, comprometerse y ligarse de manera que puedan formar un todo bien unido y, absolutamente, hacer lo que puede convertir en más sólidas las amistades. (...) Esto requiere, no obstante, habilidad y cautela*".

³⁷¹ SMITH, A, op. cit. pags..224.

³⁷² SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Tomo IV El hombre, Buenos Aires, Ed. Club de lectores, 1945, pag. 67. El Doctor Angelicus describe claramente la tendencia de la potencia irascible: "*Asimismo se echa esto de ver en que la potencia irascible es como tutelar de la deseosa, irritándose contra los obstáculos a lo conveniente apetecido por la deseosa, y contra lo que la daña y repugna. Y por eso todas las pasiones de la irascible comienzan por las deseosas y en ellas terminan: la ira por ejemplo surge de la tristeza inferida, y satisfecha con la venganza resuélvese en alegría*".

Hobbes describe la emoción como el comienzo del movimiento y la voluntad como la suma de todas las emociones. Esta "voluntad" forma el conato de un cuerpo y su manifestación física es la "voluntad de sobrevivir" percibida. Para que los seres vivos puedan prosperar, dice Hobbes, "buscan la paz y luchan contra cualquier cosa que amenace a esta paz"³⁷⁴.

Sobre esta base, es difícil imaginar que la víctima, frente a un daño resarcible, propenda a adoptar una actitud diligente tendiente a mitigar ese menoscabo. O, en otros términos, a desplegar un accionar cooperativo en favor del dañador que deberá indemnizar ese perjuicio, es decir a favor de la persona que "amenaza su paz".

A las razones antropológicas y psicológicas aportadas, hay que presentar otras que tienen mayor relación con las realidades culturales y que, aunque no sean exclusivas de nuestra región, adquieren en ella ribetes más acentuados y generalizados.

Con agudeza, Ciuro Caldani refiere: "*las perspectivas jurídicas argentinas de viveza se exponen en distintos niveles sociales y con apoyo en las herencias fundamentales española e italiana. No son rasgos exclusivos de países como el nuestro, pero en éstos se muestran con particular claridad*"³⁷⁵.

El vivo manipula la realidad para atribuirse papeles de repartidor y beneficiario (beneficiado) y objetos (potencias) que no le corresponden, fragua la forma inclinándola a la mera imposición o al menos a la mera adhesión a sus posiciones y esgrime razones que nada tienen que ver con la realidad con el propósito de concretar sus móviles.

En apretada síntesis, la regla de la viveza es obtener los mayores beneficios con los menores costos, sin otro límite.

El vivo que conocemos en la Argentina procura cambiar ocultamente el reparto en todos los aspectos: "*recibe y paga coimas aunque luego critique a los que se las cobran;*

³⁷³, ESPINOSA, Benito, *Ética*, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1957, Capítulo XII, 345 p. Traducción del Latín y Prólogo de Ángel Rodríguez Bachiller. "*En efecto, los hombres (raros son los que viven en conformidad con los preceptos de la razón), envidiosos en su mayor, son más inclinados a la Venganza que a la Misericordia*".

³⁷⁴ HOBBS, Thomas, *Leviatán: La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Tomo (I), Barcelona, Ed. Altaya, 1997, 50 p. Trad. Carlos Mellizo. "*Esos pequeños comienzos del movimiento en el cuerpo del hombre, antes de que aparezcan como acciones visibles, reciben comúnmente el nombre de CONATOS. (...) Cuando este conato está dirigido hacia algo que lo causa, es llamado APETITO o DESEO, siendo éste último el nombre general, y el segundo un término reservado a menudo para significar el deseo de alimento, hambre y sed. Y cuando el conato tiende a apartarse de algo, es llamado AVERSION. Esas palabras, APETITO y AVERSION, las hemos tomado de los Latinos y ambas significan movimientos, unos de acercamiento, y otro de retirada. (...) Tenemos aversión no sólo hacia cosas que sabemos nos han hecho daño, sino también hacia otras que no sabemos si nos dañarán o no*".

³⁷⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Bases del pensamiento jurídico*, Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Ed. UNR Editorial – Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2012.

*no paga los impuestos pertinentes, a menudo mintiendo en sus declaraciones; manipula los concursos; es empleado pero no trabaja; hace trampas en las filas para colocarse en los lugares más beneficiosos; procura obtener subsidios y en general beneficios que no le corresponden*³⁷⁶.

Cuando nos referimos a la mitigación del daño evitable, la viveza aflora en la víctima bajo tres expresiones básicas: 1) rechazo de cualquier actitud colaboracionista para mitigar el daño evitable, por lo que deja que éste se expanda ilimitadamente en la confianza de que le será reparado en su totalidad por el responsable; 2) exageración de los daños sufridos a la hora de tramitar la pretensión indemnizatoria, a fin de transformarla en una fuente de lucro; 3) agravación del daño toda vez que vea en ello una oportunidad de obtener una reparación mayor al daño realmente experimentado.

Vemos, en estos supuestos, que la viveza mediatiza a las normas. Así la autoridad del elaborador de la norma es reemplazada por la autonomía del vivo manipulador de los hechos a fin de que la norma termine asignando lo que el autor no desea. Por ejemplo, el sistema de normas y principios resarcitorios, en vez de servir para la recomposición jurídica del estado anterior de cosas, acaba funcionando como un mecanismo eficaz para el viabilizar un enriquecimiento ilegítimo, merced a la utilización antifuncional del sistema legal.

A esta altura de la exposición, cabe preguntarse si las personas obran siempre del modo descrito. Y de ser así, es preciso determinar si el modelo racionalista conduce necesariamente a resultados objetivos válidos. En ambos casos, la respuesta negativa es contundente.

Las razones son varias. Primero, no todas las personas están en condiciones de hallar la mejor opción para creencias y deseos dados. Segundo, no siempre los individuos son capaces de formar la creencia mejor fundada para una prueba dada. Tercero, tampoco está garantizado que los individuos puedan acumular la cantidad atinada de prueba para deseos dados y creencias previas. Cuarto, en el pensamiento humano suelen predominar “*ilusiones lógicas*”; no es inusual que, para muchos individuos, baja probabilidad equivalga a que el suceso no ocurrirá nunca. Quinto, no faltan sucesos que reciben gran publicidad, y que son potencialmente catastróficos, como los accidentes en plantas de energía nuclear, respecto a los cuales la mayoría de los individuos exagera la probabilidad de que ocurra un accidente, sin que importe la información objetiva en contrario³⁷⁷.

³⁷⁶ Idem anterior.

³⁷⁷ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, Derecho y economía, México, Ed. Fondo de cultura económica, Mexico, pag. 419 y ss.

Finalmente, hay que decir que no todas las personas manejan los mismos criterios de medición acerca de la utilidad individual de sus decisiones. Esta cuestión está teñida de una elevada dosis de subjetividad que complejiza, muchas veces, la obtención de resultados generales de aceptable fiabilidad. Por ejemplo, para algunas personas, la comodidad de no adoptar precauciones en el caso concreto puede llegar a revestir un peso tan significativo como para estimar dicha alternativa como preferible, incluso ante una gran probabilidad de daño³⁷⁸.

Debemos añadir también que existen móviles emocionales que, en virtud de la presión que ejercen sobre la esfera volitiva de los individuos, relativizan la racionalidad como factor determinante de las decisiones del sujeto.

Todas estas observaciones no deben conducirnos a rechazar la premisa del individualismo racionalista, puesto que se trata de una tendencia marcada y reiterada en la conducta de los actores de la relación resarcitoria. Pero sí deben servirnos para considerar un margen inevitable de error en los resultados obtenidos, como así también para estar dispuestos a enmendar nuestras conclusiones cuando exista prueba fehaciente de que los que toman las decisiones no se están comportando en la forma “*racionalmente*” esperada.

En un plano institucional, podemos identificar otras premisas sobre las cuales se edifica el proceso operativo del AED.

Cabe señalar primeramente la existencia de otras políticas sociales. Generalmente, los teóricos del AED aplicado a la responsabilidad civil razonan sobre la premisa normalmente falsa de que el sistema de responsabilidad civil constituye una política única en orden a minimizar el costo social de los accidentes. Empero, existen otras políticas sociales que apuntan a lograr el mismo resultado. Por ejemplo, existen regulaciones de dependencias administrativas en lo relativo a la seguridad vial, a la inocuidad de los productos, etc. Se trata de medidas que apuntan a lograr los mismos resultados disuasivos que el sistema de responsabilidad³⁷⁹.

Consideramos que la adopción de este preconcepto en relación al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no representa un problema especialmente grave, dado que las normas ajenas al sistema de responsabilidad civil que abordan la cuestión de la prevención miran especialmente a la prevención ex ante (vrg. obligación de usar el cinturón de seguridad, obligación de verificar periódicamente las instalaciones de gas natural por gasista matriculado, obligación de tener cierto número de matafuegos en

³⁷⁸ ELSTER, Jon, Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión, Barcelona, Ed. Gedisa, 1989, pag. 68 y ss.

³⁷⁹ SIMPOSIO, Alternative Compensation Schemes and Tort Theory, publicado en California Law Review, vol. 73, 1985, pag. 548.

establecimientos industriales, etc), y prácticamente no existen reglas que proyecten su eficacia sobre la prevención ex post, es decir sobre la prevención posterior al daño evitable.

En un orden diferente, se vuelve imperioso mencionar que otro de los supuestos básicos del AED aplicado a la responsabilidad civil es aquel según el cual la litigación no cuesta nada.

En rigor de verdad, la litigación es muy cara y a veces, incluso, ruinosa. De ahí que la no consideración de la onerosidad de la litigación genere efectos ambivalentes. Por un lado, si las víctimas deben incurrir en un costo para hacer valer sus reclamaciones, y si este costo es mayor en relación al pago esperado de la indemnización, la víctima no demandará. Y, en consecuencia, los victimarios potenciales tomarán menos precauciones que las necesarias. Por otro lado, la litigación costosa puede tener un efecto contrario sobre las decisiones de los victimarios potenciales. Si es cara la litigación para un victimario, podría justificarse que se adopten más precauciones en el caso contrario³⁸⁰.

Dicho de otro modo, la toma de mayores precauciones hace que el accidente sea menos probable o grave. Luego si el costo de esta precaución adicional es menor que el costo de la litigación, cabría esperar que los victimarios potenciales tomaran precauciones adicionales cuando la litigación es costosa.

Sin perjuicio del tratamiento particularizado de la cuestión de costas que haremos en el título 15 del capítulo II de la parte B, consideramos relevante puntualizar que, en aquellos casos en los que se declara la responsabilidad del victimario y a su vez no se indemniza todo el daño por resultar imputable a la víctima un agravamiento del perjuicio atento a la no adopción de medidas razonables para mitigarlo, el juez debe aplicar las reglas de imposición de costas relativas al vencimiento parcial.

El art. 77 del CPCCN ofrece una pauta clara: *“Los correspondientes a pedidos desestimados serán a cargo de la parte que los efectuó u originó, aunque la sentencia le fuere favorable en lo principal”*. De este modo, si se comprobó tanto la responsabilidad del victimario como el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima y, asimismo, la víctima no reconoció su falta originando un punto de controversia en tal sentido, el juez deberá imponer las costas al responsable y también a la víctima en proporción a la incidencia que hubiere tenido el incumplimiento del deber de mitigar no reconocido en la mayor extensión del daño.

³⁸⁰ ORDOVER, Janusz, Costly Litigation in the Model of Single Activity Accidents, publicado en Journal of Legal Studies, vol. 7, 1978, pag. 243 citado por COOTER, Robert y ULEN, Thomas, op. cit., pag. 424 y ss.

La solución encuentra un fundamento normativo adicional en el art. 68 del CPCC de la Nación que prescribe: “(...) *sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento bajo pena de nulidad*”. En tal sentido, Palacios refiere que uno de los supuestos en los que se verifica la previsión normativa es cuando el vencedor o ambas partes incurrir en pluspetición. En este último caso, resulta aplicable el art. 71 según el cual las costas se distribuyen prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por ambos litigantes³⁸¹.

El AED nos enseña que si el pago de las costas judiciales se impusiese exclusivamente al responsable aun habiendo incumplimiento del deber de mitigar por parte de la víctima, ésta se vería predispuesta a controvertir, incluso en ausencia de razones serias y atendibles, las faltas que le son atribuidas, sobre la base de que el responsable cargaría con el incremento de las costas del juicio que esa mayor discusión, debate y prueba determinase. A fin de equilibrar la balanza y reducir al mínimo las posibilidades de abuso procesal de ambas partes, deviene prudente la regla del art. 77 de la legislación adjetiva nacional que impone las costas correspondientes a los pedidos o posiciones desestimadas a aquella parte que los hubiese efectuado u originado, aun en el supuesto de que resultase vencedora en lo principal.

Finalmente, el presupuesto institucional del AED, que proporciona el contexto en el cual se analizan en clave económica los fenómenos jurídicos, es el mercado como método de asignación de recursos.

Este concepto no es utilizado en su función real, sino como un modelo teórico hipotético³⁸². Los modelos son construcciones teóricas que suponen una definición precisa, exhaustiva y clara. Deben ser también parecidos a la realidad en todos aquellos aspectos que tienen importancia para la investigación en curso. Se requiere la semejanza con la realidad para que el funcionamiento del modelo sea significativo.

La utilidad del modelo reside en su maleabilidad y en su capacidad de predicción. Su carácter sistemático exhibe una interrelación, de modo que la modificación de uno de sus elementos permite observar de qué modo se transforma el conjunto.

El modelo es abstracto, por lo que se aplica con independencia de las condiciones económico-sociales en que deba operar, que constituyen por sí mismas un tema ajeno. Sin embargo éstas son relevantes a la hora de definir las premisas modélicas.

El modelo es formal porque del mismo se extraen leyes, sin contemplación de los

³⁸¹ PALACIO, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit., pag. 248 y ss.

³⁸² BOOLE, George, El análisis matemático de la lógica, Madrid, Cátedra, 1979, pag. 114 y ss.

contenidos de justicia o injusticia de las mismas.

La investigación en las ciencias sociales es posible porque sus leyes son traducibles a modelos cuyas propiedades formales son comparables, con independencia de los elementos que las componen³⁸³.

En punto al deber de mitigar el daño evitable, el mercado permite contrastar, en perspectiva económica, el conjunto de incentivos que operan sobre los actores de la relación resarcitoria en orden a la adopción de medidas tendientes a reducir los daños que generen.

Como modelo en sí mismo considerado no creemos que el mercado nos ofrezca un plano de análisis intrínsecamente viciado. De lo que si estamos convencidos es que el margen de externalidades que opera en esta área del derecho es notoriamente amplio. Por externalidad, entendemos todas aquellas circunstancias que obstan al equilibrio eficiente de mercado. En esta materia, debemos señalar particularmente la multiplicidad de móviles que influyen sobre la conducta de la víctima (interés económico, deseo de venganza, sentido de autoprotección), el carácter no patrimonial de ciertos bienes jurídicos que impide someter la cuestión a valores crematísticos y por ende calculables, los límites subjetivos de los operadores del derecho para ponderar estos intereses en la práctica, etc.

Por lo expuesto, no debemos absolutizar los resultados que arroje el AED, más si considerarlos como referencia estimativa a la hora de diseñar regulaciones legales, sentar criterios jurisprudenciales, construir esquemas de interpretación jurídica de los hechos. La razón es clara: el AED parte de fundamentos fácticos con una base probabilística seria, responde a un método lógico riguroso y admite una revalidación permanente a la luz de la realidad resarcitoria.

4. Análisis económico aplicado al derecho de daños.

En este punto, nos abocaremos a explicar de qué modo el AED se proyecta sobre las relaciones jurídicas resarcitorias como antesala científica para concentrarnos definitivamente en el problema de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

No es irrelevante aclarar que el presente punto no trasunta una mera aproximación al problema central de la tesis, sino principalmente una contextualización metodológica,

³⁸³ LÉVI-STRAUSS, Claude, Antropología estructural, Buenos Aires, Eudeba 1977, p. 249.

conceptual y crítica que resulta fundamental para adecuar el enfoque desde el cual abordaremos el deber de la víctima en la etapa del post-daño.

El profesor Calabresi visualiza con claridad meridiana la meta económica de la responsabilidad civil: *“Sin perjuicio de la necesidad de justicia, consideraré axiomático que la función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la suma del coste de los accidentes y de los costes de evitarlos”*³⁸⁴.

En el título anterior hemos puntualizado que el derecho de propiedad hace viable la cooperación entre los individuos mediante la definición de los derechos. En tal sentido, el derecho de los contratos facilita la cooperación entre los individuos por cuanto les posibilita que celebren compromisos creíbles y que, por ende, cooperen en lo atinente a las diferentes clases de daño que puedan sufrir.

Con todo, para algunos tipos de daños los costos de negociación son tan elevados que las partes no pueden cooperar entre sí, de modo que tales supuestos potencialmente contractuales terminan asimilándose a los supuestos puros de responsabilidad extracontractual. Por ejemplo, los automovilistas no celebrarán un acuerdo privado para tener el cuidado socialmente eficiente.

El propósito económico en ambos casos de responsabilidad no es otro más que inducir a los victimarios a internalizar estos costos. El derecho de daños internaliza estos costos mediante la obligación que impone al victimario de compensar a la víctima. Cuando los victimarios potenciales internalizan los costos del daño que causan tienen incentivos para invertir en la seguridad a nivel eficiente. La esencia económica del derecho de daños es que utiliza a la responsabilidad para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados³⁸⁵.

La lógica que subyace detrás de este análisis es clara: la responsabilidad civil conmina al causante con el deber de indemnizar el daño como un gravamen que hace menos atractiva para éste la actividad generadora de riesgo. De esta manera se generan incentivos para que quien realice la actividad peligrosa minimice los costos por accidentes. En otras palabras, el derecho de daños contribuye a reducir el costo de los accidentes decidiendo quién ha de cargar con sus consecuencias desde el momento en que se acepta

³⁸⁴ CALABRESI, Guido, El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil, Barcelona, Ed. Ariel, 1984, pag. 44.

³⁸⁵ A título ilustrativo, es justo aclarar que el sistema de responsabilidad no es el único instrumento disponible para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados. Existen otros instrumentos como los estatutos penales, las regulaciones de seguridad, los incentivos fiscales.

como cierto que la asunción del costo del accidente es, para los sujetos de la relación jurídica, fuente de incentivo para adoptar medidas de precaución.

Profundizando en el efecto benéfico de una política eficiente de prevención de accidentes desde el sistema de responsabilidad civil, es conveniente precisar que el cometido de reducir los costes o las pérdidas de accidentes comprende tres fines. El primero es la reducción del número y de la gravedad de los accidentes. El segundo fin es una reducción de costes que no afecta ni al número y ni a la gravedad de los accidentes, sino a los costes sociales derivados de los mismos. El tercer fin refiere a la disminución de los costes de administración del tratamiento de los accidentes³⁸⁶.

Sin embargo aquí no termina la misión de esta disciplina en la realidad de los accidentes. En efecto, cabe ampliar nuestra mirada para reconocer el amplio plexo funcional que desempeña el AED en el plano del derecho de daños. En reseña a Calabresi, Kemelmajer de Carlucci sintetiza magníficamente tales funciones:

“1) La prevención o la seguridad, cuya finalidad principal es reducir los costos de los accidentes y los costos de la seguridad. En otras palabras alcanzar un nivel óptimo de seguridad. No obstante, asume que algunos accidentes, algunos daños, no pueden ser evitados, al menos, con la actual tecnología.

2) La distribución o la compensación, que impone que ningún individuo o empresa sea desintegrado por tener que soportar los costos de los accidentes, resultando así un significativo daño para la sociedad adicional para él o para la sociedad. Es decir, si la seguridad y los costos de los accidentes alteran dramáticamente el status económico del dañador o de la víctima, tales cambios en la riqueza son costosos en sí mismos.

3) La distribución moral, que implica poner la carga del costo de los accidentes y la seguridad sobre aquellos que deben soportar por razón de comportamiento o de sus relaciones con el dañador o con la víctima.

4) La distribución general, que significa poner la carga del costo de los accidentes y de seguridad en aquellos que están mejor situados para soportarlos por razón de riqueza o status en la sociedad. De este modo, cualquier sistema de derecho de accidente puede ser visto como un sistema de impuestos, y su deseabilidad debe ser medida por su justicia ínsita.

³⁸⁶ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, op. cit., pag. 67 y ss.

e) *La eficiencia que tiende a alcanzar una mezcla de los otros objetivos deseados*”³⁸⁷.

A los efectos de que podamos comprender cabalmente las consideraciones de AED que haremos seguidamente, se torna indispensable exponer un modelo básico de internalización de los costos por el derecho de los ilícitos culposos.

Empezaremos con una función simple. La probabilidad de un accidente que denominaremos “ p ”, disminuye cuando aumenta la precaución, que denotaremos “ x ”. Por lo tanto, $p = p(x)$ es una función decreciente de “ x ”. El daño, variable que representaremos con “ a ”, podrá consistir en pérdida de ingreso, daño a la propiedad, costos médicos, etc. En tal sentido, “ a ” multiplicado “ p ” es igual al daño esperado en dinero (esperado, en virtud del elemento probabilístico)³⁸⁸.

Al igual que “ $p(x)$ ”, el daño esperado “ $p(x)a$ ” es una función decreciente de la precaución x . A mayor precaución, menor daño esperado en dinero.

Para representar este hecho, el eje horizontal del gráfico H1 indica la cantidad de precaución del actor x , mientras que el eje vertical muestra cantidad en dólares, incluido el monto en dinero del daño esperado “ $p(x)a$ ”. La pendiente negativa de la curva que designa “ $p(x)a$ ” indica, como ya hemos anticipado, que el daño esperado disminuye a medida que aumenta la precaución.

La toma de precauciones implica a menudo la pérdida de dinero, tiempo o comodidad. Asumiremos que la precaución cuesta “ $\$w$ ” por unidad. A fin de mantener el análisis simple, supondremos también que “ w ” es constante y no cambia con el gasto en precaución “ x ”. En consecuencia, “ wx ” es igual a la cantidad gastada en precaución. La representación de “ wx ” en el gráfico H1 es una línea recta que parte del origen, cuya pendiente es igual a “ w ”³⁸⁹.

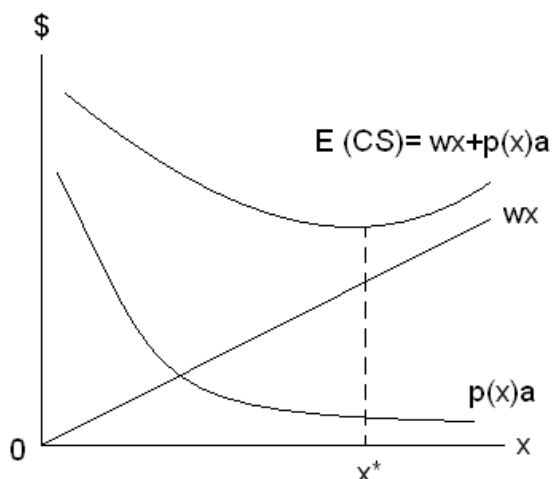
Ergo, la suma de los costos de precaución y del daño esperado arrojará los costos sociales esperados de los accidentes que denominaremos CS. Podemos sintetizar el razonamiento bajo la siguiente fórmula: $CS = wx + p(x)a$.

³⁸⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Funciones y fines de la responsabilidad civil, en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, t. III, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pag. 18 y ss.

³⁸⁸ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, op. cit., pag.373 y ss.

³⁸⁹ BROWN, John P., Toward and Economic Theory of Liability, publicado en Journey of Legal Studies, vol. 2, 1973, pag. 323.

Gráfico H1



La curva del costo social esperado del gráfico H1 se obtiene pues a través de la suma vertical de la línea “ wx ” y la curva “ $p(x)a$ ” a cada nivel de precaución “ x ”. El resultado de “ a ” curva en forma de U, designada “ $CS = wx + p(x)a$ ”.

En virtud de que la curva del costo social esperado tiene forma de U existe un valor de “ x ” que corresponde al fondo de la U. Este valor, denotado “ x^* ” en el gráfico h1, es el nivel de precaución que minimiza los costos sociales esperados del accidente. La eficiencia requiere que se minimicen los costos sociales, de modo que “ x^* ” es el nivel eficiente de la precaución.

Si caracterizamos “ x ” en términos matemáticos, el costo de un poco más de precaución (costo marginal) es igual al precio por unidad “ w ”. Así, un poco más de precaución reduce el costo esperado del daño (beneficio marginal). Esta reducción del costo esperado del daño es igual a la reducción de la probabilidad de un accidente.

Cuando la precaución es eficiente, el costo de un poco más de precaución (costo marginal) es igual a la reducción resultante en el costo esperado del daño (beneficio marginal)³⁹⁰.

Es válido concluir, entonces, que cuando el costo marginal social de la precaución es menor al beneficio marginal social, la eficiencia requiere que se tomen más precauciones. De igual modo, si la precaución excede la cantidad eficiente, el costo marginal social excederá también el beneficio marginal social. En estas circunstancias, la eficiencia requiere que se tomen menos precauciones.

Podemos retornar, pues, al centro de nuestra exposición.

³⁹⁰ COOTER, Robert y ULEN, op. cit., pag. 375 y ss.

Hemos aludido a la responsabilidad civil como instrumento de internalización de costos. Si queremos conocer a fondo el mecanismo funcional de este instrumento, debemos profundizar en el estudio de sus aspectos constitutivos.

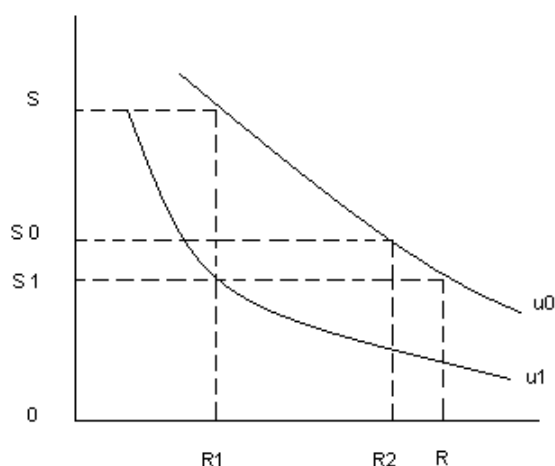
Desde tal perspectiva, es oportuno referenciar que la responsabilidad civil supone la presencia de cuatro presupuestos fundamentales cuya verificación judicial habilita a su declaración respectiva. A saber: hecho generador, daño, relación de causalidad y factor de atribución. El AED posibilita, en este sentido, una lectura diferente de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil.

El daño tiene una interpretación económica simple. El daño no es otra cosa más que un descenso en la función de utilidad o beneficio de la víctima. En la siguiente gráfica, podemos observar que la función de utilidad se da en relación a dos bienes: salud (a lo largo del eje vertical) y riqueza (a lo largo del eje horizontal). Una curva de indiferencia u_0 describe todas las combinaciones de salud y riqueza que otorgan a una persona el mismo nivel de satisfacciones de salud y riqueza.

Como se puede apreciar en el gráfico H2, el daño provoca una baja en la salud y riqueza de la víctima, tal como se visualiza en la curva u_1 . La compensación perfecta requiere que el responsable restablezca la satisfacción de la víctima al nivel u_0 . El pago de los daños en dinero constituye el medio tradicional para lograr esto. Por lo general, tales daños constituirán una suma igual a $(R_0 - R_1)$ para compensar la riqueza perdida y una suma igual al costo de la provisión de $(S_0 - S_1)$ unidades de salud, a los efectos de restablecer la posición original anterior a la causación del daño³⁹¹.

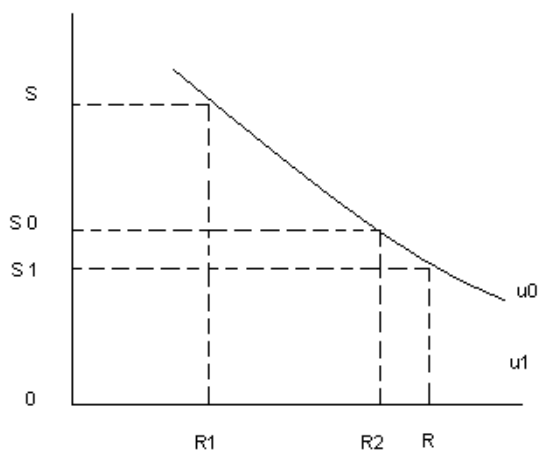
³⁹¹ POSNER, Richard, El análisis económico del derecho, Mexico, Ed. Fondo de Cultura Económico, 1998, pag. 158 y ss.

Gráfico H2



La vía de la prevención ex ante procura la no irrupción del daño en la realidad. Esto significa que la curva de afectación de los niveles de salud y riqueza coincidirá con la curva de indiferencia (ver gráfico H3). Motivo por el cual será innecesario habilitar la vía de la reparación, pues no habrá variación en las utilidades o beneficios de las partes, o al menos en aquellas que resultan dignas de protección jurídica.

Gráfico H3



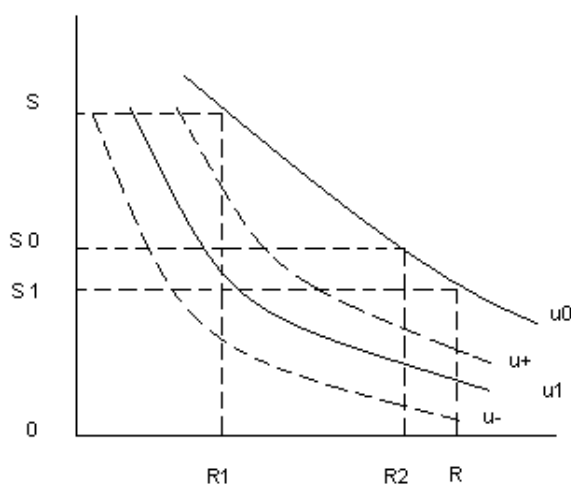
Finalmente, la prevención ex post, función dentro de la cual se inserta el deber de la víctima de mitigar el daño evitable, entra en juego en aquellas situaciones en las que se ha producido el daño cuyas consecuencias pueden ser revertidas por los sujetos de la relación jurídica o bien por terceros³⁹².

³⁹² Al respecto, cabe puntualizar que el reconocimiento normativo de la función preventiva ex post de la responsabilidad civil adquiere máxima fuerza en el Código Civil y Comercial. En tanto que el Código de Vélez sólo le asignaba una función exclusivamente indemnizatoria a la responsabilidad civil en sintonía con la concepción imperante en la época de su sanción, el nuevo Código

En términos técnicos, esto significa que la curva de afectación se ha apartado de la curva de indiferencia en la medida del desmedro sobre el bien salud y riqueza del damnificado. Por ende, el objetivo de la prevención ex post será el de detener el alejamiento de la curva de afectación con respecto a la curva de indiferencia (mediante la evitación de la agravación del daño, o bien su reducción efectiva) y el de propender al acercamiento y, en lo posible yuxtaposición, de ambas variables, mediante la mitigación del daño producido o reparación en especie del bien afectado³⁹³.

El gráfico H4 ilustra la relación expuesta. La curva $u+$ revela una plasmación positiva de la prevención ex post, puesto que la curva de afectación denota una aproximación hacia la curva de indiferencia con relación a $u0$. Por el contrario, la curva $u-$ pone de relieve una plasmación negativa de la prevención ex post, en tanto que la curva de afectación se aleja respecto a $u0$.

Gráfico H4



En este aspecto, es importante señalar que la compensación perfecta debe ser la meta para los tribunales que tratan de internalizar los costos. El logro de esa meta resulta difícil para los daños intangibles, toda vez que el tribunal no puede observar y medir la valuación subjetiva de la perturbación emocional el dolor y/o el sufrimiento de la víctima.

En cuanto a la relación de causalidad, es preciso referir que la percepción profesional, judicial y doctrinaria presenta algunos puntos de divergencia.

contempla la función preventiva de la responsabilidad civil como función autónoma. Y, dentro de ella, admite implícitamente la función preventiva ex post en el art. 1710 inc. b y c, que regulan la conducta posterior a la ocurrencia del daño. Es que la responsabilidad civil no es sólo la obligación de reparar sino también el deber de evitar y mitigar el daño.

³⁹³ COOTER, Robert y ULEN, op. cit., pag. 380.

En la práctica profesional, predomina un criterio simple denominado “*prueba de si no hubiese sido*”, para decidir si la acción “A” fue la causa del hecho “B”: “*Si no hubiese sido A, habría ocurrido B*”. Así, si la respuesta a esa pregunta es “no”, entonces “A” es la causa del hecho “B”. En cambio, si la respuesta a esta pregunta es “si”, entonces “A” no es la causa de hecho de “B”.

En términos estrictamente jurídicos, estamos frente a la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual todas las condiciones que contribuyen a producir un resultado dañoso tienen el mismo valor, por lo que la falta de cualquiera de ellas determina la no causación del daño. Dada la indivisibilidad material del resultado, cada una de las condiciones puede considerarse al mismo tiempo como causa del daño, sin que corresponda efectuar distinciones entre ellas³⁹⁴.

Las críticas resultan contundentes. En primer lugar, esta teoría amplía la responsabilidad hasta el infinito, lo cual conduciría a abarcar a las condiciones inmediatas, mediatas y hasta remotas. En segundo término, la premisa que entroniza este pensamiento contiene una contradicción insalvable: luego de definir al todo por la suma de las partes, termina afirmando que cada parte es igual al todo³⁹⁵.

En otra dirección, el Código Civil se inclina por la teoría de causalidad adecuada, según la cual el operador aquilata la adecuación de la causa en función de la probabilidad del resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece, según lo indica la experiencia diaria en el curso ordinario de los acontecimientos.

El juicio de probabilidad se realiza ex post facto y en abstracto, mediante un juicio retrospectivo en el que se prescinde de lo que efectivamente ha ocurrido en el caso concreto y se computa únicamente aquello que sucede según el curso normal y ordinario de las cosas.

En punto a esta cuestión, Vélez Sarfield se había inspirado en el Código de Prusia, aunque cronológicamente esta teoría apareció recién en 1888. Actualmente, la doctrina y jurisprudencia argentina admiten pacíficamente que la teoría de la causalidad adecuada es la que mejor se adapta al Código Civil³⁹⁶.

³⁹⁴ Cf. SPOTA, Alberto G., El nexo adecuado de causalidad del daño. Publicado en LL, 1984-D-323.

³⁹⁵ Cf. ORGAZ, Alfredo, La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño. Publicado en LL, 55-794.

³⁹⁶ En tal sentido, se pronuncian ALTERINI, Atilio A., Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1995, pag. 389; BUERES, Alberto, La unidad sistemática del resarcimiento de daños (El Código Civil Argentino y el Proyecto de Unificación en la Legislación Civil y Comercial de 1987). Comparaciones con el derecho español). Publicado en Revista de Derecho del Foro de Cuyo, n° 4, 1992, pag. 7; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M, Resarcimiento de daños, Tomo 4, Buenos aires, Ed. Hammurabi, 1999, pag. 182 y ss.

Con una exégesis categórica, el Código Civil y Comercial adopta expresamente la teoría de la causa adecuada en el art. 1726: “Relación causal: Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño (...)”³⁹⁷.

Esta tesis puede resultar útil para resolver muchos casos legales, pero con frecuencia conduce a equívocos cuando se trata de casos que involucran varias causas de daño.

A nivel doctrinario y jurisprudencial, campea la impresión generalizada de que la teoría de la relación de causalidad adecuada permite superar las dudas acerca del nexo causal, que hasta su aparición eran resueltas en situaciones concretas con pautas empíricas impregnadas de una elevada dosis de intuición y de particular sentimiento de cada magistrado. Recién a partir de esta teoría fue posible la formulación de la teoría de la causalidad sobre bases verdaderamente científicas y se la dotó de autonomía conceptual y funcional.

Sin embargo, a poco que se examinen los fundamentos de la teoría, fácil resulta rebatir el carácter per se científico de la solución propuesta. Es que, quiérase o no, todo termina siendo objeto del “*ojímetro judicial*”. Es decir, la determinación cualitativa de aquello que es “*objetivamente probable conforme al curso normal y ordinario de las cosas*” termina siendo establecido, en la inmensa mayoría de los casos, sobre la base de parámetros subjetivos del juzgador. Lo subjetivo no deja de serlo por el hecho de que se invoque, desde una perspectiva subjetiva, que tal conclusión se asienta en el curso normal y ordinario de las cosas. Salvo, por supuesto, que el razonamiento se apoye en las estadísticas, en estudios científicos que demuestren esa probabilidad objetiva, cuestión que usualmente no se observa en los repertorios jurisprudenciales.

Por tal motivo, consideramos que la teoría de la causalidad adecuada, como la de la equivalencia de las condiciones, la de la causalidad próxima, la de la condición preponderante, no son teorías científicas, sino doctrina de imputación de consecuencias cuya científicidad dependerá del empleo de argumentos objetivos, rigurosos, verificables que respalden la probabilidad o regularidad de lo que se considera “curso ordinario de las cosas”. En general, insistimos, esto no ocurre y los operadores del derecho sólo invocan argumentos en apariencia objetivos pero que, en su aplicación concreta, aparecen teñidos

³⁹⁷ BUERES, Alberto, Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pag. 167.

por la subjetividad y la falta de datos objetivos que sustenten las conclusiones acerca de la normalidad fáctica³⁹⁸.

A la hora de analizar esta cuestión, no podemos soslayar que la metodología de análisis de los hechos sobre los cuales opera el sistema de responsabilidad civil ha sido importada del sistema de responsabilidad penal, con lógicas adaptaciones. Tal es así que en la responsabilidad penal, subyace una relación más o menos directa entre el delincuente, la conducta que se le endilga y el resultado dañoso (en el homicidio, por ejemplo, el autor mata a otra persona, plasmando una relación personal, directa, estrecha, perceptible entre su conducta y el resultado). El mismo tipo de vinculación debe estar presente en la responsabilidad civil. La conexión más o menos directa en lo material, temporal, en lo espacial, entre dañador y víctima, como vinculación perceptible que no deja de ser tal por el hecho de que el daño haya sido causado por un tercero por quien no debe responder. Tanto el responsable directo como el reflejo, aunque en diferente grado, tienen una vinculación más o menos estrecha con el daño, por lo que la comprobación de la autoría es relativamente sencilla de identificar a través del modelo teórico de la doctrina de la relación de causalidad adecuada.

Por esta razón, antes de aceptar verdades apodícticas, es prudente considerar que la valoración del jurista debe estar orientada a aprehender el fenómeno causal para someterlo a la valoración jurídica. De ahí que resulte crucial no confundir ambos niveles. En el iter causal, el derecho sólo toma en cuenta aquellos efectos que pueden ser relevantes en cuanto resultan objeto de atribución normativa de conformidad con las pautas fijadas legalmente.

Incluso, en determinados casos, el legislador imputa los resultados de un suceso a una acción que no constituye, en el orden del ser, un hecho antecedente. Asistimos, pues, al paso de una causalidad lineal, en la que todo efecto es resultado de una causa que la precede y a cada efecto le corresponde una causa única, a una causalidad circular, en la que tanto la causa precede al efecto, como el efecto a la causa en una marcada retroalimentación³⁹⁹.

³⁹⁸ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit, Tomo V, pag. 162 y ss. Quizás la explicación de todo esto pueda ser hallada en la fuerza de los paradigmas. La responsabilidad civil durante siglos –sobre todo después de la sanción del Código de Francia- fue gestada como una responsabilidad calcada de la penal. Esta cosmovisión impregnó los elementos de la responsabilidad civil, que también se modularon sobre la base de los paradigmas que provenían del derecho penal (...).

³⁹⁹ Cf. CAFFERATA, Néstor, Daño ambiental – Problemática de su determinación causal, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2001, pag 231 y ss.

Las posibilidades de explicación a partir de una causa compleja y circular pueden potenciarse a partir de los siguientes casos: 1) las mismas causas pueden conducir a efectos diferentes y/o divergentes, 2) causas diferentes pueden conducir a los mismos resultados, 3) pequeñas causas pueden acarrear efectos muy grandes y viceversa, 4) algunas causas son seguidas de efectos contrarios, 5) los efectos de causas antagónicas son inciertos.

Es que, actualmente, la realidad revela nuevas formas de causación de daños que ponen en jaque la teoría de la causalidad adecuada como esquema de análisis y verificación del nexo causal jurídicamente relevante. En áreas como la responsabilidad por daño ambiental, el derecho del consumo y aún en ramas tradicionales, asoman supuestos en que los efectos de la acción dañosa se perciben recién después de varios años, y/o en los que el daño repercute difusa o colectivamente en una multiplicidad de personas, y/o en los que no es posible determinar la precisa incidencia causal de los autores del daño y, hasta a veces, la autoría misma del hecho generador de la responsabilidad⁴⁰⁰.

Estas reflexiones no deben ser ajenas al AED, puesto que el rigor científico, la precisión analítica y la coherencia fáctica de sus conclusiones dependerán, en gran medida, de la correcta aprehensión del fenómeno causal de acuerdo a los criterios jurídicos definidos por el ordenamiento normativo. Difícilmente puedan elaborarse soluciones jurídicas eficientes para resolver los conflictos sociales si el derecho no se expresa claramente sobre el *quid* para determinar cuándo un hecho se encuentra en relación de causalidad jurídicamente relevante con otro distinto.

En punto al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, las observaciones hasta aquí efectuadas adquieren una dimensión especial. Esto obedece a que la aplicación del instituto importa la verificación de un doble nexo de causalidad. A saber: 1) relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño originario y 2) relación de

⁴⁰⁰ Pizarro refiere que esto ha generado el surgimiento de teorías alternativas a la causalidad adecuada para regular las nuevas formas de causación de daños:

1) Teoría holandesa de la causalidad alternativa: exime al demandante de probar el nexo causal cuando, dado el elevado número de posibles sujetos agentes, resulte materialmente imposible probar quién fue exactamente el que produjo el daño cuya reparación se reclama. Se hace solidariamente responsable a todos los sujetos intervinientes.

2) Teoría alemana de la condición peligrosa: sostiene que si la acción u omisión crea un peligro capaz de provocar el suceso dañoso, ello puede considerarse una causa eficiente del daño efectivamente ocurrido, según una valoración *ex post*.

3) Teoría de la proporcionalidad: la reparación debe ser proporcional a la probabilidad de causación del daño.

4) Teoría del *marquet share*: toma en cuenta la participación que en el mercado tenían los legitimados pasivos para repartir entre ellos la indemnización.

(Ver PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *op. cit.*, Tomo V, pag. 165 y ss).

causalidad entre la conducta de la víctima y el agravamiento o no disminución del daño evitable.

Asimismo, es preciso señalar que si se trata del agravamiento del daño, el nexo de causalidad será positivo, en el sentido de que habrá que comprobar si efectivamente la conducta de la víctima fue causa adecuada del agravamiento del daño. Si se trata de la no mitigación del daño evitable, el nexo de causalidad será negativo, en cuanto habrá que representarse la hipótesis mental acerca de si el daño se hubiese podido evitar en caso de que la víctima hubiese adoptado las medidas tendientes a mitigarlo.⁴⁰¹

En la mayoría de los casos, el incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte de la víctima repercute, no tanto como agravamiento positivo del perjuicio por parte del damnificado, sino más bien como agravamiento por no adopción de medidas razonables en orden a su mitigación. Esto significa que habrá que determinar si el hecho omitido, de haber sido realizado, habría erradicado o aminorado el daño. Todo nexo de evitabilidad o causalidad negativa, al operar sobre supuestos hipotéticos, conlleva una cuota de complejidad adicional por cuanto la incidencia causal de la omisión debe ser ponderada a través de un hecho no ocurrido, y por ende no constatable.

Desde una perspectiva axiológica, debemos remarcar también que una evaluación apresurada, laxa o superficial de la relación de causalidad entre la conducta de la víctima y el daño evitable privaría injustificadamente a ésta de su derecho a obtener una reparación justa en la medida de que se le atribuirían efectos a una conducta suya que, aunque reprochable jurídicamente, tal vez no ha tenido impacto alguno en la mayor extensión del daño o bien ha tenido una repercusión menor a la reputada por el juzgador. Esto se da de bruces con el moderno derecho de daños que no hace menos hincapié en el deber de reparar del responsable que en el derecho de la víctima a ser indemnizada.

Queremos concluir el análisis de este presupuesto con un ejemplo paradigmático que sirve para representar la relevancia de lo económico en la causalidad jurídica, para lo cual conviene subrayar que la idea de la causa en los ilícitos culposos se conecta con las funciones de los modelos económicos. En estos, se describen las preferencias de los actores por una función de utilidad.

Supongamos que Amanda fuma, lo que indicamos con la función “ u_A ” (F, \dots), donde “ u_A ” denota la utilidad de Amanda, “ F ” denota la cantidad que fuma Amanda, y “ \dots ” indica todas las demás variables que afectan la utilidad de Amanda. La utilidad de Carlos depende de su salud y su riqueza, lo que escribimos “ $u_C = u_C$ ” (S, R). Supongamos

⁴⁰¹ Cf. CRESPO, Mariano Medina, La valoración civil del daño corporal, Bases para un tratado, Tomo III, Volumen I, Las reglas generales del sistema, Ed. Dykinson, 1999, Madrid, pag. 242 y ss.

que la salud de Carlos es una función descendiente de la cantidad que fuma Amanda “ $=S(F)$ ”. La función de utilidad de Amanda “ $ua = ua(F)$ ”. La variable “ F ” que Amanda controla directamente afecta la utilidad de Carlos.

En el plano de la prevención ex post por parte de la víctima, habrá que incorporar al cuadro de análisis causal la variable “ cC ” representativa de la conducta precautoria o negligente de Carlos frente a la variable “ uA ” (F, \dots) en relación a “ uC ”. Hecho esto habrá que estimar cuáles son las posibilidades de alteración de la variable “ uC ” de acuerdo a los niveles de precaución o negligencia asumidos por Carlos (“ cC ”). Juicio que necesariamente se traducirá, en primer término, en una relación probabilística entre la cantidad que fuma Amanda y la salud de Carlos y, en segundo término, en una relación probabilística entre el resultado de la variable anterior y las diferentes medidas que pueda adoptar la víctima en el caso concreto para morigerar las consecuencias del daño⁴⁰².

Finalmente, cabe remarcar que la comprensión de la causalidad jurídica constituye una condición metodológica necesaria para poder determinar, en el plano de las omisiones, la razonabilidad de ciertas medidas de mitigación del daño evitable, cuestión que no puede ni debe medirse en abstracto, sino en pleno contraste con el caso concreto. A tal efecto, resulta valioso tener en cuenta la situación en que se encuentra la víctima, las características del daño, las medidas de que dispone, los riesgos a los que se expone frente a la posibilidad de adopción de éstas y, también, las exactas implicancias causales no sólo de la omisión sino también de las medidas de mitigación que resultan razonablemente exigibles en el caso en examen. De hecho, la relevancia causal de la omisión debe calibrarse en función de la relevancia causal de las medidas de mitigación. Allí donde no existen medidas de mitigación que sean real y concretamente viables, no será posible hablar de omisión jurídicamente relevante.

Por lo expuesto, consideramos que el juicio ex post facto de causalidad entre la conducta antijurídica del agente y el daño originario y, especialmente, aquel que concierne a la relación de causalidad entre la conducta de la víctima y el daño evitable, debe estar respaldados en argumentos objetivos. Esto significa que la determinación de lo que se cree que es “*el curso normal y ordinario de las cosas*” en el caso concreto no puede ser producto de una afirmación dogmática, sino que debe tener un sustento mínimo en datos objetivos (estadísticas oficiales, estudios científicos, precedentes en número elevado, principios lógicos, reglas de experiencia social aplicada, etc.) que resulten reveladores de

⁴⁰² Cf. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, op. cit., pag. 382.

tal generalidad o regularidad. De lo contrario, la resolución judicial pecará de arbitrariedad⁴⁰³.

El tercer elemento que corresponde analizar es la antijuridicidad entendida como contradicción entre la conducta del agente y el ordenamiento jurídico íntegramente considerado.

Si bien es cierto que en determinados existen casos en los que se admite doctrinaria y jurisprudencialmente la figura del daño injusto o la responsabilidad civil por actividad lícita (vgr. responsabilidad del Estado por restricciones al dominio que impongan un sacrificio especial al administrado sin que tenga éste el deber jurídico de soportar la carga impuesta) por lo que el presupuesto general es, en realidad, el hecho generador, no podemos negar empero que la regla que domina al instituto es la antijuridicidad de la conducta dañosa como presupuesto de responsabilidad civil⁴⁰⁴.

En clave económica, cabe efectuar la siguiente representación de las faltas. Existen aquellas que son binarias, por cuanto admiten sólo dos posibilidades. Por ejemplo, un pasajero se pone el cinturón de seguridad o no se lo pone. Y existen normas legales de cuidado que se aplican a una variable continua. El caso del automóvil que puede cambiar de velocidad continuamente, el caso del abogado que puede canalizar la pretensión de su defendido de acuerdo a diversas estrategias procesales. Los economistas son propensos a operar con variables continuas.

En un proceso judicial de responsabilidad por daños, el actor debe demostrar que el demandado violó una obligación o deber de obrar con cuidado. Es decir, que no respetó la norma, principio o regla jurídica que prescribe el nivel mínimo de precaución aceptable.

Los tomadores de decisiones que toman precauciones tan grandes o mayores que la norma legal no son responsables de los daños accidentales de otra persona, pues adecuan su conducta a lo debido. Los que tomen menos precauciones que las que contempla la norma legal, pueden verse obligados a pagar daños compensatorios por los daños accidentales de otra persona⁴⁰⁵.

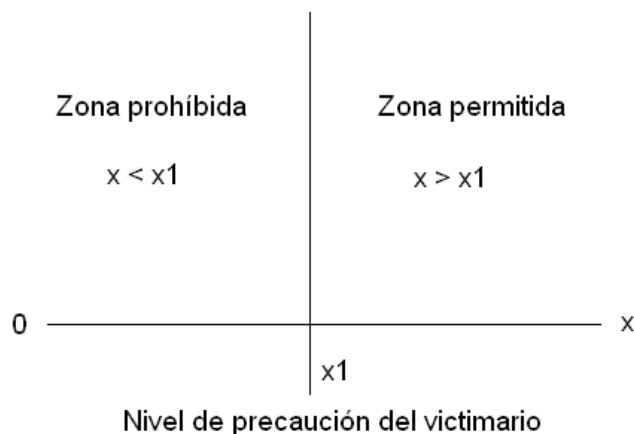
El siguiente gráfico da cuenta de la situación descrita.

⁴⁰³ Cf. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 7° ed., Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1998, pag. 512. Dromi señala como causal de arbitrariedad la no expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión adoptada. Las que se equiparan con aquellas decisiones que prescinden de toda fundamentación jurídica seria o que contienen razonamientos incorrectos que aparentan ser correctos.

⁴⁰⁴ Cf. COLAUTTI, Carlos E., *La responsabilidad del Estado por actos lícitos*, publicado en LL, 1991-B-709.

⁴⁰⁵ Cf. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *op. cit.*, pag. 382.

Gráfico H5



Cabe destacar, finalmente, que esta distinción no se plantea en relación a un único deber, sino respecto a todos aquellos deberes que pesan sobre el victimario o la víctima en el marco de la relación jurídica respectiva. Por ejemplo, en una relación de servicios profesionales, el nivel de precaución del profesional se pondera en relación a un deber de información, a un deber de confidencialidad, a un deber ejecución diligente de la prestación principal, etc.

La visión tradicional del derecho de la responsabilidad civil en torno a esta cuestión ha sido unidireccional. Es decir, la antijuricidad siempre se proyectó sobre la conducta del dañador, no de la víctima, sobre la base de que la conducta lesiva de los intereses propios carecía de alteridad, de modo que pueda ser reputada como accionar contrario a derecho⁴⁰⁶. Lo que perdió de vista esta concepción es que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no sólo está dirigido a la protección de un interés propio, sino que además procura, en lo inmediato, evitar un agravamiento irrazonable de la obligación de indemnizar que pesa sobre el dañador y, mediatamente, un empobrecimiento de los bienes que componen la riqueza social. De ahí que, conforme lo hemos fundamentado oportunamente, existe un deber de mitigar el daño evitable en cabeza de la víctima que emerge del principio jurídico de la buena fe.

⁴⁰⁶ LLAMBIAS, Jorge, La culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil, Publicado en JA, Doctrina, 1974-6. El incumplimiento obligacional culposo alude a una “conducta reprochable frente a las demás personas; en esta situación no hay una falta con respecto a otro, sino un desacierto que perjudica a quien lo comete, y que en rigor nadie la puede censurar, por lo que no hay culpa en el sentido jurídico de la expresión, que implica un juicio de reproche acá ausente”. Cf. ORGAZ, Alfredo, La culpa concurrente y sus efectos. Publicado en LL, 1991-C-326, MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, 2da edición, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998; DE CUPIS, Adriano, El daño. Teoría de la responsabilidad civil, trad. de Martínez Sarreón,, Barcelona, Bosch, 1975, pag. 212.

compraventa internacional de mercadería), la regla es la desregulación normativa en la materia.

Esto hace que la cuestión quede bajo el imperio de los principios jurídicos, en particular del principio de buena fe. Aun cuando resulte indudable la fuerza jurídica de la buena fe como fuente generadora del deber de mitigar el daño por parte de la víctima, es igualmente cierto que la falta de predeterminación legal exige un esfuerzo argumentativo mayor a los operadores del derecho y expande el marco de posibilidades de aplicación y modulación de los efectos propios del instituto⁴⁰⁸. Con lo cual, la línea x1 deja de ser una recta nítidamente demarcada para convertirse en una variable de contornos difusos y determinables por medio de la interpretación hermenéutica basada en principios jurídicos.

El Código Civil y Comercial le ha conferido una precisión mayor a esta exigencia. Primero, mediante el reconocimiento expreso de su estatus como deber jurídico, en su modalidad activa y pasiva. Segundo, mediante la regulación de los efectos derivados de su cumplimiento o inobservancia. Con todo, la reglamentación promulgada es muy básica y elemental, por cuanto deja librada a la actividad judicial integradora varias cuestiones fundamentales que hacen al funcionamiento del instituto, tales como límites del deber de mitigar, pautas de valoración de la conducta de la víctima, contenido de las medidas de mitigación del daño evitable, etc. Con lo cual, la línea x1, pese a haber adquirido mayor determinación, conserva una cuota apreciable de incerteza.

Conviene apuntar, en perspectiva global, que el juicio de antijuridicidad respecto a la víctima encuentra una justificación mucho más apropiada y completa en la nueva codificación. El reconocimiento reiterado de la buena fe como principio jurídico aplicable a todas las relaciones jurídicas en general (arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1061), como así también la consagración ya referida del deber de prevención ex post en cabeza de la víctima (art. 1710 inc. b y c), confluyen como sólidos argumentos normativos para auspiciar una consideración integral de la juridicidad de la conducta de la víctima frente a la realidad dañosa.

En lo atinente al factor de atribución de responsabilidad, nos interesa aportar que se trata de un presupuesto jurídico-valorativo. Estamos ante el elemento axiológico en virtud

⁴⁰⁸ El derecho común de los países del common law hace hincapié en la obligación de obrar con un cuidado razonable. Esta norma compara el cuidado efectivo del demandado, con el cuidado que habría tenido una persona razonable en las mismas circunstancias. Los códigos civiles de Europa continental no están tan atados por el concepto de lo razonable. Los abogados continentales se sienten a menudos incómodos con una regla de cuidado razonable, lo que parece dar una guía muy escasa a las personas y una discreción excesiva a los jueces. En consecuencia, los códigos civiles con frecuencia buscan una mayor especificidad en la prescripción de las obligaciones. Los abogados civiles a veces invocan principios amplios, como “*el abuso de derecho*”, el pater familias, la razonabilidad.

del cual el ordenamiento jurídico imputa al agente la obligación de reparar las consecuencias dañosas derivadas del hecho generador de responsabilidad.

Los factores pueden ser subjetivos u objetivos. Los primeros son aquellos que fundan la atribución de responsabilidad del agente en la existencia de culpa o dolo. Los segundos son aquellos que sustentan la responsabilidad de aquél con total prescindencia a la culpa o dolo del agente (vgr. riesgo creado, garantía, equidad, normal tolerancia).

Desde la perspectiva del AED, el legislador debe tener en cuenta cuáles son los incentivos que sobre los actores de la relación jurídica determina la adopción de un determinado tipo de factor.

Cuando el factor de atribución es subjetivo, dado que el dañador puede eximirse probando que ha tenido la diligencia que le era exigible, el interés de éste fincará en el cumplimiento del nivel de precaución exigido por la norma legal, y no tanto en la evitación del daño real.

Cuando el factor de atribución es objetivo, dado que el nivel de precaución adoptado no condiciona la atribución de responsabilidad en el caso concreto, el interés del dañador estará dirigido a impedir la ocurrencia real del daño. Y el grado de precaución se aproximará, más que al estándar de cuidado legalmente impuesto, al nivel de cuidado eficiente. Este nivel debe determinarse en función de la probabilidad de evitación del daño, la gravedad de éste y los costos de la precaución.

Lógicamente, a la hora de optar entre un factor objetivo u subjetivo para regular una actividad humana determinada, entran en juego otras consideraciones de política legislativa que se relacionan con los riesgos que la actividad genera, con la captación de los beneficios derivados de la explotación económica de dicha actividad, con la posibilidad de controlar los efectos derivados de la actividad por parte de los actores de la relación, etc.

En lo tocante al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, entendemos que la víctima no tiene responsabilidad civil en sentido estricto y, por ende, sería impropio hablar de un factor de atribución.

Con mayor rigor, debemos anticipar que el efecto del incumplimiento de esta exigencia no es la responsabilidad de la víctima con el consiguiente deber de reparar el daño, sino la exclusión del daño evitable de la extensión del resarcimiento. Es decir, si el daño evitable formase parte del quantum respondeatur debido a la víctima, entonces podríamos afirmar, sin hesitación alguna, que ésta es responsable de haber hecho más gravosa la indemnización del responsable y, por ende, debe responder por ello. Empero, el mayor daño derivado del incumplimiento del deber de mitigar por parte de la víctima nunca llega a ingresar en la órbita del daño indemnizable, pues el efecto de ese

incumplimiento, insistimos, es precisamente no considerar tal daño como perjuicio indemnizable. Ergo, toda discusión ulterior sobre la responsabilidad de la víctima queda huérfana de sentido.

Con todo, esta circunstancia no nos exime de escrutar el fundamento de la exclusión del daño evitable por la víctima del daño indemnizable. En tal sentido, entendemos que dicho fundamento debe ser necesariamente subjetivo y, en ningún caso, objetivo. Es que resultaría excesivo e irrazonable reprocharle a la víctima cualquier agravación del daño que aparezca vinculada a su conducta, en razón de que: 1) la mitigación del daño evitable no es un deber de resultado sino de medios, razón por la cual a la víctima no se le exige que evite efectivamente el daño sino que colabore en su evitación, circunstancia justificada en la imprevisibilidad objetiva del daño, las limitaciones de la víctima para aplicar medidas de mitigación, la vulnerabilidad generada por el hecho dañoso, la expansión súbita de las consecuencias del daño, etc. 2) la indemnidad de los derechos personales y patrimoniales quedaría gravemente amenazada, pues al dañador le bastaría con alegar y probar que la acción u omisión de la víctima tuvo incidencia causal en la agravación del daño para no tener que responder por la mayor extensión del perjuicio resarcible, 3) este criterio olvida que el eje central en torno al cual debe girar el derecho de daños es la protección de la persona de la víctima; el hecho de que existan límites jurídicos a los derechos de la víctima no frustra dicha conclusión.

De lege lata, el Código Civil no se pronuncia sobre la cuestión. Sin embargo, por lo argumentos desarrollados ut supra, consideramos que de la inteligencia de este cuerpo normativo se arriba indefectiblemente a tal solución. Es que toda vez que la buena fe objetiva se postula en el marco del Código de Vélez como la causa fuente del deber de mitigar el daño evitable, y tal principio se condensa en un obrar leal y previsor, resulta lógico que si la víctima emplea un nivel de diligencia razonable para disminuir el daño, debe tenerse por cumplida la exigencia aludida, sin que corresponda, bajo ningún concepto, imponerle a ésta la reducción efectiva del perjuicio como resultado debido.

Consideramos que el Código Civil y Comercial también adscribe a la tesis que reputa que el factor de atribución aplicable al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima es exclusivamente subjetivo. A las razones ya expuestas, se agrega el texto del art. 1710 inc. b que establece que el deber de toda persona (lo que incluye a la víctima) de adoptar las medidas razonables para mitigar el daño. Préstese atención que el nuevo Código tiene por cumplida la exigencia no con la mitigación efectiva del perjuicio, sino con la mera adopción de las medidas razonables orientadas a tal fin.

Desde el AED, podemos añadir también que “*cargar demasiado las tintas sobre los deberes de la víctima*” generaría el efecto indeseado de “*relajar*” al dañador, es decir de desincentivarlo en la búsqueda del nivel de precaución eficiente para evitar la ocurrencia del daño o mitigar sus consecuencias una vez ocurrido éste. Pues a éste le bastaría con demostrar que en el caso concreto la víctima pudo mitigar el daño y no lo logró.

Desde la crítica cómoda de la actuación del damnificado, el dañador podría evadir, su responsabilidad apelando a este expediente. Ergo, se reducirían sensiblemente las probabilidades de éste de tener que responder por el daño causado y, en consecuencia, estaría menos dispuesto a asumir los costos de la prevención.

5. Análisis económico positivo de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

Procuraremos ahora comprender en términos de AED las causas explicativas de la realidad de la mitigación del daño evitable en el derecho argentino.

Si bien tal realidad ha sido escrutada minuciosamente en el capítulo I de la parte A, no es banal reparar sintéticamente en las premisas fácticas fundamentales desde las que hemos partido a la hora de elucubrar sobre la cuestión referida.

En tal sentido, tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico la tendencia de la víctima a mitigar el daño evitable es relativamente baja y que este patrón de conducta impacta considerablemente en la mayor extensión de los daños globalmente considerados que afectan a la sociedad. Estas conclusiones se apoyan en los gráficos G4 y G5.

Para poder comprender adecuadamente este problema, es importante que representemos primeramente las relaciones entre el nivel eficiente de precaución, los incentivos necesarios para alcanzarlo y las reglas de distribución de costos que condicionan tales incentivos.

Consideremos, en primer lugar, el caso en que la víctima escoge la precaución. Lo que indicaremos con el subíndice “ v ” a “ x ” y “ w ”. La víctima paga el costo “ w_v ” por “ x_v ” unidades de precaución⁴⁰⁹. Consideremos ahora el costo del daño “ A ”, que sufre la víctima. Supongamos que la ley no facultad a la víctima para recibir del victimario una

⁴⁰⁹COOTER, Robert y ULEN, Thomas, op. cit., pag. 390.

compensación por el accidente. En otras palabras, supongamos que la regla de los ilícitos culposos es la de ausencia de responsabilidad. En consecuencia, la víctima asume el daño esperado " $p(x)A$ ". Los costos totales que la víctima espera asumir son iguales al costo de la precaución más el costo esperado del daño: " $w_v x_v + p(x)A$ ". La víctima tiene un incentivo para minimizar los costos que asume. Ergo, la víctima escoge " x " para minimizar " $w_v x_v + p(x)A$ ". El mínimo ocurre en el nivel de precaución, denotado por " x ", donde el costo marginal de precaución de la víctima es igual a la reducción resultante en el costo esperado del daño: " $w_v = -p(x_v^*)A$ ".

En suma, la regla de la ausencia de responsabilidad hace que la víctima internalice los costos y los beneficios marginales de la precaución, lo que le da a la víctima incentivos para la precaución eficiente⁴¹⁰.

Por su parte, la regla de responsabilidad estricta refiere a aquella situación en la que el victimario es totalmente responsable y la víctima recibe una reparación plena. Al igual que en el caso anterior, la víctima asume el costo de la precaución " $w_v x_v$ " también el costo esperado del daño " $p(x)A$ ". La diferencia radica en que aquí la víctima recibe un resarcimiento por la totalidad de los daños sufridos " $D = A$ ". Luego, los costos netos totales que la víctima espera asumir según la regla de la responsabilidad estricta con resarcimiento pleno son iguales a los costos de la precaución.

La fórmula sería la siguiente: " $w_v x_v + p(x)A - p(x_v)D = w_v x_v$ ".

Advertimos, pues, que la víctima tiene un incentivo para minimizar los costos que asume. En consecuencia, la víctima escoge x para minimizar " $w_v x_v$ ". En virtud de que x no puede bajar de cero, ocurre el mínimo cuando la precaución es cero " $x_v = 0$ ".

Por lo tanto, la regla de la responsabilidad estricta con resarcimiento pleno de los daños no otorga a la víctima ningún incentivo para tomar precauciones. La razón es evidente: la víctima asume los costos de su propia precaución y no gana nada reduciendo la probabilidad de los accidentes. Bajo esta regla, la toma de precauciones implica para la víctima internalizar los costos y externalizar los beneficios.

Desde la perspectiva opuesta, la regla de responsabilidad estricta con resarcimiento pleno hace que el victimario internalice los costos y los beneficios marginales de la precaución, lo que le da incentivos para la precaución eficiente. En función de esta regla, el costo marginal del victimario es igual al costo esperado del daño: " $w_i = p(x^*)A$ ".

Concomitantemente, la regla de ausencia de responsabilidad no otorga al victimario ningún incentivo para tomar precauciones. Esta conclusión tiene una explicación simple: si

⁴¹⁰ OLIVERA, Julio, Derecho económico, 2da edición, Buenos Aires, Ed. Macchi, 1980, pag. 221.

no tiene responsabilidad, al victimario le resulta indiferente la ocurrencia o no del accidente. La toma de precauciones importaría para sí una internalización de los costos y una externalización de los beneficios.

Como podrá adivinar el lector, estos sistemas podrían resultar eficientes en aquellos casos en los que sólo una de las partes se encuentra en condiciones de tomar precauciones. Si se trata de la víctima, será recomendable el sistema de ausencia de responsabilidad. Si se trata del victimario, cabrá sugerir el sistema de responsabilidad estricta.

En los demás casos, ni la regla de responsabilidad estricta ni la regla de ausencia de responsabilidad crean incentivos para la precaución eficiente del daño, como lo requiere la eficiencia bajo el supuesto de la prevención bilateral.

Consideramos, por tal motivo, que estas reglas no son aptas para convertirse en criterio rector de los casos de responsabilidad por daños. Sustentamos nuestra conclusión en el hecho de que: 1) tanto la víctima como el dañador, con distinto grado de injerencia según la situación, tienen las más de las veces posibilidad de adoptar medidas de precaución frente a daños evitables, y 2) los daños evitables superan cuantitativamente a los daños no evitables. Los datos expuestos aparecen ratificados por los resultados del gráfico G15 y G16. El primero destaca la importancia de la colaboración entre la víctima y el dañador en orden a la mitigación del daño evitable, lo cual presupone que ambas partes tienen o, al menos, suelen tener capacidad para influir sobre la extensión del resarcimiento. De otro modo, la colaboración entre ambas partes perdería relevancia. En tanto que el gráfico G16 refleja que los daños evitables ocupan la mayor proporción de los daños totales.

Estas constataciones nos conducen a conferirle una vigencia excepcional a las reglas de prevención unilateral, ya sea regla de ausencia de responsabilidad o de responsabilidad estricta, puesto que su eficiencia está limitada exclusivamente a aquellas situaciones especiales en las que sólo una de las partes se encuentre en condiciones de mitigar el daño.

En la mayoría de las circunstancias, insistimos, la probabilidad del accidente está influida además por el nivel de precaución del agente y del propio damnificado por el accidente. Cuando esto ocurre, el problema de establecer el nivel eficiente de precaución para evitar accidentes se vuelve bilateral, ya que resulta necesario especificar un valor eficiente para el nivel de precaución del actor y otro para el nivel de precaución del damnificado.

Frente a la prevención bilateral, se ofrecen otros sistemas alternativos⁴¹¹. Aludiremos a tres reglas básicas de responsabilidad.

Comenzaremos con la explicación de la regla de la negligencia simple. Esta directriz establece: 1) si el victimario tiene culpa ($x < x^*$), el victimario es responsable, independientemente del nivel de precaución de la víctima. 2) Y si el victimario no tiene culpa ($x > x^*$), el victimario no es responsable.

En segundo término, haremos referencia a la regla de negligencia con defensa de negligencia contributiva. Según esta regla de derecho, el victimario puede evitar la responsabilidad mediante la demostración de que la precaución de la víctima fue menor que la norma legal de cuidado.

La lógica básica es la siguiente: 1) el victimario tiene culpa ($x_i < x_i^*$) y la víctima no tiene culpa ($x_v > x_v^*$), el victimario es responsable. 2) Si el victimario no tiene culpa ($x_i > x_i^*$) o la víctima tiene culpa ($x_v < x_v^*$), el victimario no es responsable.

El denominador común que existe entre sendas reglas de responsabilidad finca en que una parte es responsable de todos los costos del daño accidental, aunque ambas partes tengan culpa⁴¹².

En tercer término, podemos señalar la regla de la responsabilidad estricta con una defensa de negligencia contributiva. De acuerdo a esta regla, 1) si la víctima tiene culpa ($x_v < x_v^*$), el victimario no es responsable. 2) Si la víctima no tiene culpa ($x_v > x_v^*$), el victimario es responsable.

Finalmente, y sin ánimo exhaustivo, podemos destacar otra forma de la regla de la negligencia, denominada negligencia comparativa. Se trata de un criterio jurídico que divide el costo del daño entre las partes en proporción a la contribución de su negligencia al accidente. Por ejemplo, si la negligencia de la víctima es 30% responsable del daño accidental y la negligencia del victimario es 70% responsable de dicho daño, la víctima podrá recuperar del victimario el 70% de sus pérdidas⁴¹³.

Cabe la siguiente formulación de la negligencia comparativa: 1) Si el victimario tiene culpa, y la víctima no tiene culpa ($x_v > x_v^*$), el victimario asume el 100% de la reparación; 2) el victimario no tiene culpa ($x_i > x_i^*$), y la víctima tiene culpa ($x_v < x_v^*$), la

⁴¹¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, Derecho y economía, México, Ed. Fondo de cultura económica, Mexico, pag. 391. Los autores alertan que, frente a este problema, no resulta eficiente la división de los costos del daño entre la víctima y el dañador. Pues tal operatoria haría que cada uno de los ellos externalice una parte de los costos, por lo que ambos crecerían de incentivos para una prevención eficiente.

⁴¹² POSNER, Richard, op. cit., pag. 396.

víctima asume el 100% de la reparación; 3) El victimario tiene culpa ($x_i < x_i^*$) y la víctima tiene culpa ($x_v < x_v^*$), el costo se reparte en proporción a la contribución causal de su negligencia al accidente.

Según Cooter, el AED demostró un hecho sorprendente acerca del modelo de la responsabilidad en los ilícitos culposos. Si suponemos una compensación perfecta y que cada norma legal es igual al nivel de cuidado eficiente, todas las formas de reglas de negligencia otorgan al victimario y la víctima incentivos para la precaución eficiente. Esto se basa en la convicción de que un victimario racional toma precauciones iguales a la norma legal para evitar la responsabilidad y, sabiendo esto, una víctima racional internaliza el daño de los accidentes, lo que otorga incentivos para una prevención eficiente⁴¹⁴.

No estamos completamente de acuerdo con tal afirmación. Consideramos que, a lo sumo, esta conclusión únicamente podría tener asidero en aquellas situaciones en las que la víctima o el victimario no tienen posibilidad de conocer y especular con la negligencia obrada por la otra parte. Por ejemplo, bajo una regla de negligencia simple, si la víctima tomase conocimiento de que el victimario ha actuado culposamente en el momento anterior al siniestro, posiblemente no se preocuparía por adoptar precauciones a nivel eficiente para evitarlo porque tendría la seguridad de que el victimario asumiría la totalidad de los costos de la reparación. Por más que la verificación de la negligencia requiera siempre un pronunciamiento judicial ulterior que así la determine, no podemos obviar que en no pocas ocasiones la negligencia de la otra parte surge en forma manifiesta en la misma actuación del agente, con lo cual el riesgo especulativo estaría latente.

La observación adquiere especial relevancia frente al problema del daño evitable posterior, en razón de que en estos casos la víctima tiene generalmente la posibilidad de actuar frente a un daño que ya ha empezado a manifestarse en la realidad y respecto al cual se encuentra definida la conducta del victimario en cuanto si ha tenido o no culpa. Por ende, la víctima podría carecer de incentivos, en determinados supuestos, para adoptar un nivel eficiente de precaución.

Se nos podrá objetar que, frente a la posibilidad de especulación de la víctima, el victimario puede tomar por su cuenta todas las medidas que exige la precaución del caso teniendo en consideración el riesgo especulativo. Empero, esta no es una solución apropiada para los casos de precaución bilateral en los que se torna necesario que ambas partes asuman el nivel de precaución eficiente y no sólo una de ellas.

⁴¹⁴COOTER, Robert y ULEN, Thomas, op. cit., pag. 390.

Por lo expuesto, consideramos que la única regla capaz de asegurar la máxima prevención bilateral eficiente es la regla de la negligencia comparativa, en virtud de los fundamentos que explicitaremos en el próximo título.

A esta altura de la exposición, estamos en condiciones de evaluar el sistema adoptado por el orden jurídico argentino en materia de atribución de responsabilidad por daños.

En materia de responsabilidad basada en un factor subjetivo de atribución de responsabilidad (culpa o dolo), el sistema del Código Civil acoge la regla de la negligencia comparativa. La particularidad consiste en que, al referirnos a los factores subjetivos, la fórmula de la negligencia comparativa debe integrarse con un cuarto razonamiento, cuál es que si la víctima y el victimario no tuvieron culpa, el costo total de la reparación debe ser soportado in totum por la víctima.

En tal dirección, el art. 1109 determina que quien causa un daño obrando con culpa debe responder por aquel, por lo que la culpa sería condición sine qua non para activar la responsabilidad del victimario. El art. 1111 limita, a su vez, el alcance de la disposición precedente al establecer que cuando el daño responde a una falta imputable a la víctima –el Código no aclara si debe ser o no culposa-, no habrá responsabilidad. Por lo que es lógico concluir que el daño causado en parte por causa del victimario y en parte por causa de la víctima, deberá ser reparado en forma concurrente. Es ésta la interpretación jurisprudencial y doctrinaria absolutamente mayoritaria⁴¹⁵.

A la postre, el art. 1198 completa el radio de cobertura de la regla. Esta disposición normativa instituye el principio de buena fe a partir del cual puede inferirse un deber autónomo de prevención que opera no sólo en el momento anterior y concomitante al daño, sino también en la etapa posterior al hecho generador de responsabilidad -conforme los alcances interpretativos explicados en el capítulo 3-, lo que impone una doble valoración temporal de la conducta de la víctima. Al no prever el Código parámetros específicos de causalidad para la etapa del post-daño, se aplican por analogía (art. 16) las disposiciones de

⁴¹⁵ En esta línea, cabe citar: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, in re “*Ubillos, Carolina Andrea c/ Mastroberardino, Domingo Y Otro/A s/ Daños Y Perj.Autom.C/Les.O Muerte (Exc.Estado)(99)*”, 4/11/2013; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, in re “*Aquilano, Favio c/ Bascovich, Jorge y Otro/a s/ Daños y Perjuicios*”, 6/8/2013; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, “*Chamorro Braían c/ Osuna Miguel y Otros s/ Daños y Perjuicios*”, 1/8/2013, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, “*Escarlata, Guillermo Manuel y Otro c/ David, Juan Carlos y Otros s/ Daños y Perjuicios*”, 13/6/2013; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, “*Olivieri, Natalio Rubén c/ Andrade, Guillermo Daniel y Otros s/ Daños y perj.Autom. C/ Les. o Muerte (Exc.Estado)(99)*”, 2/5/2013.

los arts. 1109 y 1111 de cuya lógica se deduce el imperio de las reglas de la negligencia comparativa.

Esto significa que, en la etapa posterior al daño, la solución deberá readecuarse conforme a esa dimensión temporal, por lo que regirán las disposiciones relativas a la causalidad adecuada y también aquellas vinculadas al deber de mitigar el daño evitable. Lo que, en términos prácticos, importa que el victimario, en esta fase, no responderá toda vez que medie incumplimiento del deber de mitigar (art. 1198) con repercusión causal en el agravamiento del daño. En caso de que el aporte causal del incumplimiento del deber referido no sea la causa exclusiva del post daño, víctima y victimario responderán en forma concurrente.

Podemos ver, pues, que el Código de Vélez impone un doble tratamiento y valoración de la conducta de los sujetos de la relación resarcitoria. Por un lado, la que corresponde al momento anterior y concomitante al daño. Y por otro, la que corresponde al momento posterior. Y a ambas le aplica las reglas de la negligencia comparativa.

El Código Civil y Comercial recepta, en lo sustancial, similar solución. Pero, a diferencia del Código de Vélez, contiene disposiciones expresas y directas que deslindan el momento anterior (arts. 1716, 1722, 1724, 1726, 1729 y cctes.) y posterior (arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1061, 1710 inc. b y c) a la ocurrencia del daño evitable.

Con mayor detalle, podemos precisar que el Código Civil y Comercial nos exime de realizar el arduo procedimiento hermenéutico que en el Código de Vélez se requiere para justificar la vigencia de un deber de prevención ex post del daño. Amén de facilitar la afirmación positiva del instituto a partir de un amplio reconocimiento de la regla de la buena fe, es aún más categórico al instituir el deber de mitigar el daño evitable en el arts. 1710 inc. b y c que, como ya lo hemos fundamentado, opera en la etapa del post-daño y, en consecuencia, exige una evaluación de la conducta posterior de la víctima.

A su vez, y tal como se desprende de las disposiciones precitadas, la nueva codificación aplica las reglas de la negligencia comparativa con una ligera variación en lo que refiere al hecho de la víctima. Puntualmente, en la etapa anterior o concomitante al daño, el victimario no responde tanto si hay culpa de la víctima, como si se verifica un hecho no culposo de ésta que interrumpa el nexo causal. Si la interrupción de la causalidad -a instancias del hecho de la víctima- es total, no habrá responsabilidad del victimario independientemente de su culpa. Si la interrupción es parcial y media culpa del victimario, la responsabilidad por el daño se le imputará a éste en la medida del aporte causal de su conducta culposa a la producción del resultado dañoso. Por excepción, el hecho de la víctima tendrá que asumir carácter culposo para interrumpir el nexo de causalidad, toda

vez que así lo exija la ley, el contrato u otra circunstancia especial (art. 1729). En lo demás, la solución no varía con respecto al Código de Vélez.

En materia de responsabilidad basada en un factor objetivo de atribución de responsabilidad, la atribución se realiza con prescindencia de la culpa o dolo del agente. Ergo, la fórmula de la negligencia comparativa también debe integrarse con un cuarto razonamiento, pero esta vez del tenor opuesto: a saber, si la víctima y el victimario no tuvieron culpa, el victimario debe responder, salvo que medie una eximente de responsabilidad o una causa de justificación.

También aquí el Código de Vélez preserva el tratamiento diferenciado entre el momento anterior y posterior al daño evitable. En el primero, ya no se aplicarán las disposiciones relativas a la culpa, sino a los factores objetivos de atribución de responsabilidad (art. 907, 1113, 1117 y ctes.). Y se mantiene la aplicabilidad del art. 1111, toda vez que compete a una eximente de responsabilidad, y no al factor de atribución.

En el momento posterior, cabe nuevamente la remisión al art. 1198 como fuente normativa del deber de mitigar el daño evitable, como así también la aplicación analógica de las reglas de causalidad atinentes al momento anterior al daño.

Podemos observar que las reglas de la negligencia comparativa, con las adaptaciones del caso, continúan siendo operativas para regir estas situaciones, tanto en el momento anterior como posterior a la producción del daño.

El Código Civil y Comercial sigue, en lo sustancial, lineamientos similares en esta materia. Y contiene disposiciones expresas y directas que deslindan el momento anterior (art. 1716, 1722, 1723, 1726, 1729 y ctes) y posterior a la ocurrencia del daño evitable (arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1061, 1710 inc. b y c), a diferencia de lo que ocurre con el Código de Vélez que regula indirectamente la cuestión. Asimismo, la nueva norma civil aplica las reglas de la negligencia comparativa con la variación ya explicada con relación al hecho de la víctima como eximente de responsabilidad (art. 1729).

Al margen del carácter objetivo o subjetivo del factor de atribución, debemos denunciar que, en la práctica, los operadores jurídicos son propensos a hacer una asimilación *contra legem* en lo que refiere al tratamiento de los distintos momentos del daño. En relación al momento anterior y concomitante al daño, los operadores del derecho aplican regularmente la regla de la negligencia comparativa sobre la conducta del dañador y la víctima correspondiente a tales momentos, ponderando de tal modo la contribución causal de la conducta reprochable de las partes en la producción del resultado dañoso. Empero, en relación al momento posterior al daño, los operadores, en vez de aplicar

nuevamente tales reglas para apreciar en forma independiente el impacto causal de la conducta posterior de los sujetos en el agravamiento del daño originario, trasladan o replican injustificadamente los resultados anteriores.

Queremos decir, por ejemplo, que si la víctima contribuyó a la producción del daño con un aporte causal culposo del 30% y el victimario lo hizo con el 70%, y luego aconteció un agravamiento del daño al que el victimario contribuyó culposamente en un 15% y la víctima con el 85% restante, los jueces declararán, por lo general, la responsabilidad del victimario y lo obligarán a resarcir el 70% de la totalidad del daño, sin discriminar entre los perjuicios originarios –respecto a los cuales tal solución resulta lógica- y aquellos que fueron consecuencia del agravamiento posterior del daño –respecto a los cuales tal solución luce irrazonable e incongruente con la conducta posterior de los sujetos-.

Además de los escasos fallos -lo cual constituye en sí un dato significativo- en los que los jueces han hecho efectiva aplicación del deber de mitigar el daño evitable y han diferenciado adecuadamente entre la contribución causal de la conducta culposa anterior al hecho dañoso originario y la posterior, podemos apelar también al gráfico combinado G18 para justificar sociológicamente la conclusión precedente. En rigor, el segmento mayoritario -46%- de los consultados considera que el argumento de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima es utilizado con “poca” frecuencia por los operadores del derecho.

Esta aplicación disfuncional del deber de mitigar el daño evitable altera negativamente la política de incentivos de los actores de la relación jurídica por cuanto se aparta del objetivo de la prevención eficiente. A menos que la contribución causal de la conducta culposa anterior y posterior al hecho dañoso fuese igual, uno de los sujetos de la relación terminará externalizando una parte de los costos del daño y, en consecuencia, víctima como victimario tendrán incentivos para una prevención deficiente. Si en el ejemplo anterior, el victimario responde por el 70% del daño base como del daño ulterior, seguramente adoptará con posterioridad al evento dañoso un nivel de prevención por debajo del nivel eficiente, ya que una parte del costo esperado del daño podrá descargarlo sobre el victimario y, por ende, carecerá de incentivos para asumir el costo total de la prevención eficiente.

En perspectiva de AED, la realidad de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima en Argentina, nos habilita a concluir que la prevención eficiente, como objetivo funcional del orden jurídico, no puede alcanzarse en aquellos casos de responsabilidad con culpa concurrente de víctima y victimario en la agravación del daño, toda vez que no se

valore de manera diferenciada la contribución causal de la conducta de la víctima anterior y posterior al hecho dañoso.

6. Análisis económico prescriptivo de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima.

Tras un examen económico de la plataforma fáctica del derecho de nuestro país en materia de mitigación de daños evitables, es oportuno proponer una regla de responsabilidad que posibilite un tratamiento jurídico eficiente de la conducta de los actores de la relación jurídica resarcitoria en la etapa del post-daño.

Pensamos que el ordenamiento jurídico nos proporciona sólidas razones para sostener, de lege lata como de lege ferenda, el imperio de una regla de negligencia comparativa que se aplique de manera diferenciada a la conducta de la víctima anterior al evento dañoso y a la posterior. Sobre el funcionamiento básico de esta regla y su aplicación diferenciada según estamos ante factores subjetivos u objetivos, remitimos al punto anterior.

A nuestro parecer, la denominada negligencia comparativa configura una pauta de redistribución de los costos del accidente que, por un lado, responde al valor justicia por cuanto traslada éstos a las partes en función de la incidencia causal de su conducta en la ocurrencia del hecho dañoso y, por otro, atiende al valor eficiencia por cuanto genera incentivos en ambos polos de la relación jurídica en orden al logro de una prevención eficiente.

Esta regla resulta apropiada para la prevención unilateral y bilateral en los casos de responsabilidad por daños, pues recae necesariamente sobre aquel sujeto de la relación que dispone de posibilidades razonables para evitar o mitigar el daño.

La aplicación de la regla de la negligencia comparativa armoniza mejor con el moderno derecho de daños que privilegia el derecho de la víctima a ser indemnizada por sobre el deber de reparar del responsable. Con agudeza, Posner aduce que la regla de la negligencia comparativa tiende justamente a satisfacer la expectativa social de asegurar a las víctimas de accidentes, en cuanto le da “algo” a la víctima negligente de un victimario

negligente, mientras que la negligencia contributiva no le da nada. No es casual que esta regla surgiera en el derecho naviero⁴¹⁶.

Dicho de otro modo, esta doctrina tiene la propiedad de proveer aseguramiento sin alentar a los aseguradores a ser descuidados porque, si un participante en la colisión es descuidado y el otro no lo es, el primero deberá pagar todo el costo del accidente.

Pero aquí no acaba la cuestión. Es preciso identificar cuál es el nivel de precaución eficiente en el caso concreto.

A tal efecto, consideramos que la llamada regla de Hand nos aporta un criterio de inestimable valor.

Como es propio de los sistemas herederos del common law, el diseño de esta regla no ha sido un producto reflexivo de la labor doctrinaria, sino que se ha manifestado como obra del derecho vivo, de la jurisprudencia de los tribunales. En efecto, Hand, juez estadounidense, acuñó este criterio para resolver un caso judicial.

El caso se refería a la pérdida de un lanchón y su carga en la Bahía de Nueva York. Varios lanchones atados por una sola línea de amarre a varios pilares. El remolcador del demandado fue contratado para que sacara de la bahía uno de los lanchones. A fin de desmarrar al lanchón, la tripulación del remolcador, que no vio a nadie a bordo de ninguno de los lanchones, reajustó las líneas de amarre. El ajuste no se hizo correctamente, de modo que uno de los lanchones se soltó más tarde, chocó con otro barco y se hundió con su carga. El dueño del lanchón hundido demandó al dueño del remolcador, alegando que sus empleados fueron negligentes al reajustar las líneas de amarre. El dueño del remolcador replicó que el dueño del lanchón también fue negligente porque su agente, llamado un “lanchonero”, no se encontraba en el lanchón cuando la tripulación del remolcador trató de ajustar las líneas de amarre. El lanchonero podría haberse asegurado de que las líneas de amarre se ajustaran correctamente.

Al decidir el caso, el juez Learned Hand formuló su famosa regla: “(...) *De la revisión del precedente se concluye que no existe ninguna regla general para determinar cuándo la ausencia de un lanchonero u otro asistente hará responsable al dueño de un lanchón por los daños ocasionados a otros barcos si se suelta de sus amarras. (...) Dado que hay ciertas ocasiones en la que cualquier barco se soltará de sus amarras y se convertirá en una amenaza para los barcos cercanos, la obligación del dueño, como en otras situaciones similares, de tomar precauciones contra los daños resultantes, es una función de tres variables: 1) la probabilidad de que el barco se suelte, 2) la gravedad del*

⁴¹⁶ POSNER, Richard, El análisis económico del derecho, Mexico, Ed. Fondo de Cultura Económico, 1998, pag. 164 y ss.

daño resultante en tal caso, 3) la carga de las precauciones adecuadas. Quizás convenga poner de relieve esa noción expresándola en términos algebraicos: si la probabilidad es P , el daño L , y la carga B ; la responsabilidad depende de que B sea menor que L multiplicado por P , es decir, de que $B < PL$ ". En el caso de referencia, el juez Hand aplicó esta regla y concluyó que, dado que " $B < PL$ ", el dueño del lanchón fue negligente al no tener a un lanchonero a bordo durante las horas de trabajo diurno.

Si reemplazamos la notación de Hand por la que venimos desarrollando hasta aquí, tenemos que la regla de Hand puede expresarse del siguiente modo: " $w < -p' A$ ", el victimario es negligente. En términos económicos, el victimario es negligente si el costo marginal de la precaución es menor que el beneficio marginal resultante. Por lo tanto, el victimario es responsable según la regla de Hand cuando la precaución adicional se justifica por su costo. En tal sentido, la precaución adicional se justifica por su costo cuando la precaución es menor que el nivel eficiente (" $x < x^*$ ").

A fin de eludir la responsabilidad según la regla de Hand, el victimario deberá aumentar la precaución hasta que la desigualdad se convierta en una igualdad. La fórmula: w (costo marginal social) = $-p'(x^*)A$ beneficio marginal social.

Si la precaución del victimario es eficiente ($x = x^*$), el costo marginal social será igual al beneficio marginal social ($w_i = p'A$). En este punto, una precaución adicional no se justifica por su costo.

Estimamos que, con relación al victimario, la regla de Hand podría transformarse en una pauta referencial adecuada para modular el nivel eficiente de precaución que exige la norma legal en aquellos casos en los que el factor de atribución es subjetivo. Aquí, lo relevante es que el agente haya asumido la diligencia exigible en el caso concreto de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo, lugar y persona (cotejar con el art. 512) para liberarse de responsabilidad. En este sentido, creemos que, como regla general, excede el estándar de diligencia exigible aquella medida en la que los costos de prevención superan al daño probable del accidente.

Cuando la responsabilidad del victimario se rige, en cambio, por un factor de atribución objetivo (por ejemplo, la garantía, el riesgo creado, la equidad, etc.), es jurídicamente indiferente el costo de la precaución eficiente. En tal caso, el victimario siempre quedará obligado a responder por el daño sufrido por la víctima, a menos que se verifique una eximente de responsabilidad que interrumpa el nexo causal (vgr: caso fortuito, hecho o culpa de la víctima, hecho de un tercero, etc), con lo cual la regla de Hand no tendría aplicación.

En el caso del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, a diferencia del supuesto anterior, no nos hallamos ante una responsabilidad por daño causado a otro que activa el derecho de la víctima a ser resarcida conforme al principio de reparación integral del daño. Sino que estamos ante un supuesto de incumplimiento del deber de colaboración a cargo de la víctima conforme al principio de buena fe.

En virtud de ello, es lógico que el alcance del deber de conducta que recae sobre la víctima sea más restringido que el del victimario en cuanto al nivel de cuidado exigible⁴¹⁷. Es que sobre la víctima pesa un deber conductual de medios atenuado consistente en prestar su colaboración, en la medida de lo razonable, para que el daño pueda ser evitado o mitigado. Tal es así que la exigibilidad de estas medidas morigeradoras cesa cuando resultan excesivamente onerosas o ponen en peligro derechos fundamentales de la víctima. En cambio, el victimario tiene lisa y llanamente el deber de no dañar, deber que lo obliga a emplear toda la diligencia que requiere el caso concreto, aún cuando ello le resulte especialmente gravoso. Prueba cabal del carácter amplio del deber de diligencia del victimario es que cuando opta deliberadamente por incumplir atento a la onerosidad de las medidas de evitación del daño, el sistema no sólo lo condena a reparar la extensión total del daño indemnizable que cabe imputarle a su conducta antijurídica, sino que además puede hacerlo pasible de la aplicación de una pena privada. Con buen criterio, señala Nicóle L' Heureux: "*(...) el comerciante que, luego de reconocer que el producto tiene un defecto, no hace nada para corregir la situación por estimar menos costoso indemnizar a la víctima, debe ser alcanzado por los daños punitivos*"⁴¹⁸.

Con todo, el AED también nos alerta de que la tensión jurídica entre un deber de diligencia calificado o absoluto a cargo del victimario y un deber de diligencia atenuado sobre la víctima podría dar lugar a algunas situaciones de abuso por parte de ésta o, al menos, de ineficiencia económica en la prevención, en la medida en que no se distribuyan adecuadamente los costos de prevención que pesan sobre los actores de la relación jurídica.

Al respecto, y sobre la base de que muchos accidentes pueden ser evitados por los perjudicados a un costo menor de lo que podrían hacerlo quienes perjudican, esta disciplina nos llama a calibrar cuidadosamente el alcance del deber de colaboración exigible a la

⁴¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, 159 e2D 169 (2ª circ, 1947).

⁴¹⁸ HEUREUX, Nicole, Droit de la consommation, 3ª ed., Montreal, Ed. Wilson Lafluer Ité, 1986, pag. 248 citado por PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Tomo 3, op. cit., pag. 245. Pena privada es aquella impuesta por expresa disposición de la ley o por voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, que tiene por efecto sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero a favor de la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, destinada al propio Estado o a otros terceros.

víctima de acuerdo al costo que para cada uno importa la aplicación de la medida de mitigación, a fin de otorgar a éstas incentivo adecuados para la prevención del daño.

Posner ejemplifica que si el costo esperado de, de \$1.000, pudo haber sido evitado por el demandado a un costo de \$100, pero también por el demandante a un costo de sólo \$50, la solución eficiente consiste en hacer al demandante “*responsable*” negándole el pago de daños por parte del demandado. Si el demandado es responsable, el demandante no tendrá ningún incentivo para tomar medidas precautorias porque será plenamente compensado por su lesión y así no tendrá la solución eficiente⁴¹⁹.

A priori nos parece excesivo y peligroso aplicar este razonamiento a rajatablas.

En primer lugar, esta solución en abstracto pierde de vista el diferente alcance y contenido del deber de diligencia exigible al victimario y el exigible a la víctima.

Como segunda cuestión, hay que señalar que la búsqueda de la eficiencia económica no puede llevarse adelante cuando la adopción de medidas morigeradoras implica para la víctima un grave sacrificio personal o patrimonial, de lo contrario se la estaría revictimizando, con total indiferencia hacia la situación de vulnerabilidad que la producción del daño le ha generado.

Tercero, no es exacto que la víctima no tenga incentivos para mitigar el daño cuando la responsabilidad recae sobre el victimario. En efecto, el pago de daños por negligencia no es siempre enteramente compensatorio, sobre todo cuando están involucradas graves lesiones personales. Y en la medida en que no lo sean, las víctimas potenciales tendrán un incentivo para tomar precauciones aunque, si dejan de tomarlas, no se reduzca en un solo centavo el pago de daños.

No obstante, estas objeciones no deben conducirnos a desechar la propuesta de Posner. Consideramos que la comparación entre el costo de la prevención ex post para la víctima y para el dañador puede ser útil como límite al abuso del derecho por parte de la víctima en aquellos casos en los que las diferencias de costos resultan excesivas en detrimento del victimario, y la víctima se niega a colaborar injustificadamente en la mitigación del daño evitable. En tal sentido, la comparación de los costos de la prevención para ambos actores funcionaría como un factor a computar para evaluar la razonabilidad o no de la conducta pasiva de la víctima.

Dicho de otro modo, la mera diferencia aritmética entre el costo de la prevención para el victimario y para la víctima no comportará per se un abuso de derecho por parte de ésta, máxime teniendo en cuenta el diferente estándar de diligencia exigible a uno y a otro,

⁴¹⁹ POSNER, Richard, op. cit., pag. 161 y ss.

pero si en el contexto de la relación resarcitoria tal diferencia deviene considerable en perjuicio del victimario –por ejemplo, la víctima tiene relativa facilidad para adoptar las medidas, tal accionar no reviste riesgos para su persona y patrimonio- la comparación de costos será un dato a tener en cuenta a la hora de ponderar la juridicidad de la conducta asumida por la víctima.

Como es dable apreciar, la intención básica coincide con la de Posner. Simplemente, limitamos los alcances de su propuesta, a fin de resolver en forma razonable el conflicto de derechos entre la víctima y el dañador. La meta es, pues, asegurar que quien pueda evitar a un costo menor el accidente sea alentado a hacerlo⁴²⁰.

No debemos olvidar que para generar conductas eficientes, la responsabilidad civil debe imponer a quienes están en mejores condiciones de evitar un accidente adoptando medidas de precaución y adecuando su nivel de actividad a un mínimo coste, la obligación de reparar proporcionalmente el daño esperado del mismo⁴²¹.

En suma, proponemos como criterio general la adopción de la regla de la negligencia comparativa, más no según parámetros rígidos de aplicación como si la víctima o el dañador contasen siempre con las mismas posibilidades de mitigar el daño.

⁴²⁰ POSNER, Richard, op. cit., 1998, pag. 164 y ss. El autor nos ilustra un caso en el que queda patentizada la necesidad jurídica y económica de comparar los costos de las medidas de mitigación del daño. En “*Ploof vs. Putnam*”, el demandante, atrapado en una tormenta, trató de atracar su bote en el muelle del demandado. Un empleado del demandado se lo impidió, y el bote zozobró. El demandante exigió compensación por su pérdida y ganó. Era grande el valor para el demandante que tenía la posibilidad de invadir la propiedad del demandado durante la tormenta; era pequeño para el demandado el costo de impedir la destrucción del bote del demandante y, en las circunstancias del caso, eran inviables las negociaciones de los derechos de abrigo.

Es probable que el demandante hubiese sido responsable ante el demandado por cualquier daño causado a su muelle. Tal atribución de responsabilidad es conveniente para asegurar que el rescate esté realmente justificado por sus costos, estimular a los propietarios de muelles a cooperar con los botes en apuros, obtener la cantidad correcta de inversión en muelle y, en suma, estimular la transacción de mercado que hubiera ocurrido si los costos de transacciones no hubiesen sido prohibitivos.

Es posible que el demandado en *Ploof vs. Putman* no hubiese sido considerado negligente si no hubiese hecho ningún esfuerzo para rechazar el bote del demandante, o el muelle hubiese estado en malas condiciones y se hubiese derrumbado cuando el demandante trataba de atracar su bote. La probabilidad de que un bote estuviese en apuros en la vecindad del muelle podría haber sido tan pequeña que, en términos de la fórmula de Hand, el mantenimiento apropiado del muelle no hubiese sido una precaución justificada por el costo. Sin embargo, en el momento en que el bote del demandante trataba de atracar, la probabilidad de un accidente grave era elevada, la pérdida esperada del accidente era grande y el costo de prevenirlo para el demandado era pequeño.

Si bien este no es técnicamente un caso de mitigación del daño evitable por parte de la víctima, sino por parte de un eventual obligado, consideramos que el razonamiento utilizado es análogamente aplicable al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, en virtud de que la sola circunstancia de que la persona que se halla en inmejorables condiciones para mitigar el daño sea la víctima no neutraliza la irrazonabilidad de la negativa a colaborar en la reducción de las consecuencias derivadas del evento dañoso. Ver Vt. 471, 71 A. 188, 1908 (no hay otros datos disponibles).

⁴²¹ AGER, Jesús Pinto, Baremos, seguros y derecho de daños, Madrid, Ed. Civitas, 2000.

Tampoco nos parece adecuado crear diferentes tipologías de situaciones en las que se considere a priori la facilidad de la víctima para mitigar el daño. La razón es clara: cada caso trae consigo una realidad novedosa, características únicas y particularidades que exigen una adecuación prudencial de la norma propuesta. En palabras de Jaramillo, *“cada asunto es un mundo, dueño de sustantividad y autonomía”*⁴²².

Entendemos que la regla debe aplicarse desde la dimensión del caso concreto, sobre la base de la facilidad de protección, la probabilidad de ocurrencia del daño y las consecuencias esperadas del mismo.

Amén de este trípode de razones, consideramos necesario contemplar diversos aspectos que nos permitan alumbrar otras cuestiones atendibles o bien especifiquen alguno de los tres presupuestos fundamentales que hemos señalado. En esta última dirección, nos servimos de las recomendaciones del Dr. McGregor: *“a) la víctima no debe someter a riesgos excesivos su dinero; b) no debe generar un peligro inusitado o desproporcionado para su persona en un quirófano; c) no se le exige que asuma la contingencia incierta de un litigio contra un tercero; d) no es preciso que menoscabe, destruya o perjudique sus intereses (bienes y derechos); e) no se le exige tampoco que tenga consideración frente a las personas que le han irrogado el daño, particularmente en lo referente a intentar su resarcimiento; f) no debe poner en vilo su good will en el comercio; g) no debe dañar a otros inocentes; h) no debe llegar a la incapacidad financiera solo por el hecho de cumplir con las labores de mitigación”*⁴²³.

Consideramos que la propuesta formulada posibilita el cumplimiento satisfactorio del postulado capital del AED aplicado al derecho de daños: minimizar los costos sociales de los accidentes, entendiendo por tales la suma de los costos de la precaución, daño accidental y de administración.

Diferimos para el capítulo final el análisis de las fórmulas de razonamiento que debe aplicar el juez para traducir estas consideraciones jurídicas-económicas en la sentencia.

7. Conclusiones particulares.

⁴²² Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, op. cit., pag. 180 y ss.

⁴²³ MC. GREGOR, Harvey, On damages, London, 1980, pág. 169.

Desde el AED, hemos podido evaluar diferentes aspectos de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. Esta disciplina nos ha proporcionado un aporte capital a la hora de sopesar el juego de incentivos que gravitan en la víctima en orden a la evitación y/o mitigación del daño evitable, como así también ha sido una vara importante para medir la eficiencia y utilidad de las distintas soluciones jurídicas que se plantean ante el problema del daño evitable.

- Como primera cuestión, entendemos que la mitigación del daño evitable por parte de la víctima constituye una temática que se inscribe en un nivel de análisis microeconómico por cuanto concentra su mirada en los actores individuales de la relación resarcitoria. Y, al mismo tiempo, repercute sobre variables macroeconómicas, ya sea de modo mediato por cuanto toda actividad de mitigación de un daño individual impacta sobre la extensión del daño global que padece la sociedad, y de modo inmediato en aquellos casos en los que la mitigación del daño apunta a la preservación de bienes colectivos.

- La inexistencia de un régimen claro, completo y definido que regule la mitigación del daño evitable por parte de la víctima provoca efectos negativos que conspiran contra el aprovechamiento racional de los recursos, habida cuenta de que la incertidumbre determina un aumento de los riesgos y, como derivación práctica, un incremento correlativo de los costos de prevención.

- Conforme al presupuesto antropológico racional-individualista que inspira el AED, consideramos que si el daño –sobre todo el referido a intereses patrimoniales– causado por un sujeto prima facie responsable no se visualiza como un “*detrimento*” sino como un “*valor de cambio o inversión*” por parte de la víctima, por cuanto sabe que el resultado dañoso será compensado con una indemnización que repare íntegramente ese daño de acuerdo a las reglas del sistema de responsabilidad civil, el interés de la víctima no se volcará en mitigar el daño real sino en optimizar su gestión extraprocésal y procesal para obtener el mayor resarcimiento posible. Incluso en transformar tal gestión en una fuente de lucro toda vez que ello resulte viable. Tal circunstancia vuelve a poner de relieve la necesidad de reglamentar la mitigación del daño evitable por parte de la víctima y, especialmente también, la de buscar una solución que permita generar incentivos en ésta para mitigar el daño.

- El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima apunta a que ésta tenga los incentivos necesarios para adoptar un nivel de precaución eficiente frente a la ocurrencia de un evento dañoso.

La esencia económica del derecho de daños es que utiliza a la responsabilidad para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados, comprometiendo a todos los actores de la relación resarcitoria, sin que ello implique menoscabo alguno a la justa asignación de recursos.

El AED es, en tal sentido, predicable respecto a todos los presupuestos fundamentales de la responsabilidad civil: hecho generador, daño jurídico, relación de causalidad adecuada, factor de atribución. La regulación de cada uno de los presupuestos no puede ser ajena a las consideraciones económicas que surgen de esta disciplina, toda vez que se pretenda diseñar una política eficiente de prevención de los daños evitables.

- Desde el plano positivo del AED, advertimos que el Código de Vélez no se pronuncia expresamente sobre la necesidad de considerar la conducta de la víctima posterior al daño evitable en orden a determinar la entidad y cuantía del daño resarcible. No obstante creemos que la norma codificada impone implícitamente la ponderación de esta conducta como consecuencia lógica del reconocimiento del principio de buena fe (arts. 16 y 1198) del cual emana el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, cuya aplicación supone estimar la juridicidad de la conducta de la víctima tras la ocurrencia del daño.

El Código Civil y Comercial refuerza este temperamento a partir de una férrea consagración de la buena fe como principio jurídico general (arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1061). Y el art. 1710 inc. b y c lo hace en forma más categórica e inequívoca al proclamar abiertamente el deber de mitigar el daño evitable por parte de toda persona (lo que incluye a la víctima), en razón de que el ámbito temporal de actuación de la figura nos remite indefectiblemente al momento posterior a la producción del daño.

Ambos Códigos adoptan las reglas de la negligencia comparativa, que asumen modulaciones especiales según nos encontremos ante factores objetivos o subjetivos de atribución de responsabilidad.

Por otra parte, advertimos que, en la práctica, los operadores jurídicos son propensos a hacer una asimilación indebida en la valoración de la conducta anterior y concomitante al daño y la conducta posterior. Así, con relación a las primeras, los operadores del derecho aplican regularmente la regla de la negligencia comparativa, basada en la atribución de responsabilidad según el aporte causal de las partes al resultado dañoso. Empero, en relación al momento posterior al daño, los operadores, en vez de aplicar nuevamente tal regla para apreciar el impacto causal de la conducta posterior de los sujetos en el agravamiento del daño originario, trasladan o replican injustificadamente los resultados anteriores. Por ejemplo, si la víctima contribuyó a la producción del daño con un

aporte causal culposo del 30% y el victimario lo hizo con el 70%, y luego aconteció un agravamiento del daño al que el victimario contribuyó culposamente en un 15% y la víctima con el 85% restante, los jueces declararán, por lo general, la responsabilidad del victimario y lo obligarán a resarcir el 70% de la totalidad del daño, toda vez que se no ha consolidado una práctica generalizada de diferenciación entre el obrar culposo anterior, concomitante y posterior al daño.

Esta aplicación disfuncional del deber de mitigar el daño evitable altera negativamente la política de incentivos de los actores de la relación jurídica por cuanto se aparta del objetivo de la prevención eficiente. A menos que la contribución causal de la conducta culposa anterior y posterior al hecho dañoso fuese igual, uno de los sujetos de la relación terminará externalizando una parte de los costos del daño y, en consecuencia, víctima como victimario tendrán incentivos para una prevención deficiente.

La realidad argentina en materia de mitigación del daño evitable por parte de la víctima nos revela que la prevención eficiente, como objetivo funcional del orden jurídico, no puede alcanzarse en aquellos casos de responsabilidad con culpa concurrente de víctima y victimario en la agravación del daño, toda vez que no se valore de manera diferenciada la contribución causal de la conducta de la víctima anterior y posterior al hecho dañoso.

- Desde el plano prescriptivo del AED, el ordenamiento jurídico nos proporciona sólidas razones para sostener, de lege lata como de lege ferenda, el imperio de una regla de negligencia comparativa que se aplique de manera diferenciada según se trate de conducta de la víctima anterior al evento dañoso o posterior, y según operen factores objetivos o subjetivos de atribución de responsabilidad.

En clave axiológica, esta pauta de redistribución de los costos del accidente atiende, por un lado, al valor justicia por cuanto traslada éstos a las partes en función del aporte causal de su respectiva conducta en la ocurrencia del hecho dañoso y, por otro, responde al valor eficiencia por cuanto genera incentivos en ambos polos de la relación jurídica en orden al logro de una prevención eficiente.

La regla mencionada resulta apropiada para la prevención unilateral y bilateral en los casos de responsabilidad por daños, pues recae necesariamente sobre aquel sujeto de la relación que dispone de posibilidades razonables para evitar o mitigar el daño.

Por lo expuesto, consideramos que la regla precitada con las modulaciones indicadas facilitaría el cumplimiento del objetivo principal del AED aplicado al derecho de daños, cual es la minimización de los costos sociales de los accidentes, entendidos como suma de los costos de la precaución, daño accidental y de administración.

CAPITULO V.

PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EVITABLE COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA.

SUMARIO: 1. ¿Por qué una visión histórica? 2. Derecho romano. 3. Common law. 4. Derecho francés. 5. Derecho argentino. 6. Conclusiones particulares.

1. ¿El por qué una visión histórica?

“La historia es una filosofía en ejemplos”

(Dionisio de Halicarnaso)

El estudio histórico de una institución es importante para reconocer la filiación, el sentido y los atavismos de nuestro derecho, pero también para comprender el estado actual de una figura jurídica y atinar su justa interpretación en concordancia con la evolución que ésta viene experimentando.

Las soluciones ensayadas por las diversas sociedades a través del tiempo nos proveen pistas valiosas para reconocer tendencias constantes en el tránsito histórico de una institución. Y, por sobre todo, nos sirven para anticipar en forma prospectiva su singular devenir.

Ronald Dworkin afirma que el deber del juez, incluso en los casos difíciles, es el de descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Estos derechos no deben ser entendidos como contenidos pétreos que nacieron una vez y para siempre, sino como reglas que van reconstituyéndose y resignificándose a través de las diversas aplicaciones jurisdiccionales y reformas legales. De ahí la importancia de descubrir la “*filmografía*” de las instituciones jurídicas como condición sine qua non para desentrañar su verdadero sentido y alcance⁴²⁴

Por tal razón, en este capítulo, no haremos tanto una cronología institucional de la figura en cuestión, sino más bien procuraremos reconocer las mutaciones fundamentales que ha experimentado esta exigencia a lo largo del tiempo. De ahí que haremos foco en aquellos sistemas jurídicos que, a nuestro juicio, han ejercido mayor influencia en los derechos de otros países y, en especial, en el derecho argentino.

Hemos decidido tratar la evolución histórica del instituto en esta instancia de la tesis y no ad initio, como suele acontecer en la literatura jurídica, en el convencimiento de que, sin un conocimiento más o menos acabado de la materia, el análisis histórico resulta menos provechoso a los fines investigativos.

A continuación, examinaremos las situaciones de hecho que han impuesto la necesidad práctica de desarrollar una respuesta jurídica determinada al problema del daño evitable, y su respectiva evolución.

2. Derecho romano.

⁴²⁴ DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, Ed. Editorial Planeta, 1994, pag. 106.

Si bien es cierto que el derecho romano no reconoció plenamente el deber de mitigar el daño, podemos afirmar que dentro de ese orden se gestaron las bases para su reconocimiento.

En el Digesto, Ulpiano se aproxima significativamente a la figura que nos convoca: *“Aunque es lícito al vendedor derramar el vino si hubiese señalado un término para que se midiese y no se hizo dentro del mismo, no obstante no podrá hacerlo inmediatamente sin advertir al comprador mediante testigos que se lleve el vino o sepa que se a verter. Pero si pudiendo verterlo no lo hizo, es más digno de alabanza, puede exigir una merced por las tinajas, pero únicamente en la medida en que tuvo interés en que estuviesen vacías las vasijas que contenía el vino; por ejemplo, si hubiese de arrendarlas o si tuvo la necesidad de tomar otras en arriendo, o bien vender de buena fe el vino, esto es, procurar, sin perjuicio del vendedor que se haga con el mínimo detrimento por el comprador”*⁴²⁵.

Podemos notar que el citado pasaje del Digesto refleja un modelo de comportamiento digno de aquel que no recibe de su contraparte lo prometido. La reacción de la parte víctima del incumplimiento no se puede traducir en una actitud pasiva, laxa o de indiferencia absoluta frente al detrimento de sus propios intereses y los de la contraparte. La víctima del incumplimiento debe, en la medida de lo posible, buscar minimizar el detrimento patrimonial para sí mismo, ya que su inactividad puede generarle un cúmulo de pérdidas que no le serán resarcidas⁴²⁶.

Desde una perspectiva panorámica, San Martín explica que el deber de mitigar el daño era ampliamente reconocido por los juristas romanos, tanto en materia contractual como extracontractual. Su fundamento se encontraba en la culpa del perjudicado, en virtud de ésta se establecía un nexo causal entre el daño sufrido y la actitud negligente del mismo sujeto. Así, ya en los tiempos de Quinto Mucio estaba asentada la idea de que en la determinación del *“an debeatur”* (actione teneri, non teneri) y del *“quantum respondeatur”* incidía la culpa del perjudicado, es decir, se consideraba si el perjudicado había o no mantenido un comportamiento acorde con la actitud del *“diligens pater familias”*⁴²⁷.

⁴²⁵ Digesto, 22, 1, 32. citado por GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen, Derecho Romano II. Obligaciones-Fuentes, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, 130.

⁴²⁶ LAMMANA GUÍÑAZU, Emiliano C., El deber de prevención del daño: acción preventiva: causalidad, en Análisis del Proyecto Civil y Comercial 2012, publicado en El Derecho - Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina.

⁴²⁷ SAN MARTÍN, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2012, pag. 128.

Efectivamente, en el mundo romano la “*diligentia*” era un valor que debía ser respetado conforme lo haría el “*bonus vir*”, o sea, en la vida de relación los romanos tenían el deber de actuar diligentemente, pues el “*bonus vir debía*” debía ser cuidadoso, atento y escrupuloso, tanto en lo propio como en lo ajeno. En una frase, debía comportarse con la diligencia del “*bonus pater familias*” y la falta de dicha diligencia —la negligencia— constituía culpa. Por su parte, la culpa sustancialmente indicaba el comportamiento reprochable de aquel a quien debían ser atribuidas las consecuencias de un determinado hecho propio, en razón de que, pudiendo hacerlo, no había mantenido un comportamiento acorde al modelo de conducta preestablecido: el “*diligens pater familias*”. En síntesis, cuando se tratara de un daño atribuible a la culpa (por acción u omisión) del perjudicado, dicho daño era excluido de la condena.

Podemos afirmar, pues, que el deber de la víctima de mitigar el daño reconoce una causa mediata el derecho romano, pues sobre dicha base se perfilaron los trazos esenciales de la institución⁴²⁸. Incluso el derecho continental, en ramas particulares como el derecho marítimo o el derecho del seguro, exhibe clara conciencia de la existencia de este deber comportamental.

Sin perjuicio de esto, la fisonomía integral del instituto, como deber general de la víctima o acreedor, comienza a revelarse en el derecho anglosajón.

3. Derecho del common law.

En el sistema del common law, como no podía ser de otra manera, el reconocimiento de la figura de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima fue obra de la jurisprudencia. Diversos pronunciamientos jurisdiccionales han ido perfilando la denominada “*mitigation of damages*” que configura un principio clásico en la evaluación de los daños.

El leading case data de una sentencia inglesa de 1677, en la que se sentó la regla fundamental según la cual ningún juez debe compensar a una parte damnificada por los daños que la misma podría haber evitado haciendo esfuerzos apropiados. En la especie, el actor había sido contratado para transportar una mercadería a Ipswich, donde las mismas debían ser repartidas en un lugar indicado por el demandado. Cuando el actor arribó a

⁴²⁸ RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 116.

Ipswich, el demandado retardó por espacio de seis horas la indicación del lugar. Esto provocó que los caballos que estaban “*chorreando sudor*” (so hot) por el viaje, permanecieron en “*aperto area*” y murieran poco después. El actor demandó por daños, pero la corte denegó la reparación en el entendimiento de que lo que determinó el perjuicio fue la sin razón del actor, que frente al incumplimiento del demandado en señalar el lugar de entrega de las mercaderías, debió haber sacado los caballos de la carreta y no dejarlos parados, ponerlos a resguardo o dejar la mercadería en cualquier depósito de Ipswich⁴²⁹.

En 1830, el caso “*Staniford vs. Lyall*” marco otro momento clave. El juez determinó la indemnización, teniendo en cuenta las medidas que el acreedor podría haber adoptado para moderar el daño⁴³⁰.

Posteriormente, entre la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, una serie de decisiones permitió asentar la regla según la cual debe excluirse de la reparación del daño la suma de dinero proporcional a la parte del daño que la víctima hubiera podido evitar adoptando medidas razonables.

En el caso “*Frost vs Knight*” del año 1872, el juez Cockburn C.J. afirmó: “*cuando se realiza el cálculo de la suma de dinero que deberá ser pagada a la víctima a título de daños y perjuicios, el jurado deberá tomar en cuenta todo lo que el demandante haya hecho, o habría tenido la posibilidad de hacer, y que, en su calidad de hombre prudente, habría debido hacer para que su daño o pérdida fuera disminuido. Esta fue la primera formulación general del principio*”.

En 1879, en el caso “*Dunkirk Collieri Co. vs. Lever*”, la jurisprudencia inglesa especificó el contenido de la regla: “*Los acreedores tienen derecho a ser indemnizados del monto total del daño que han sufrido en razón de la inexecución del contrato, al mismo tiempo, aquel que incumplió el contrato no debe estar sujeto a una pérdida suplementaria proveniente del hecho de que los demandantes no hicieron aquello que debían hacer, en tanto que hombres razonables, con el fin de limitar la dimensión del daño*”⁴³¹.

En 1912, un caso fallado por la Cámara de los Lores, el llamado caso “*British Westinghouse*”⁴³², consolidó la regla de la mitigación del daño evitable y especificó criterios básicos de aplicación de tal directriz. En este asunto, el demandante pretendía ser

⁴²⁹ BENITEZ CAORCI, Juan J., La obligación de minimizar el daño, publicado en RC, S2009 (VI), pag 2.

⁴³⁰ REIFEGERST, Stéphan, Por une obligatio de minimiser le dommage Puam, París, Ed. PUAM, 2002, pag. 109.

⁴³¹ Cf. TRONCOSO, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño, Paris, Ed. DSU Droit Civil Paris I, 2003, pag. 360.

⁴³² CAMARA DE LOS LORES, in re “*British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd*”, [1912] AC 673.

indemnizado porque el demandado le había entregado unas turbinas de vapor que en rigor no cumplían con la potencia esperada de acuerdo al contrato celebrado entre las dos partes. El demandante, Underground Electric Railways, recibió las turbinas, pero se reservó el derecho de demandar por daños derivados de dicho incumplimiento. Después de usar las turbinas de vapor el actor decidió reemplazar las originariamente entregadas por el demandado por unas nuevas que no sólo tenían mayor poder sino que además eran más eficientes que las que el demandado estaba obligado a entregar de conformidad con el mencionado contrato. El demandante, en tal virtud, acudió a la administración de justicia para obtener una compensación por los costos en los que incurrió cuando adquirió estas nuevas máquinas.

La Cámara de los Lores no accedió a la pretensión del demandante y manifestó que el juez, al valorar los daños por un incumplimiento contractual, debe ponderar estos últimos frente a cualquier ganancia que el demandante haya obtenido gracias a las acciones que tomó para mitigar las consecuencias de dicho incumplimiento. Los demandantes no tenían la obligación de comprar las nuevas máquinas que, merced a su eficiencia, les generaron ganancias que superaron el costo en el que incurrieron al comprarlas. Por lo tanto, la Cámara no compensó a los demandantes. En concepto de los jueces, la compensación debió intentar poner a la parte agraviada en una situación igual a aquella que existiría si el contrato no hubiera sido incumplido. Empero, los magistrados aclararon que la compensación sólo debe otorgarse cuando el demandante puede actuar razonable y prudentemente para evitar la extensión del daño y no lo hace. En tal caso, el demandante no puede reclamar daños superiores a los razonablemente incurridos para mitigar la pérdida.

El juez Lord Wrenbury sostuvo que el principio fundamental es la indemnización de la pérdida pecuniaria que deriva normalmente de la inejecución. El término “*normalmente*” usado como una precisión en términos de causalidad para indicar que un perjuicio que habitualmente no deriva del daño causado no deberá ser indemnizado por la parte que incumplió el contrato.

En esta línea, el magistrado inglés razonó que el acreedor-víctima que intenta en un proceso de responsabilidad civil el pago de una indemnización por daños y perjuicios, tiene el deber de tomar las medidas razonables con el objeto de limitar la dimensión de la pérdida resultante de la inejecución, y por lo tanto no puede reclamar que le sea indemnizado el daño que deriva de la inobservancia de dicho deber. En efecto, la pérdida que se debe evaluar es la pérdida al día de la inejecución. Si en esa fecha, el acreedor víctima podía hacer alguna cosa o hizo algo que limitó los perjuicios, el responsable tiene

derecho a aprovechar la ventaja de dicha situación.

En el caso Charter Sullivan del año 1957, el tribunal determinó: “*el demandante tiene el deber de actuar razonablemente y de minimizar el daño, actuando razonablemente*”⁴³³.

Como corolario de esta intensa evolución jurisprudencial, el deber de mitigar el daño evitable alcanzó consagración legal en 1979 merced a la ley sobre venta de bienes corporales muebles, Sale of Good Act. La norma le imponía al comprador o vendedor según el caso, frente a la inejecución de sus obligaciones por parte del cocontratante, el deber de minimizar o moderar sus perjuicios procurando celebrar un convenio sustitutivo a la fecha prevista para la entrega. En caso de no cumplir con la conducta debida, el acreedor negligente corre el riesgo de que se disminuya la indemnización por aplicación de la teoría de la mitigación de los daños.

Ha sido en los sistemas del common law, y en el derecho inglés en particular, donde mayor desarrollo ha tenido esta doctrina. La influencia de estas ideas fluyeron, luego, hacia otros ordenamientos jurídicos afines como el derecho irlandés, estadounidense, canadiense e, incluso, hacia ordenamientos del derecho continental que han importado directa o indirectamente estas reglas del derecho anglosajón.

Actualmente, el “*duty of mitigation*” ha quedado perfilado como un principio general de delimitación del resarcimiento íntegro debido por los daños ocasionados principalmente por el incumplimiento de un contrato, aunque también se aplica a los causados por un “*tort*”. Se trata por tanto de un criterio esencial para la determinación de la extensión cuantitativa del resarcimiento (“*measurement of damages*”) aplicable una vez que ha se ha determinado la resarcibilidad del daño concreto.

En suma, no podemos soslayar que en el common law se han realizado importantes avances en el reconocimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, especialmente en lo que atañe a sus alcances y limitaciones, y también a los tipos de medidas que debe adoptar la víctima o el perjudicado con la floración del daño. Entre otras razones esto fue posible gracias al pragmatismo que, *ab antique*, caracteriza a este sistema jurídico, que no se preocupa tanto en abordar los temas conceptuales con perspectiva general y abstracta⁴³⁴.

⁴³³ Cf. LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado, Colombia, Ed. Legis Editores S.A., 2007, pag. 325.

⁴³⁴ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes... op. cit., pag. 153. Con gran agudeza, Jaramillo reflexiona: “... *más allá de estas disquisiciones y del juicio que se pudiere hacer en torno a uno u otro (civil law y common law), cada vez menos intenso y radical por las aproximaciones y sinergias de los últimos lustros, hay que abonarle la utilidad de puntuales pronunciamientos,*

4. Derecho francés.

Como fiel exponente del derecho continental, el derecho francés no ha contemplado la regulación de esta figura, ni a nivel legal ni a nivel jurisprudencial⁴³⁵.

Con todo, la doctrina francesa ha mostrado siempre un interés respecto a esta exigencia.

Desde la reflexión metapositiva, Pothier abrió un camino promisorio para la valoración de la conducta de la víctima como pauta limitativa de la extensión del resarcimiento. El ejemplo de la vaca enferma se convirtió en fuente inspiradora de varios estudios que se elaborarían ulteriormente. Explicaba el autor que la vaca enferma que contagia al resto del ganado, aún en los casos de dolo del vendedor, no confiere necesariamente derecho al dueño a exigir el resarcimiento de la pérdida de la cosecha sufrida por el comprador porque, muertos sus bueyes, no haya podido cultivar sus tierras, ni las pérdidas de éstas porque la falta de ingresos le impida pagar sus deudas, puesto que estos daños pueden tener otras causas. En efecto, es posible que el comprador haya podido razonablemente prevenir la pérdida de la cosecha comprando o alquilando otros bueyes que arasen sus fundos, o arrendado las tierras que fuese a cultivar. No obstante, si recurriendo a estos expedientes no lograra obtener todo el beneficio que hubiese conseguido cultivando por sí mismo con sus propios bueyes sus tierras, podría reclamar válidamente el resarcimiento de la pérdida sufrida⁴³⁶.

Desde un plano jurídico positivo, Durant ha intentado fundar el deber de mitigar el daño sufrido por el acreedor en el principio de buena fe de los contratos.

Demogue lo catalogaba como una obligación implícita dentro del régimen de responsabilidad contractual, como un derivado del deber de colaboración de las partes según el principio de buena fe. En tal sentido, clasificó distintas situaciones fácticas en las

muchos de ellos de estirpe jurisprudencial, validados por la realidad escrutada en sede de las causas judiciales, como corolario de un derecho que, por judicial, es vivo y de paso contentivo de tejido humano, rectamente entendido (Derecho vivo)''.

⁴³⁵ También se ha dicho que la razón de este rechazo se relaciona con el temor a afectar el principio de reparación integral del daño.

⁴³⁶ CRISCIOLI, *Il dovere di mitigare il danno subito*. Publicado en *Riv. Dir. Civile*, I, (1972), pag. 553 ss., 568-9. El autor considera que el origen de la regla en el derecho continental se encuentra, en rigor, en la pandectística alemana, que rompe con el estricto individualismo de épocas anteriores dejando paso a una concepción social del Derecho propia de la Edad Moderna. Luego, este principio de mitigación sería recogido posteriormente por Pothier.

que cobra relevancia el deber de la víctima de mitigar el daño evitable. Desde esta óptica, afirmó que cuando la falta se produce causando un daño de cierta magnitud, a la víctima le es reprochable no tomar las medidas necesarias para mitigar el daño. Por ejemplo, aquel cuya casa se está incendiando por causa de un tercero debe adelantar los actos necesarios para apagarlo. En igual sentido, la persona que sufre una lesión se encuentra en falta si no toma las medidas necesarias para cuidar de su herida ni se somete a las operaciones necesarias, salvo si ellas son graves o entrañan un alto riesgo. Similar es la situación de la víctima que comete una falta y deja inútilmente los bienes que recibieron el impacto dañoso en ese estado por un tiempo prolongado. La utilidad social crea entonces un deber de frenar el daño en la medida de lo posible⁴³⁷.

El jurista francés sostuvo, finalmente, que la víctima podrá cobrar los gastos de esa gestión contra el autor del daño.

La conclusión es clara: la sustitución de un derecho rígido (orientado solo a la satisfacción de las partes del contrato) por un derecho solidario, obligando a la víctima a trabajar moderadamente en nombre del interés general.

Andre Tunc lo ratificó sin pruritos: *“La idea según la cual la víctima no puede asistir pasiva a la aparición de las diversas consecuencias del daño, sino que debe reaccionar de forma vigorosa contra sus consecuencias en la medida que lo agraven, nos parece irrefutable”*⁴³⁸.

A pesar de su trascendencia, estos aportes doctrinarios no han hundido sus raíces en la legislación francesa. El Código Civil francés de 1804 sólo regula la concurrencia de culpas, más no refiere al deber de mitigar el daño evitable como instituto autónomo. El intento más serio fue el anteproyecto de reforma al Código Civil Francés que contenía la siguiente disposición en artículo 1344: *“Los gastos incurridos para prevenir la realización inminente de un daño o para evitar su agravamiento, como así también para reducir sus consecuencias, constituyen un perjuicio resarcible, cuando han sido efectuados razonablemente”*. Empero, no llegó a convertirse en ley.

Hasta el año 2003, el silencio normativo posibilitaba, al menos, la aplicación del deber de mitigar el daño evitable en casos judiciales mediante la vía de la integración. Soler Presas señaló que los jueces, a tal fin, apelaban, no a una consideración autónoma del

⁴³⁷ Cf. DEMOGUE, René, *La victime est-elle en faute*, Paris, pag. 463 (no hay otros datos disponibles).

⁴³⁸ Cf. TUNC, André, *Les récents développements de droit anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation*, RIDC, 1953.

instituto, sino a una aplicación flexible de la figura de la concurrencia de culpas⁴³⁹.

Esta situación ambivalente que permitía el reconocimiento práctico del deber de mitigar quedó cercenada por dos fallos dictados por la Corte de Casación que datan del año 2003. Estas sentencias, que analizaremos en el título 4.1. del capítulo VI de la parte A, convergieron en el rechazo del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima como derecho vigente.

Con todo, el derecho francés, más específicamente la doctrina francesa, ha influido en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del derecho continental⁴⁴⁰.

Esta influencia asumió distintas expresiones.

En algunos países, el legislador consagró explícitamente el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima como norma legal imperativa. Vgr., Suiza en el art. 42 del Código Suizo de las obligaciones, Italia en el art. 1227 del Código Italiano. En otros, la jurisprudencia, ante el vacío legal, infirió tal deber de principios jurídicos como la buena fe, la proscripción del abuso del derecho, la razonabilidad, etc. Vgr. derecho argentino (Código de Vélez), derecho colombiano, derecho español etc.

5. Derecho argentino.

Desde la sanción del Código Civil en 1869, la conducta de la víctima posterior al daño ha sido valorada únicamente a través del instituto de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil (art. 1111 del Código Civil).

El código de Vélez no estaba pensado para evitar el daño, sino que partía de la base de la concepción decimonónica de la responsabilidad civil como una sanción o reacción frente al daño. Por eso no se encuentra en el Código Civil ningún artículo que se refiera explícitamente al deber de evitar o mitigar el daño ya producido⁴⁴¹.

⁴³⁹ Cf. SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en Anuario de Derecho civil, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 960.

⁴⁴⁰ La influencia de la doctrina francesa estuvo cerca de tener fuerza legislativa en el ante-proyecto de reforma al Código Civil francés que estableció en el artículo 1373: “*Cuando la víctima tuvo la posibilidad, por medios seguros, razonables y proporcionados, de reducir el alcance de su perjuicio o de evitar su agravación, se tendrá en cuenta su abstención, para reducir la indemnización, salvo que las medidas en cuestión hubieran comportado una afectación de su integridad física*”.

⁴⁴¹ MEDINA, GRACIELA; RIVERA, JULIO, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. La Lay, 2014, pag. 994.

Este cuerpo normativo, predominantemente tributario del derecho francés, determinó únicamente que para que el proceder del damnificado posterior al daño operase como un límite objetivo a la extensión del resarcimiento debido a la víctima era preciso que tal comportamiento interrumpiera la relación de causalidad jurídicamente adecuada entre la actuación del agente y la prolongación del daño (art. 1111 del Código Civil). Como consecuencia práctica de tal cosmovisión, las intervenciones que no implicaban un quiebre del nexo de causalidad, más potenciaban, intensificaban o ampliaban la fuerza causal de la conducta del dañador, resultaban ajenas a la consideración judicial.

Los precedentes judiciales, en general, hacían mérito de la culpa de la víctima posterior al daño solamente cuando ésta se expresaba en una conducta comisiva que agravaba positivamente el perjuicio causado por el agente⁴⁴². En cambio, cuando el daño aumentaba por una omisión de la víctima que no adoptaba las medidas necesarias para mitigarlo, el responsable quedaba obligado, pese a ello, a reparar la totalidad del daño sufrido, salvo que la conducta debida por la víctima estuviese expresamente predeterminada y su omisión respectiva quebrase la secuencia causal⁴⁴³.

A finales de la década del 60, la revalorización de los principios jurídicos, el reconocimiento normativo de la buena fe (art. 1198 del Código Civil), la visión solidarista del contrato, fueron creando un campo fecundo para que la jurisprudencia comenzase a admitir que la víctima no tenía un rol meramente pasivo, que se limitaba a su derecho a ser resarcida, sino que además era titular de deberes jurídicos tendientes a facilitar el cumplimiento de la obligación⁴⁴⁴.

Paralelamente, el ordenamiento jurídico argentino comenzó a receptar normas que contemplaban la exigencia de mitigar el daño evitable en ámbitos jurídicos específicos. Cabe señalar, en tal sentido, la ley 17.408, sancionada en 1967, que consagró la carga de salvamento (art. 72). Y la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercadería de 1980, ratificada por Argentina, que consagró expresamente este deber en cabeza del contratante al que no se le ha satisfecho su débito contractual (art. 77).

De este modo, los jueces comenzaron a reconocer que la víctima no sólo tenía el deber de no agravar el daño con su propia conducta, sino que además estaba obligada a adoptar las medidas razonables para mitigar el daño evitable. Y que el incumplimiento de

⁴⁴² Cf. BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Ed. Derecho Privado, 1969, pag. 100.

⁴⁴³ Cam. Nac. Com., sala 2da., E.D. 108-365; Cam. Nac. Civ., Sala B, in re “*Argiró Hnos. c. Abelenda y Gravino*”, 16 de mayo de 1956.

⁴⁴⁴ Cf. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las Obligaciones*, Tomo I, 3ra edición actualizada., La Plata, Ed. Editorial Platense, 1987, pag. 32.

este deber operaba como un límite que excluía del resarcimiento debido a aquel daño que pudiendo ser evitado por la víctima no lo era⁴⁴⁵.

Sin perjuicio de ello, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria no proclamaron abiertamente la existencia de un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima como un instituto general y autónomo. La tendencia judicial predominante fue recurrir impropriamente a la figura de la culpa de la víctima como recurso para operativizar el débito conductual exigible a la víctima. Esta transposición metodológica conspiró contra la eficacia plena del instituto, toda vez que lo sobrecargó de limitaciones y requisitos que no le eran propios. Asimismo, esta subsunción normativa –a nuestro juicio, errónea- de la figura en el campo de la culpa de la víctima implicó una subestimación del aspecto activo de la figura⁴⁴⁶.

En las postrimerías del siglo XX, algunos juristas argentinos empezaron a postular lisa y llanamente una exigencia, a cargo de la víctima, de colaborar pasiva y activamente en la reducción del daño evitable como instituto jurídico independiente de la culpa de la víctima. En este contexto, apareció también el Proyecto de Código Civil de 1998 que, si bien no se convirtió en norma jurídica, reflejó claramente la intención de instituir esta figura⁴⁴⁷.

En los inicios del siglo XXI, la Suprema Corte de Mendoza reconoció en forma expresa, general y autónoma este débito conductual del damnificado en un caso de responsabilidad extracontractual, precisando, además, que su incumplimiento opera como límite al resarcimiento⁴⁴⁸.

Hay que decir también que, ante las limitaciones y riesgos cada vez más evidentes del sistema resarcitorio como modo de tutela de derechos subjetivos, la idea de prevención fue ganando adhesiones a nivel de doctrina y jurisprudencia, pero también a nivel legislativo. La incorporación del principio preventivo (art. 2 de la ley 25.675, art. 41 de la CN.NC.) en el derecho ambiental fue abriendo gradualmente un horizonte propicio para la

⁴⁴⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, “*López, Miguel A. c. Gabrielli, María C.*”, sala I, 15/06/2006; CSJN, in re “*Albano c/ Transporte de Buenos Aires s/ liquidación*”, 23/05/68. E.D. 23-17.

⁴⁴⁶ Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, 2da. ed., Santa Fé, Ed. Rubinzal, 1999, t IV, pag. 170; Cf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Novena Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1997, pag. 322.

⁴⁴⁷ VENINI, Juan Carlos, El deber de la víctima de mitigar el daño, publicado Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni., 2008, pag. 87, 88; Cf. ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pag. 327.

⁴⁴⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, in re “*Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación*”, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930.

búsqueda de respuestas jurídicas orientadas a la evitación y mitigación del daño también en otras áreas jurídicas.

El Código Civil y Comercial aceleró este proceso evolutivo al revalorizar el principio de buena fe, causa fuente del deber de mitigar, como regla de derecho aplicable a todas las relaciones jurídicas en general. Asimismo, la nueva codificación introdujo la Sección 2 del Capítulo I del Título V dedicada a la función preventiva de la responsabilidad civil. Y, particularmente, el art. 1710 que, con una redacción genérica, reconoce el deber de toda persona –y, como tal, también el de la víctima- de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para disminuir la magnitud del daño o de no agravar el daño si ya se produjo, entre otras manifestaciones.

Sin perjuicio de este importante reconocimiento, el régimen instituido por el nuevo Código dista de ser completo y sistemático. No regula aspectos fundamentales de la figura como el contenido, los límites, los presupuestos y otros efectos de la figura. Atento a ello, la integración del marco normativo aplicable al instituto es materia actual de desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

6. Conclusiones particulares.

A partir de la perspectiva histórica del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, hemos podido rastrear valiosos antecedentes jurídicos que dan cuenta de la evolución que experimentó la figura a través del tiempo. Asimismo, nos ha sido útil para comprender cuáles fueron las necesidades y motivaciones sociales que operaron como eficaz fermento para el desarrollo de la figura.

- El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no afloró en el derecho anglosajón o angloamericano, sino que ya reconocía antecedentes en el derecho romano clásico.

- No obstante, es innegable que el instituto se desarrolló y consolidó en el common law, sistema que le ha conferido una disciplina exhaustiva y un régimen particularizado mediante reglas patentizadas en casos judiciales concretos. El derecho romano y el antiguo derecho francés hicieron uso de la figura, pero de modo intuitivo, casuístico, excepcional, en la medida de que fuese estrictamente necesario para erradicar la injusticia derivada de una actuación manifiestamente abusiva de un acreedor o víctima. No hay registros de un estatuto jurídico que regule orgánicamente la figura en tales órdenes normativos.

- Recién hacia finales del siglo XIX y principios del XX, aparecerían las primeras legislaciones de países del derecho continental con una regulación expresa del instituto, casi siempre merced a una aplicación jurisprudencial reiterada que le precedía.

- El curso de la evolución histórica nos ha rumbeado hacia una realidad actual en la que, tanto en el civil law, como en el common law, el deber de mitigar el daño por parte de la víctima ha adquirido carta de ciudadanía, lo cual se ve confirmado con los aportes del Derecho comparado, y muy especialmente de la doctrina y la jurisprudencia del siglo XXI.

- En el derecho argentino, la figura estuvo ausente como consecuencia de la prevalencia de la tesis tradicional francesa, impresa en el Código de Vélez, según la cual la víctima sólo era titular de derechos, más no de deberes.

Tal temperamento se fue aminorando gradualmente en aquellos casos en que la conducta de la víctima posterior al daño causaba, en forma directa, positiva y evidente, el agravamiento del perjuicio originario. Empero, esto obedeció a la aplicación impropia de la figura de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, más que a un reconocimiento del deber de mitigar el daño evitable como instituto autónomo.

Hacia finales de la década del 60, la visión solidarista del contrato, el reconocimiento normativo del principio de buena fe, la revalorización del principio preventivo, instalaron, a nivel doctrinario y jurisprudencial, la idea de que la víctima no sólo incurre en culpa cuando agrava el daño, sino también cuando deja que el daño se intensifique adoptando una actitud pasiva e indiferente en circunstancias en que su actuación deviene razonablemente exigible.

Finalmente, hacia finales del siglo veinte y principios del siglo veintiuno, algunos representantes de la doctrina reconocieron la existencia de un deber de mitigar el daño evitable como instituto autónomo. Una jurisprudencia, hasta ahora minoritaria, aplicó también este deber en forma independiente. Y el nuevo Código Civil y Comercial le dio pleno reconocimiento positivo en el art. 1710, sin perjuicio de que la reglamentación legal de la figura presenta un carácter muy elemental y carece de previsiones exhaustivas y completas para regular las notas distintivas de este deber, como así también las diferentes situaciones típicas que pueden suscitarse.

CAPITULO VI.

CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

SUMARIO: 1. ¿Por qué una visión comparada? 2. Sistemas que receptan autónomamente la exigencia de mitigar el daño por disposición legal de carácter general. 2.1. Estados Unidos. 2.2. Canadá. 2.3. Suiza. 2.4. China. 2.5. Argentina. 2.6. Otros países. 3. Sistemas que, sin contar con una norma legal de carácter general, receptan autónomamente la exigencia de mitigar el daño a nivel jurisprudencial. 3.1. Alemania. 3.2. Italia. 3.3. Inglaterra. 3.4. España. 3.5. Holanda. 3.6. Bélgica. 3.7. Colombia. 3.8. Chile. 3.9. Puerto Rico. 3.10. Bolivia. 3.11. Perú. 4. Sistemas que no regulan en forma autónoma y general al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. 4.1. Francia. 4.2. Austria. 4.3. Quebec. 4.4. Rumania. 5. Derecho trasnacional o de integración. 6. Conclusiones particulares.

1. ¿Por qué una visión comparada?

“Lo que hace un hombre, lo hacen en realidad todos los hombres. Por eso no es injusto que una desobediencia en un jardín contamine a toda la humanidad”.

(Jorge Luis Borges)

Un estudio serio de la cuestión no puede prescindir de una visión panorámica de las principales tendencias legislativas que marcan la regulación del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

En esta tarea, el jurista no debe ser un copista automático de modelos normativos foráneos. Su misión debe orientarse a ponderar críticamente las diferentes cosmovisiones jurídicas y regímenes normativos del instituto en cuestión.

El examen del derecho comparado sirve, en rigor, al perfeccionamiento del sistema jurídico de un país cuando es confrontado con los derechos, principios y valores imperantes en cada orden jurídico y con la realidad social emergente.

Así como destacamos la especial importancia que tiene el estudio de la evolución histórica para reconocer los trazos esenciales y las reglas permanentes del instituto, también reivindicamos la conveniencia de analizar los sistemas de derecho comparado para comprender y valorar la vigencia universal del deber de mitigar el daño, vigencia que, a nuestro juicio, debe conducirnos hacia un tratamiento sustancialmente armónico e integral de la figura.

En perspectiva metodológica, creemos necesario correlacionar e integrar los datos que aportan los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. Con buen criterio, Moisset de Espanés afirma que: *“el derecho comparado no puede limitarse a citar los textos sin ningún orden, sino que debe preocuparse por agrupar las legislaciones positivas vigentes, según el sistema que han adoptado”*⁴⁴⁹. Y, a su vez, nos permitimos agregar, el sistema legislativo adoptado debe interpretarse en el contexto más amplio del orden jurídico al cual pertenece.

A continuación, procuraremos agrupar los diferentes sistemas jurídicos de acuerdo al tratamiento que le han dispensado al deber de mitigar el daño evitable:

⁴⁴⁹ MOISSET DE ESPANES, Luis, *Obligaciones naturales y deberes morales*, Buenos Aires, Ed. Victor P. de Zabalía 1998, pag. 64 y ss.

2. Sistemas que receptan la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Este primer grupo reúne a los ordenamientos jurídicos que consagran expresamente el deber de mitigar el daño evitable como instituto general y autónomo.

Empleamos la nota “*general*” para caracterizar al deber como exigencia aplicable a cualquier tipo de relación jurídica resarcitoria, y no como figura exclusivamente ceñida a una o más ramas particulares o situaciones tipificadas con criterio casuístico.

El carácter autónomo, como ya hemos sostenido, refiere a la independencia conceptual, jurídica y metodológica de la exigencia. En tal aspecto, cabe diferenciarlo de otras instituciones como la culpa de la víctima o concurrencia de culpas como eximente de responsabilidad, del deber de evitar el daño como forma de prevención ex ante, de la carga de salvamento como imperativo específico de ciertas áreas de conocimiento.

La nota específica de este grupo radica en que la vigencia del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima como instituto autónomo surge de una disposición legal de carácter general.

Como política legislativa, este modelo es el que brinda mayor seguridad y previsión a los habitantes, por cuanto no depende de eventuales declaraciones judiciales que lo reconozcan, ni de criterios doctrinarios que sean aplicados por la jurisprudencia o de la circunstancia de que la mitigación del daño constituya un uso obligatorio convalidado por la judicatura.

A continuación analizaremos distintos ordenamientos jurídicos que se enrojan dentro de esta tendencia:

2.1. Estados Unidos.

En el derecho estadounidense, esta doctrina es conocida como “consecuencias evitables” (avoidable consequence).

En este país, el deber de mitigar el daño evitable ha alcanzado un grado

considerable de desarrollo a nivel normativo. Fruto de la labor incesante de la jurisprudencia de las cortes estatales, el derecho norteamericano logró una formulación exhaustiva de la regla mencionada⁴⁵⁰. Es que, como sucedió en el derecho inglés, el deber está contenido en la ley pero tiene origen jurisprudencial.

El caso “*Sauer vs Mc Clintic – Marshall Construction Co*”, resuelto en 1914, de la Corte Suprema de Michigan, y el caso “*Rockingham County vs Luten Bridge Co*” de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, fallado en 1929, sentaron las bases para la admisión de un principio general del derecho que manda a la parte afectada por el incumplimiento del contrato a realizar todos sus esfuerzos, dentro de sus posibilidades, a fin de disminuir los daños⁴⁵¹.

En el caso “*Robinson vs. United States*”, la Corte reconoció la validez y eficacia del instituto al proclamar que una parte no puede recuperar daños por pérdidas que ella misma pudo haber evitado haciendo esfuerzos razonables.

En el caso “*Indiana Michigan Power Compañy vs United States*”, el Alto Tribunal determinó el patrón de conducta que debe tenerse en cuenta a la hora de ponderar el cumplimiento de esta exigencia. La Corte aplicó, en tal sentido, un parámetro objetivo de razonabilidad media para juzgar la diligencia de la víctima frente al acaecimiento del daño. Así se entendió: “*el deber de mitigar es apropiado en aquellos casos en que una persona razonable, en las mismas circunstancias, hubiese tomado los pasos necesarios para evitar los perjuicios*”.

En el caso “*Brzoska*”⁴⁵², se ratificó la vigencia del instituto. Sin cortapisas, los magistrados sostuvieron que la parte tiene el deber general de mitigar los perjuicios si es posible hacerlo.

En EEUU, la obligación de mitigar el daño evitable tiene consagración legal expresa. Los artículos 2-708, 2-712, 2-713 y 2-715 del Uniform Commercial Code recogen esta obligación, al establecer los artículos 2-708 y 2-713 reglas muy similares a las contenidas en el Sale of Good Act del Reino Unido. Por su parte, el Restament Second on Contracts hace una formulación general de la regla de la mitigación de los daños en su párrafo 350, al establecer que “*la víctima del incumplimiento del contrato no puede obtener indemnización a título de las pérdidas que ella habría podido evitar sin incurrir en gastos injustificados*”.

⁴⁵⁰ Cf. RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 120.

⁴⁵¹ BEATSON, Jack, Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford, Ed. Oxford Clarendon Press, 1997, pag. 254.

⁴⁵² HOWARD N. KENYON Jr., Fixed Cost and contract Delay. Publicado en National Contract Management journal, vol. 27, issue 2, 1996.

En otros términos, la ley estadounidense sigue la regla de que el afectado tiene derecho a recibir como indemnización únicamente el valor de la diferencia entre el precio del mercado al momento del incumplimiento y el precio del contrato, postulado que lo obliga a adoptar todas las medidas disponibles para mitigar la pérdida⁴⁵³.

No queremos finalizar este análisis sin hacer mención a una discusión de alto vuelo jurídico y trascendencia constitucional que se ha librado en la jurisprudencia de la Corte estadounidense. El quid de la cuestión es si la doctrina de mitigación de los daños evitables debe aplicarse también a aquellos casos en los que la víctima se niega a mitigar los daños con base en creencias o convicciones religiosas.

En el caso "*Booth Tank Co. v. Symes*"⁴⁵⁴, se le negó a una conductora recobrar todos los daños que sufrió durante un accidente automovilístico. La Corte decidió que la conductora podía recobrar sólo aquellos daños que ella hubiese sufrido luego de haber intentado mitigarlos, aun cuando ella rehúse ser admitida en un hospital, recibir asistencia médica y tomar medicamentos contra el dolor. El tribunal señaló que el deber de una persona lastimada o herida por la negligencia de otra persona era buscarse asistencia médica luego de ser lastimada y que, de no hacerlo, no podía reclamar los daños que pudieran ser mitigados. En fin, el tribunal determinó que la doctrina de la mitigación de daños debe prevalecer siempre, sin entrar a considerar las creencias subjetivas del sujeto que se espera que mitigue.

En el caso "*Shebert v. Verner*"⁴⁵⁵, el Máximo Tribunal moderó el rigor de esta tesis. Así los magistrados sostuvieron que para que un estatuto, ley e, incluso, una norma, como es la doctrina de mitigación de daños, sea aplicable sin violar la cláusula de libre ejercicio, se tiene que probar que no se le está imponiendo una carga irrazonable a las creencias de un individuo y de existir dicha carga, ésta debe ser excusable por existir un interés apremiante.

Este interés estaría asegurado en el caso del deber de mitigar, por cuanto el instituto no sólo busca la igualdad para sus ciudadanos, sino que además procura minimizar los costos sociales. Sin embargo, hay que preguntarse si esta es la única manera del Estado de conseguir sus propósitos. Así, por ejemplo, se torna imperioso analizar si la aplicación de la doctrina sobre una persona termina causando un costo social altísimo al colocarle en la situación de tener que optar entre recobrar parcialmente sus daños o hacerlo

⁴⁵³ RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 128.

⁴⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, *Booth Tank Co. Symes*, 394 P2d 493 (Okla1964).

⁴⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, *Shebert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1962).

en forma plena mediante el sacrificio de sus más íntimas convicciones⁴⁵⁶.

En el precedente “*Dept. of Human Resources v. Smith*”⁴⁵⁷, el Tribunal restó relevancia a esta última consideración sobre la necesidad de justificar el interés estatal para convalidar una norma general restrictiva de una libertad fundamental como la religiosa. El núcleo de la decisión quedó resumido en que las leyes que imponen una carga sustancial sobre una práctica religiosa no tienen necesariamente que estar justificadas por un interés apremiante del Estado.

En el caso “*Munn v Algee*”⁴⁵⁸, la Corte modificó el criterio y empleó un método diferente. Se trataba de una señora que falleció luego de que ésta y su esposo rechazaran una transfusión de sangre debido a sus creencias religiosas como Testigo de Jehová. El Tribunal hace unas manifestaciones sobre el método caso por caso y su posible incongruencia con la Primera Enmienda. El razonamiento de base es que corresponde considerar caso por caso si es razonable o racional el que la persona rehúse mitigar los daños debido a sus creencias religiosas. Hete aquí, un intento de acomodar el principio de actuación diligente según una “*persona razonablemente prudente*” con los derechos de las personas a tener sus creencias religiosas bajo la cláusula de libre ejercicio.

Finalmente, encontramos una tercera posición que plantea que no corresponde aplicar la doctrina de la mitigación cuando la víctima se niega a mitigar por creencias religiosas. Para los que apoyan este enfoque, el derecho de la persona a practicar su religión libremente, sin que nada o nadie infrinja ese derecho, debe prevalecer en todos casos. Sus defensores enfatizan en que este derecho está garantizado constitucionalmente, por lo que no puede ni debe infringirse o violentarse. Este método, sin embargo, no ha sido aplicado frecuentemente por los tribunales norteamericanos que tienden a inclinarse más hacia el método objetivo o caso por caso. Un ejemplo, aislado por cierto, se dio en “*Montgomery v. Terminal Railroad Association*”⁴⁵⁹. En este caso, se le sugirió a un empleado de ferrocarril que se había lastimado por un accidente que sufrió en el trabajo, que se sometiera a una operación de espalda. Este se rehusó debido a que su religión no le permitía operarse. La compañía alegó que el demandante podía mitigar sus daños sometiéndose a la operación. Al hacer la determinación del daño resarcible, el Tribunal

⁴⁵⁶ Cf. SMITH, Paul M., *Medical Care, Freedom of Religion, and Mitigation o Damages*, Oxford, Ed. YALE L, 1964, pag. 87.

⁴⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, *Dept. of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

⁴⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, *Munn v. Algee*, 924 F.2d 568 (5th. Cir. 1991).

⁴⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, *Montgomery v. Terminal Railroad Association*, 392 NE. 2d 77 (Ill. App. 5th Dist. 1979).

señaló que el empleado no tenía obligación alguna para mitigar, porque al fin de cuentas, sólo le correspondía al sujeto decidir si quería operarse o no⁴⁶⁰.

A título global, cabe concluir que, aun cuando no esté incluido expresamente el principio de buena fe en el sistema estadounidense, las reglas y principios positivizados en el Uniform Commercial Code, en cuanto reconocen el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, son aplicables extensivamente al ámbito contractual y extracontractual en virtud de que sus presupuestos son predicables con carácter general.

2.2. Canadá.

El nuevo Código Civil de Canadá, que entró en vigencia en 1994, priorizó, entre sus objetivos, la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Con tal orientación, presenta un capítulo de disposiciones comunes a estas dos esferas de la responsabilidad civil (arts. 1457 y 1481).

Una disposición clave en punto a la cuestión tratada ha sido instituida por el art. 1479: *“La persona que debe reparar un daño no responde de la agravación de éste, cuando la víctima estaba en situación de evitar dicha agravación”*.

El legislador realiza, en tal sentido, una consagración normativa de la exigencia. En tal sentido, se refiere en forma positiva a la carga del responsable y solo de forma indirecta o negativa a la carga que pesa sobre la víctima, indicando la sanción en caso de inobservancia⁴⁶¹.

A nivel jurisprudencial, las Cortes estatales canadienses se han caracterizado por imponer el deber de mitigar el daño para aquellos demandantes-afectados en casos relacionados con el incumplimiento contractual. La idea imperante es que el demandante no puede adoptar una posición pasiva y esperar a que se le acumulen las pérdidas cuando estas pudieron haber sido evitadas⁴⁶².

En el caso *“Janiak vs. Ippolito”*⁴⁶³, la Corte señaló: *“La regla general de mitigar el daño aplicable al incumplimiento contractual consiste en que la parte afectada deberá*

⁴⁶⁰ Cf. GÚIVAS LORENZO, Heriberto, La doctrina de mitigación de daños vis a vis el derecho constitucional a la libertad de culto, publicado en Revista de derecho puertorriqueño, num. 1, 1999, Pontificio Universidad Católica de Puerto Rico.

⁴⁶¹ RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 120.

⁴⁶² Cf. TRONCOSO, María Isabel, op. cit., pag. 343 .

⁴⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CANADA, *“Janiak vs. Ippolito”*, 1985, 16 D.L.R. (4th) I (S.C.C.).

tomar todas las medidas razonables para mitigar la pérdida y en que no puede demandar el pago de pérdidas evitables [...] En el caso del contrato, los daños por incumplimiento son reducidos en el monto en que la pérdida debió haber sido evitada si el demandante hubiese tomado las medidas adecuadas”.

2.3. Suiza.

El artículo 44 del Código Civil Suizo, de igual manera, dispone: *“El juez podrá reducir los daños e intereses cuando la parte perjudicada ha consentido en la lesión o cuando los hechos por los cuales es responsable han contribuido a crear el daño, a aumentarlo o cuando hayan agravado la situación del deudor”.*

Si bien el Código Suizo no consagra literalmente la existencia de un deber de mitigar el daño evitable, contiene una regulación que permite inferirlo fácilmente. Es que la reducción de los daños o intereses no es otra cosa que el efecto jurídico que la ley le atribuye al incumplimiento de un débito conductual consistente, en este caso, en no agravar el daño⁴⁶⁴.

Por nuestro lado, consideramos que la formulación del artículo yerra al utilizar el verbo *“podrá”*, lo que sugiere que la reducción de la indemnización sería una potestad incondicionada del juez. Nos parece que lo lógico es que, ante la verificación del supuesto de hecho contenido en la norma -producción, agravamiento o consentimiento de la lesión por parte de la víctima-, el juez *“deba”* reducir la extensión del resarcimiento sobre la base del aporte causal de la víctima a la mayor medida del daño.

2.4. China.

En este derecho, el instituto no resulta ajeno. El art. 114 de la Ley de la República Popular de China, al regular los contratos internacionales, prevé: *“El contratante que por el hecho del incumplimiento de su co-contratante sufre un perjuicio, debe tomar toda medida útil para evitar que el perjuicio se agrave. Si no lo hace, perderá el derecho a*

⁴⁶⁴ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño..., op. cit., pag. 216.

reclamar a su co-contratante la reparación del perjuicio agravado”.

La ley china vindica positivamente esta exigencia. Es que el deber de tomar toda medida útil para que el perjuicio se agrave, so pena de perder el derecho a la reparación del perjuicio agravado no es más que una fórmula sintética que condensa el funcionamiento básico del instituto⁴⁶⁵.

Como nota peculiar, cabe precisar que el texto legal instituye un deber de conducta agravado a la víctima. El legislador chino no se conforma con que el damnificado adopte razonablemente medidas para mitigar el daño evitable, sino que además impone que tales medidas sean objetivamente útiles, es decir que tengan aptitud objetiva y efectiva para impedir la agravación del perjuicio.

2.5. Argentina.

Este encuadramiento luce atinado en el marco del nuevo Código Civil y Comercial. El Código de Vélez, en cambio, debe ser ubicado dentro de los sistemas que, sin contar con una norma jurídica que consagre expresamente este deber, posibilitan inferirlo a partir de principios jurídicos y otras reglas de integración. En respaldo de lo afirmado, remitimos al capítulo I y III título 7 de la parte A.

2.6. Otros países.

La lista de países que incorporan la figura no es taxativa. Existen otros ordenamientos jurídicos que también receptan este deber. A modo ilustrativo, aludimos al derecho egipcio (art. 221 del Código Civil), derecho sirio (art. 222 del Código Civil, derecho libio (art. 224 del Código Civil), derecho argelino (art. 182 del Código Civil).

⁴⁶⁵ Cf. BENITEZ CAORCI, Juan J., La obligación de minimizar el daño, publicado en RC, S2009 (VI), pag 10.

3. Sistemas que, sin contar con una norma legal de carácter general, receptan la exigencia de mitigar el daño a nivel jurisprudencial.

Este segundo grupo comprende aquellos sistemas que, sin tener una ley que instituya con carácter general a la figura de referencia, poseen principios y reglas generales y particulares desde los cuales es posible fundamentar, merced a una hermenéutica integradora y compleja, la existencia y validez del deber de mitigar el daño evitable a cargo de la víctima

En estos ordenamientos, cobra especial relevancia el rol de la jurisprudencia y la doctrina como fuente interpretativa e integradora de derecho frente a los vacíos que acusa el marco normativo.

Sin perjuicio de la importancia de que jueces y juristas asuman ese papel activo en la construcción del derecho, este sistema está expuesto a las discordancias que se suscitan entre las distintas decisiones judiciales, no sólo en lo que atañe al reconocimiento de la exigibilidad de este deber, sino también en lo relativo al régimen jurídico aplicable. Por más que la Corte Suprema pueda definir ciertos lineamientos fundamentales, ante la ausencia de regulación legal, el problema de la falta de uniformidad y estabilidad de los criterios regentes en la materia desencadena un serio peligro de desigualdad de los habitantes frente a la ley.

3.1. Alemania.

El artículo 254 del Código Civil alemán (BGB), estatuye que: *“Si en la producción del daño ha concurrido culpa del perjudicado, la obligación a la indemnización, así como la cuantía de la indemnización a prestar, dependerá de las circunstancias, en especial de hasta qué punto el daño ha sido causado preponderantemente por una u otra parte (...)”*. Esto vale incluso si la culpa del perjudicado se limita a la circunstancia de que ha omitido llamar la atención del deudor sobre el riesgo de un daño de consideración no corriente, el cual —riesgo— no conocía ni debía conocer el deudor, o de que ha omitido evitar o aminorar el daño.

Podemos apreciar que la legislación alemana alude a la participación de la víctima en la producción del daño. Aunque no aluda expresamente a un incremento o

intensificación del perjuicio, hay consenso entre los intérpretes de que la expresión “*producción del daño*” comprende no sólo al perjuicio inicial, sino también a las consecuencias dañosas que se desprendan de éste.

Con todo, creemos que hubiese sido conveniente que la norma legal incluyera expresamente el supuesto del agravamiento del daño. Asimismo, el empleo de una noción tan genérica y omnicomprensiva oscurece la distinción jurídica entre la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad y el deber de mitigar el daño evitable como expresión del principio de buena fe objetiva.

La respuesta legal para el supuesto contemplado por el enunciado normativo es la exclusión lisa y llana del daño o la parte del daño provocada por la víctima de la órbita de la indemnización. En consecuencia, la indemnización se verá reducida o incluso la solicitud de indemnización podrá ser rechazada por el juez de acuerdo al grado de repercusión causal de la culpa de ésta en la producción del daño⁴⁶⁶.

Un aspecto que marca la diferencia entre el derecho inglés y el derecho alemán respecto de esta exigencia es que el primero para fijar el monto de la indemnización evalúa el daño al día de la inejecución, mientras que el derecho alemán establece un mecanismo para dar oportunidad a la persona incumplida de ejecutar la obligación a su cargo.

En este orden, la ley exige al acreedor que sufre el incumplimiento constituir en mora al deudor mediante una comunicación que le otorgará también un término suplementario para cumplir con la obligación. Este procedimiento extrajudicial se desarrolla con anterioridad a la presentación de la demanda de daños y perjuicios. Como consecuencia de esto, el monto de la indemnización, así como la oportunidad de su reemplazo, serán evaluadas a partir del día de la notificación de la acción solicitando la reparación del daño hasta la expiración del plazo suplementario concedido al deudor, pues el acreedor no puede recurrir a ninguna medida de remedio durante dicho término⁴⁶⁷.

Esta solución del derecho alemán no busca tanto que la víctima o acreedor insatisfecho realicen un contrato de reemplazo a una medida que frene la aparición de perjuicios, sino más bien persigue una finalidad diferente, cual es conferirle a la víctima la posibilidad de cumplir con sus promesas. Se privilegia a la persona por encima de la transacción.

Actualmente, la jurisprudencia alemana aplica este artículo a las situaciones jurídicas que se suscitan en ocasión de un contrato y aún en el plano extracontractual⁴⁶⁸. A

⁴⁶⁶ Cf. RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 128.

⁴⁶⁷ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño..., op. cit., pag. 216.

⁴⁶⁸ Cf. TRONCOSO, María Isabel, op. cit., pag. 363.

modo ilustrativo, completamos el análisis del derecho alemán con un caso en el que la jurisprudencia hizo referencia al deber de mitigar el daño sufrido referido al contexto de las lesiones personales. La Corte señaló que el deber de mitigar el daño requería que el afectado se sometiera a una operación que le concedería a la víctima altas expectativas de mejorar su condición física. En tal sentido, los magistrados juzgaron que la negativa injustificada a someterse a dicha operación configuraba, en la especie, una actitud negligente del actor y, en consecuencia, consideraron que los daños deberían ser pagados por el demandado⁴⁶⁹.

3.2. Italia.

El derecho italiano regula esta problemática en el párrafo segundo del art. 1227 del Código Civil: *“El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria”*.

Esta formulación literal asimila la concurrencia de culpas con el instituto del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En tal aspecto, la legislación italiana incurre en el mismo defecto metodológico que la ley alemana: confundir conceptual y jurídicamente ambas figuras. Si bien la técnica empleada garantiza una respuesta legal al problema de la mitigación del daño evitable, lo cierto es que le resta autonomía normativa al instituto y lo priva de una regulación específica acorde a la propia realidad implicada.

En forma concordante, Soler Presas considera que el nuevo art. 1227 del Códice no traduce la positivización del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima como regla autónoma, sino que simplemente regula el caso de la concurrencia de culpas. Ocurre que la regla instaurada permite una aplicación dirigida a la producción del daño base (supuesto de hecho del párrafo primero del artículo), como también a la producción de un daño ulterior. Luego este segundo inciso vendría a negar el resarcimiento de aquella pérdida que sea una consecuencia agravada del daño-base pero que su producción sólo puede ser atribuida a la intervención de la víctima⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ CORTE FEDERAL DE ALEMANIA, Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate), NJW, 1994, 1592, 15 de Marzo de 1994, disponible en German and French Legal Materials at University College London.

⁴⁷⁰ Cf. SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en *“Anuario de Derecho civil”*, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 960.

Podemos advertir que el derecho italiano prioriza un aspecto fundamental de la responsabilidad, cual es la imputación del daño o, dicho en términos más exactos, la concurrencia del aporte causal culposo de las partes en la producción del hecho dañoso. A diferencia de lo que ocurre en el sistema anglosajón, la economía del contrato no es siquiera tenida en cuenta. Lo importante es que aquel que causa el daño debe resarcirlo. Y la víctima cuyo comportamiento ha incidido en el agravamiento del daño también perderá su derecho a ser indemnizada en forma proporcional.

En cuanto a su inserción en el ordenamiento jurídico italiano, y en particular en el sistema de responsabilidad civil, Visintini ha especificado que la situación regulada en el párrafo segundo del 1227 del Código Italiano presupone que el evento dañoso inicial ya se ha producido, y refleja la hipótesis de las consecuencias ulteriores a la lesión originaria y, por tanto, imputables a una única causa eficiente, pero evitables por el acreedor-damnificado.

En la doctrina italiana, podemos distinguir dos grandes tesis sobre la interpretación del articulado mencionado. La primera afirma un principio general de autorresponsabilidad con fundamento en la cláusula general de lealtad del art. 1175 y en consideraciones de análisis económico de derecho⁴⁷¹. La segunda encuadra la especie en el plano de las reglas de la causalidad jurídica, precisamente de aquellas que presiden la selección de las consecuencias dañosas resarcibles dentro de una única serie causal, a tenor de lo dispuesto en el art. 1223⁴⁷².

Una de las problemáticas más importantes relativas a la aplicación práctica de la norma en cuestión concierne al ámbito y al contenido del comportamiento diligente que se requiere del acreedor-damnificado, a los fines de la resarcibilidad de todo el daño sufrido. La discusión estriba en si el comportamiento requerido puede consistir simplemente en una conducta meramente negativa, o sea, en no agravar el daño con el propio comportamiento o si, en cambio, el damnificado-acreedor debe observar una intervención activa, dirigida a atenuar las consecuencias dañosas provocadas por el incumplimiento o hecho ilícito. La norma en examen, analizada literalmente, puede prestarse para ambas interpretaciones⁴⁷³.

En el ámbito contractual, la jurisprudencia italiana no ha vacilado en incluir en el área de los comportamientos exigibles por el art. 1227, párrafo segundo, no sólo la

⁴⁷¹ Cf. En respaldo de esta tesis, cabe citar: BIANCA, Dell'inadempimento delle obbligazioni, Roma, Ed. Scialoja – Branca, 1994, pag. 426.

⁴⁷² Cf. VISINTINI, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, Tomo II: El daño. Otros criterios de imputación, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, pag. 264 y ss

⁴⁷³ BRUTTI, Nicola, Danni patrimoniali nella r.c.a. e avoidable losses: i nuovi sentieri del duty to mitigate damages. Publicado en Rivista Danno e responsabilità, Ed. Ipsoa, Napoli, 2007, SEZ III, 12.

abstención de agravar las consecuencias dañosas, sino también la actividad positivamente dirigida a reducir el daño.

En un caso, frente al incumplimiento de la entrega de una maquinaria objeto de una compraventa, se decidió que obtener en otro lado la prestación entra en la diligencia exigida por el art. 1227 del Código Civil al comprador si, en relación con las circunstancias concretas, la inercia aparece culposa⁴⁷⁴.

En otra situación, se resolvió que contraviene a la obligación de diligencia del art. 1227 del Código Civil la falta de adquisición en el mercado de productos del género de los no entregados por parte del comprador cuando, en razón de las circunstancias, es fácil recurrir a aquél⁴⁷⁵.

Otro ejemplo significativo lo reveló la sentencia de la Corte de Casación Italiana que decidió, ante el daño causado a una oficina por la caída de los techos del edificio, que el titular de la oficina, consciente de la situación de peligro, no podía solicitar luego el resarcimiento del daño causado, habida cuenta de que podría haber trasladado los elementos a otra parte⁴⁷⁶.

Incluso, los jueces italianos han tenido oportunidad de pronunciarse sobre los alcances de la diligencia exigible a la víctima en orden a la mitigación del daño evitable. Al respecto, notamos que ha prevalecido un criterio jurisprudencial moderado. Así se ha sostenido: *“el damnificado, para contener los efectos dañosos provocados por la conducta del autor del daño, no puede ser obligado a desarrollar una actividad fuera de lo normal, estando obligado sólo a observar la ordinaria diligencia sobre la base del id quod plerumque accidit”*⁴⁷⁷.

En el plano extracontractual, campea un temperamento predominantemente restrictivo. Hemos advertido concretamente que los jueces encuentran dificultades para individualizar los deberes a cargo del damnificado orientados a evitar el daño. En efecto, para la jurisprudencia italiana, la falta de un vínculo contractual entre las partes no brinda suficiente base argumentativa para la aplicación del principio de corrección tradicionalmente ligado al ámbito contractual.

Un claro botón de muestra de la posición asumida tuvo lugar en un caso donde se planteó una de las cuestiones más recurrentes que el instituto ha provocado en el ámbito

⁴⁷⁴ CORTE DE CASACION ITALIANA, fallo publicado en Foro it., 12/10/67, pag. 138.

⁴⁷⁵ CORTE DE CASACION ITALIANA, fallo publicado en Mass Giur. It., 13/5/68, pag. 323.

⁴⁷⁶ CORTE DE CASACION ITALIANA, fallo publicado en Resp. Civ. Prev., 17/7/63, pag. 323.

⁴⁷⁷ CORTE DE CASACION ITALIANA, fallo publicado en Mass Giur. It., 18/7/80, n°2589.

aquiliano, cual es si el damnificado debe someterse a un tratamiento médico a los fines de reducir el daño⁴⁷⁸.

La respuesta de la Casación fue decididamente negativa, fundada tanto en la noción de libertad de someterse a tratamientos médicos (garantizada por el art. 32 de la Constitución Italiana), como en la aplicabilidad por vía analógica de la legislación sobre infortunios (art. 32, decreto 1765, del 17 de Agosto).

Aisladamente, encontramos algunos fallos que han aplicado el art. 1227, segundo párrafo, en situaciones en las que la omisión de someterse a dichos tratamientos era claramente irrazonable.

En suma, el derecho italiano ha enriquecido significativamente el estudio de esta materia. La valoración del aspecto activo y pasivo del deber de mitigar el daño evitable, la determinación del alcance de la diligencia exigible a la víctima, la fijación de límites jurídicos concretos al instituto, han sido alguno de los aportes fundamentales de este sistema al derecho comparado. No deja de ser materia pendiente la definición normativa de la naturaleza jurídica del instituto, y la delimitación de este deber en el ámbito extracontractual con las adaptaciones del caso.

3.3. Inglaterra.

En el derecho anglosajón, la obligación de mitigar los daños se conoce como “*duty to mitigate damages*”. Con esta denominación se alude derechamente a la exigencia que pesa sobre el acreedor del resarcimiento de adoptar las medidas que, atendida las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado⁴⁷⁹.

La doctrina angloamericana justifica la aplicación de este criterio de delimitación cuantitativa de la indemnización en el carácter meramente compensatorio de la indemnización -función que explicaría la exclusión del resarcimiento de las pérdidas que efectivamente haya evitado el acreedor con la adopción de medidas mitigadoras-, así como en razones de política socio-económica que exigen la promoción del uso cuidadoso de los recursos, desincentivando, con la exclusión del resarcimiento, que el agraviado sufra

⁴⁷⁸ CORTE DE CASACION ITALIANA, fallo publicado en Mass Giur. It., 17/1/59, n° 118, pag. 323.

⁴⁷⁹ Cf. SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño..., op cit, p. 960.

pasivamente una pérdida que puede ser evitada con un esfuerzo razonable⁴⁸⁰.

Merced a una intensa evolución jurisprudencial rodeada de una casuística rica en matices fácticos, sobre la que ya hemos abundado en la punto 3 del capítulo V de la parte A, se han establecido tres reglas básicas sobre la mitigación del daño⁴⁸¹:

La primera se expresa en la determinación del concepto jurídico de daño evitable, en virtud del cual un demandante no puede recuperar daños por aquella porción de la pérdida que hubiera podido evitar si tomaba las medidas razonables. Se trata de una restricción cualitativa y cuantitativa al daño indemnizable, es decir a los daños recuperables por el incumplimiento, los cuales serán calculados como si el demandante hubiera actuado razonablemente para minimizar su pérdida.

En tal aspecto, el demandante no tiene que arriesgar su propiedad o su patrimonio en general y no se espera que tome medidas que afecten su buen nombre. El momento en el que el demandante debe mitigar el daño depende del momento en el que descubrió o ha debido descubrir que la contraparte rompió su obligación contractual.

La segunda regla establece la protección del demandante cuando intenta mitigar el daño: *“El demandante puede ser indemnizado por aquellos costos en los que incurrió en su esfuerzo razonable por reducir la pérdida derivada del incumplimiento del demandado, incluso si dicho esfuerzo no fue exitoso en mitigar el daño. La sociedad está interesada en que el demandante, presumiblemente la persona en la mejor posición para minimizar el daño, tenga incentivos para intentar mitigar el daño. En consecuencia, el demandante debe ser indemnizado respecto a los gastos incurridos en sus intentos razonables de mitigar”*. (...) *Esta regla sobre el daño evitado requiere que los jueces evalúen si las acciones del demandante estaban directamente encaminadas a mitigar su pérdida y no a obtener beneficios o ganancias adicionales”*.

Finalmente, la tercera regla apunta a regular los daños efectivamente evitados: *“Si el demandante ha evitado efectivamente la pérdida que probablemente se hubiera derivado del incumplimiento (esto es, cuando se cumplió el deber de mitigar superando el estándar de razonabilidad derivado de la primera regla) no puede ser indemnizado por aquellos daños que eventualmente se hubieran podido causar, sino solo por aquellos efectivamente causados.”*⁴⁸².

Estas reglas se han condensado en la ley sobre venta de bienes corporales muebles,

⁴⁸⁰ Cf. MC.CORMICK, Handbook of the Law of Damages, Toronto, Ed. Universidad de Toronto, 1987, pag. 314.

⁴⁸¹ HARRIS, Donald; CAMPBELL, David; HALSON, Roger, Remedies in Contract and Tort, Suffolk Butterworths, 2002, pags.110 -111.

⁴⁸² JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño..., op. cit., pag. 156 yss.

Sale of Good Act, que positiviza la exigencia de mitigar el daño evitable en relación a ese ámbito particular. En efecto, la ley inglesa adoptó este principio en la actualización del Acto contentivo de las normas de venta de bienes (Sale of Goods Act) en 1979 en los artículos 50 y 51: *“El comprador o el vendedor según el caso, se presume que modera su daño cuando procura la conclusión de un contrato similar con un tercero, en otros términos, aquel que se procura un contrato de reemplazo para continuar con el curso normal de sus actividades”*.

El principio se aplica en forma simétrica, de modo tal que si la mercancía no le es entregada al acreedor, éste deberá comprar mercancías similares de reemplazo al precio de mercado y, del mismo modo, si sus mercancías son rechazadas, el vendedor deberá intentar enajenarlas al mismo precio a un tercero. La consecuencia se replica en ambos casos: si la parte afectada por el incumplimiento no adopta comportamientos diligentes para encontrar un contrato de reemplazo, podrá ver reducido el monto de su indemnización⁴⁸³.

Por último, cabe mencionar que el proyecto de ley *“Contract Code”* presentado por Harvey Mc. Gregor por encargo de la *“Law Commission Inglesa”* procuró una generalización del deber de mitigar el daño evitable. En tal dirección, el proyecto preceptuó: *“1) No es posible el resarcimiento por pérdidas que el reclamante habría podido evitar con medidas razonables. 2) antes o después del incumplimiento, que caigan fuera de las previsiones del apartado primero. 3) Es posible el resarcimiento de pérdidas, y en particular gastos sufridos al tomar las medidas razonables para evitar las pérdidas resultantes del incumplimiento, tanto si tienen éxito en reducir la pérdida global, como si fracasan aumentando así la pérdida global, o no reduciéndola. 4) Para decidir si ha habido omisión de medidas razonables para evitar la pérdida, el criterio de razonabilidad no es aquel riguroso que exige que el reclamante no haya incurrido ni en riesgos financieros innecesarios, ni en innecesarias humillaciones personales, y la carga de la prueba incumbe a la parte incumplidora”*.

En síntesis, el derecho inglés entiende al duty of mitigation como un principio general de delimitación del resarcimiento íntegro debido por los daños ocasionados principalmente por el incumplimiento de un contrato, aunque también se aplica a los causados por un *“tort”*.

Se trata, en definitiva, de un criterio esencial de delimitación cuantitativa del resarcimiento (measurement of damages), aplicable una vez que se ha determinado la resarcibilidad del daño concreto en virtud de los criterios de causalidad fáctica *“but-for”*

⁴⁸³ Cf. TRONCOSO, María Isabel, op. cit., pag. 361.

test y de imputación objetiva del daño “*remoteness of damages*”.

3.4. España.

El derecho español no ha sido ajeno a esta problemática. La doctrina tradicional, liderada por autores de la talla de Santo Briz⁴⁸⁴ y De Ángel Yagues⁴⁸⁵, se ha ocupado de perfilar la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, más no en forma autónoma sino como situación comprendida en el supuesto de la concurrencia de culpas.

Con diferente perspectiva, el jurista español De Cuevillas ha criticado la subsunción de este deber en la concurrencia de culpa.

Si bien, de lege lata, De Cuevillas coincide con la doctrina tradicional en el sentido de que no existe una norma de carácter general que regule el tema -sólo existen normas especiales que la establecen, como el artículo 17 de la ley de contrato de seguro⁴⁸⁶ y el artículo 77 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías-, de lege ferenda, el autor postula al deber de mitigar el daño evitable como una figura independiente. Concordantemente, recomienda reglamentar el instituto como un deber de conducta a cargo del acreedor del resarcimiento que impone la adopción de todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estiman razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado⁴⁸⁷.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el catedrático señala que no se trata de una obligación cuyo cumplimiento se pueda exigir jurídicamente por el causante del daño, sino de una carga cuyo incumplimiento precluye el resarcimiento de aquellas pérdidas que se podrían haber evitado o aminorado.

En cuanto a su eficacia, señala que se trata de un criterio esencial para la determinación de la extensión cuantitativa del resarcimiento (measurement of damages)

⁴⁸⁴ Cf. SANTOS BRIZ, Jaime, La responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal, 6º ed., Madrid, Ed. Civitas, 1991, pag. 115.

⁴⁸⁵ Cf. DE ÁNGEL YAGUEZ, La responsabilidad civil, Bilbao, Ed. Universidad de Deusto, 1988, pag. 282.

⁴⁸⁶ En este orden, la ley del contrato de seguro de 1980 establece en su art. 17: “*El asegurado o el tomador del seguro deberá emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de la culpa del asegurado*”.

⁴⁸⁷ DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños, Valencia, Ed. Civitas, 2001, pag. 162 y ss.

aplicable una vez que se haya determinado la resarcibilidad del daño concreto en virtud de los criterios de causalidad –but for test- y de imputación objetiva del daño –remoteness of damages- y sus derivados: foreseeability y contemplation of the parties⁴⁸⁸.

En el derecho del seguro, la doctrina española coincide en que el deber del asegurado, denominado de salvamento, se limita a la mitigación, y no a la prevención. Esto significa que, con anterioridad a la ocurrencia del siniestro no es procedente esperar ninguna conducta específica suya, pues solo es exigible luego de afluencia del siniestro, y no antes. Y para aseverarlo, se apoyan en la letra del artículo 17 de la ley 50 de 1980, que asigna al asegurado —o al tomador— una específica conducta: “*aminorar las consecuencias del siniestro*”, y no la de prevenirlo, o evitarlo⁴⁸⁹.

En sustento de la posición expuesta, Alfonso Sánchez manifiesta que, en “[...] *lo que se refiere a la duración del deber, este comienza cuando el tomador o asegurado tiene conocimiento de la producción del siniestro y se prolonga el tiempo necesario para aminorar el posible daño, esto es, hasta que sea inevitable el daño que se haya verificado*”⁴⁹⁰.

La fase temporal dentro de la cual operaría el deber de salvamento no sólo impacta en la extensión del débito conductual a cargo del asegurado, sino también en las posibilidades de éste de reembolsar los gastos en que hubiere incurrido para aminorar los daños. El deber de salvamento se concreta en aminorar las consecuencias del siniestro. Se deduce, en consecuencia, que toda actividad tendiente a evitar el siniestro no se encuadrará en el deber de salvamento sino en el deber general del asegurado de mantener inalterado el estado del riesgo. De esta suerte, los posibles gastos realizados a fin de prevenir el siniestro no podrían ser considerados al tenor de la ley española como gastos de salvamento⁴⁹¹.

En un tono más moderado, Sánchez Calero pondera la importancia de la prevención en el seguro. Aun cuando señala que no es posible por parte del asegurador “[...] *compeler directamente al asegurado a que realice una actividad específica de prevención, si “[...] puede de una manera indirecta obligarle a que realice esa actividad, ya que está obligado a informar al asegurador de las circunstancias que alteren el riesgo asegurado y, que además, ha de adoptar una actitud que eluda la provocación del riesgo, siendo*

⁴⁸⁸ Cf. LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado, Colombia, Ed. Legis Editores S.A., 2007, pag. 325 y ss.

⁴⁸⁹ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño..., op. cit., pag. 296 y ss

⁴⁹⁰ ALFONSO SANCHEZ, Rosalía, Deber y gastos de salvamento en el artículo 17 de la ley de contrato de seguro. Publicado en Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, núm. 27, 2005.

⁴⁹¹ SANCHEZ CALERO, Fernando, Conclusión, documentación, contenido del contrato en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Madrid, Ed. Colegio de Abogados de Estudios Financieros, t. II, 1982, pág. 335.

inasegurable el dolo del asegurado”⁴⁹².

Lejos de la posición restrictiva y legalista de la doctrina española en punto a la vigencia positiva del instituto en cuestión, el Supremo Tribunal Español receptó ampliamente el instituto de la mitigación del daño evitable.

Desde un prisma panorámico, podemos advertir que la doctrina ibérica, con matices, se aferra al texto normativo que, examinado individualmente, en asocio con sus antecedentes, conduce a la lectura otorgada por la doctrina tradicional.

La jurisprudencia, en cambio, ha indagado si tal concepción real y genuinamente estaba en sintonía con los nuevos derroteros que imperan en materia de responsabilidad civil, sobre todo los que atañen a una reubicación y legitimación de la prevención, y con ella de los deberes de evitación y mitigación del daño⁴⁹³. En tal sentido, los magistrados del Máximo Tribunal Español no han dudado en distanciarse de la cultura jurídica tradicional, que sólo se preocupa del daño (en los seguros en los que rige el principio indemnizatorio) y de sus corolarios.

El Supremo Tribunal, en efecto, receptó la doctrina de la mitigación del daño evitable bajo ciertas condiciones. En un caso, se la rechazó como fundamento para limitar el resarcimiento de las secuelas evitables sufridas como consecuencia de un delito de lesiones cuya dañosidad podía ser moderada mediante el sometimiento a un tratamiento quirúrgico⁴⁹⁴. En otro, se aplicó este deber como fundamento para negar la declaración de gran invalidez de una persona que había sufrido lesiones que podían curarse con una intervención quirúrgica ordinaria.

⁴⁹² VEIGA COPO, Abel, Tratado del contrato de seguro, Pamplona, Ed. CivitasThomson Reuters, 2012, pág. 1112. Sobre el matiz variopinto de la cuestión, el autor formula el siguiente interrogante: “*Dónde situamos ciertos comportamientos, deberes y conductas, en la prevención o en la mitigación del daño una vez acaecido éste y no evitado, es un interrogante que hay que responder diseccionando la prevención misma, a través del análisis del riesgo y la probabilidad y la verificación del siniestro. Piénsese por ejemplo en un seguro de maquinaria industrial, ¿quid si el asegurado precluye y falta al mantenimiento de las máquinas?, ¿estamos ante un deber de minoración del siniestro, o de prevención del mismo y si acaso de minoración de las posibilidades de riesgo y agravación? Es obvio que una actuación en tal sentido solo tiene una finalidad, a saber, la reducción de posibilidades de que el riesgo se materialice en un evento dañoso, o si acaso, que de hacerlo, no lo haga con el ímpetu o extensión que no tendría si no se realiza en esas colaboraciones o conductas de hacer (...)*”. De acuerdo a nuestra visión según la cual el acaecimiento del daño determina la línea fronteriza entre la prevención ex ante y ex post (mitigación), consideramos que la minoración de las posibilidades de riesgo constituye una conducta preventiva ex ante.

⁴⁹³ Tribunal Supremo Español, Sentencia del 19 de Enero de 1981, citado por SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en Anuario de Derecho civil, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 960.

⁴⁹⁴ Tribunal Supremo Español, Sentencia del 15 de Julio de 1987, citado por SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en Anuario de Derecho civil, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 960.

A mayor abundamiento, el Tribunal Español, en fallo que analizamos oportunamente en el título 4.4. del capítulo I de la parte A, aplicó de oficio el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima: “(...) *Por último, aunque no haya sido expresamente alegado por el recurrente, las circunstancias del caso y la prueba aportada al proceso, ponen de manifiesto un claro incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte del marido de la demandante ..., que lógicamente sabía o debía saber que, al haberle sido cancelada la tarjeta de crédito Visa de la que era titular, quedaba privado del seguro de accidentes inherentes a la misma, podía fácilmente y por muy escasa prima (330 pesetas, según aparece probado en el proceso) haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, con lo que su esposa, como beneficiaria, habría percibido la misma indemnización que el otro (el correspondiente a la tarjeta cancelada) le garantizaba. Concluye el Tribunal admitiendo parcialmente el motivo por apreciar una concurrencia parcial de imprevisiones, no sólo por parte del Banco emisor de la tarjeta, sino también por parte del referido titular...*”⁴⁹⁵.

Se advierte, pues, que cuando la extensión del daño que puede ser reducida es considerable, y las medidas de mitigación no resultan gravosas para la víctima, el criterio jurisprudencial se torna favorable a la aplicación de la figura.

Merced a una renovada lectura de la buena fe, a la juridización de ciertos valores y principios como la solidaridad, el abuso del derecho, a la entronización del principio de prevención en el derecho de daños, la judicatura española ha avanzado en el reconocimiento de la vigencia del deber de mitigar el daño evitable, extendiéndolo a otras relaciones jurídicas, distintas del seguro, en las que se presenten perjuicios evitables.

3.5. Holanda.

El artículo 6:101 del moderno Código Civil holandés, preceptúa que: “*Si el daño se debe a alguna circunstancia atribuible a la víctima, la obligación de repararlo se disminuirá o cesará, en la medida de lo razonable*”.

La norma civil holandesa, aunque no consagra explícitamente la existencia del deber mitigar el daño evitable por parte de la víctima, presenta un marco flexible para el acogimiento del instituto. La expresión “*alguna circunstancia atribuible a la víctima*”

⁴⁹⁵ Tribunal Supremo Español, Sentencia del 15 de Noviembre de 1994, citado por SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en Anuario de Derecho civil, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 960.

permite ponderar cualquier conducta activa o pasiva de ésta que guarde relación con la entidad y extensión del daño. Sobre esa base, deviene posible aproximarse a los efectos prácticos a los que conduciría la aplicación normal de la figura⁴⁹⁶.

3.6. Bélgica.

El Código Civil de Bélgica no exhibe una norma que refiera expresamente a esta obligación.

Empero, la doctrina y jurisprudencia belga está fuertemente influenciada por esta exigencia. La justificación se apoya en una interpretación expansiva de la normativa del derecho de seguros⁴⁹⁷.

La ley de seguros, que data del 11 de junio de 1874, establece que el asegurado debe minimizar el daño cuya reparación se requiere. Deviene pertinente la cita del artículo 17 de dicha normativa: *“En todo contrato de seguros, el asegurador debe hacer todos aquellos actos que correspondan a una persona diligente, para prevenir o atenuar el daño”*.

El alcance de esta norma no sólo comprende los casos en que el daño ha sido causado sino también aquellos en los que, sin verificarse el daño, imponen a la víctima la obligación de tomar las medidas que estén a su alcance para evitarlo o mitigarlo.

3.7. Colombia.

A nivel general, el derecho colombiano no contiene una norma jurídica que instituya la exigencia de mitigar el daño evitable como deber aplicable a todas las relaciones jurídicas de las que fluyan daños evitables.

El ordenamiento mercantil se ocupa del deber de mitigar el siniestro, al disponer expresamente en su artículo 992: *“El transportador solo podrá exonerarse, total o*

⁴⁹⁶ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño..., op. cit., pag. 217 y ss.

⁴⁹⁷ Cf. TRONCOSO, María Isabel, op. cit., pag. 364.

parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiera tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación”.

Adicionalmente, mediante la ley 518 (4 de agosto) de 1999 de la República de Colombia, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980), motivo por el cual el contenido del artículo 77 de la convención, ya transcrito, rige también en el Derecho colombiano⁴⁹⁸.

Desde la perspectiva constitucional, la situación no es diferente. Muy por el contrario, es sustancialmente más amplia y, por ende, de mayor espectro, hasta el punto de que es dable hablar de acerados fundamentos que, *ad baculum*, le sirven de sólido soporte para su existencia y aplicación generalizada en el derecho colombiano.

Así las cosas, institutos o figuras como la buena fe y la solidaridad (art. 95, num. 2, *ibíd.*) cumplen un papel estelar en esta materia, pues uno y otro, justamente, sirven de férreo soporte y explicación a los deberes de evitación y mitigación, según expresamos en el capítulo III de la parte A. No menos importante, por su parte, es el numeral del citado artículo 95, por cierto no examinado por la doctrina en su justa dimensión, de suyo especial, habida cuenta que refiere al respeto por los derechos ajenos, nervio de los consabidos deberes de conducta: “*Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos*”, a lo que el mismo numeral agrega otro enunciado capital: “[...] *y no abusar de los propios*”, por manera que si tiene derecho la víctima o el acreedor a una indemnización, a que se le resarzan los perjuicios irrogados por el agente del daño.

Como complemento a lo mencionado en el campo del sustento normativo, vale manifestar que, bien examinadas algunas normas del Código Civil colombiano, en armonía con el Código de Comercio, también podría arribarse a análoga conclusión, en razón de que la legislación jusprivatista nacional, efectivamente, no es ni ha sido refractaria a ellos. En cambio, sí ha sido proclive a la adopción de la misma hermenéutica e inteligencia, por otras vías. Prueba de ello, entre varios, son el Código Civil, artículos 1616, 2356, 2357 y 1603, y el Código de Comercio, artículo 871, inferidos por la indicada sentencia de la Sala de Casación Civil.

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, en un sesudo voto de Solarte

⁴⁹⁸ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño..., op. cit., pag. 222 y ss.

Rodríguez, se ocupó del tema de la mitigación o reducción del daño, y lo hizo en sentencia del 16 de diciembre de 2010⁴⁹⁹, resolución que, por su significado, nos permitimos reproducir: “... cabe señalar que en el campo de la responsabilidad civil —contractual y extracontractual— la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo. (...) El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta, al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (Const. Pol., art. 83), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan —en sentido positivo o que se abstienen de hacerlo sentido negativo— parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia o, en el campo comercial, que la actitud que asuman, satisfaga la confianza depositada por cada contratante en el otro, de modo que ella no resulte defraudada (C. C., art. 1603 y C. de Co., art. 871).

(...) En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

(...) Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta, tendría que ser calificada como «una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que desconoce al otro e ignora su particular situación, o sus legítimos intereses, o que está dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido» (cas. civ., íb.), la cual, por consiguiente, es merecedora de desaprobación por parte del ordenamiento y no de protección o salvaguarda”.

En otro precedente del 16 de Junio de 2008⁵⁰⁰, la Sala Civil de la Corte definió los alcances del débito conductual exigido al damnificado por el incumplimiento contractual: “... que es natural que una persona adopte las medidas necesarias para eliminar o

⁴⁹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, con fecha 16 de Diciembre de 2010, con voto del Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

⁵⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, con fecha 16 de Junio de 2008, Sala Civil.

atemperar los efectos nocivos y deletéreos de una determinada conducta omisiva y lesiva de sus intereses en los que incurra otra en relación con la cual tenga un vínculo contractual pero ello no implica per se o de forma automática que esté obligada a compartir siempre que no obre en esta dirección la asunción de los daños padecidos. El comportamiento de la demandante de no haber utilizado los equipos para el uso que los adquirió no es demostrativo de haber sido indiferente al postulado de la buena fe [...]. En suma, si bien, dentro del comportamiento lógico, razonable y mesurado que se le impone a todo contratante dentro de desarrollo o ejecución de los acuerdos de voluntades que celebren está el de adoptar las medidas necesarias a su alcance para evitar un perjuicio o disminuir o amainar sus resultados nocivos, en este asunto, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que lo rodearon y que han sido descritas, es indudable e indiscutible que la accionante actuó siempre bajo el sendero de la buena fe, puesto que su conducta la realizó, bajo parámetros de corrección [...]”.

En igual sentido, se pronuncia otra sentencia, dictada el 24 de junio de 1996⁵⁰¹, en la que la Corte Suprema determinó que “[...] si la víctima acredita que en razón de su pobreza no se hallaba en condiciones de proveer a la reparación del taxi, la indemnización ha de ser plena; por el contrario, de echarse de menos tal prueba en el proceso, la solución ha de ser la indemnización parcial, correspondiente al lucro cesante que se produjo en el período que empieza con el daño del vehículo y termina el día en que razonablemente habría quedado reparada la cosa”, tesis de la que se colige, concluye el mismo autor patrio, que “[...] el acreedor lesionado debe actuar con diligencia para reducir, tanto como le sea posible, el lucro cesante por el daño de sus bienes, lo que lo obliga a ordenar su reparación con razonable prontitud, o de otra manera será él el que debe asumir las mayores pérdidas que se presenten”.

Incluso, en la jurisprudencia arbitral colombiana, desde hace varios lustros, el deber de mitigación ha encontrado fértiles desarrollos y aplicaciones, sin necesidad de una norma expresa que, con carácter general, impusiese tal deber de conducta. Sin ánimo exhaustivo, citaremos algunos precedentes arbitrales en los que se hizo efectiva aplicación del principio aludido mediante la ponderación de la conducta de la víctima en la mitigación del daño evitable.

En laudo arbitral del 1 de Septiembre de 2011⁵⁰², el Tribunal de Arbitramento

⁵⁰¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, con fecha 24 de Junio de 1996, con voto del Dr. Suescún.

⁵⁰² TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, convocado por Aguirre Monro Asociados Ltda. y Constructora Tao Ltda., contra Autopistas del CS. A. y Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S. A. – Fideicom

dispuso: “[...] Era, pues, la demandante la llamada a actuar con diligencia para reducir el período del lucro cesante a que estaba expuesta no sólo por ser la dueña de los equipos, lo que le hacía asumir de entrada la pérdida (*res perit domino*), sino porque con ellos generaba parte importante de sus ingresos sociales. En consecuencia, ha debido Geofundaciones tomar todas las medidas razonables a su alcance para recuperar sus máquinas y hacerlas reparar o sustituirlas en el menor tiempo posible. Pero no hizo nada de esto, o al menos no se tienen pruebas de lo realizado con tal propósito. Por esta razón, para la cuantificación del lucro cesante el Tribunal solo tendrá en cuenta el período de inmovilización razonable [...]”.

Con una inteligencia similar, se manifestó el Tribunal de Arbitramento en el Laudo Arbitral de Concesionaria Vial de Los Andes S. A., Coviandes S. A. v. Instituto Nacional de Vías de 7 de mayo de 2001⁵⁰³, sobre el deber de mitigar los daños, en el que señaló:[...] “Este deber encuentra su fundamento en la obligación del deudor de mitigar su propio daño, lo que significa que la negligencia de dicho deudor en el cumplimiento de este deber, no puede determinar que el acreedor esté obligado a cubrir, no sólo el perjuicio en sí mismo, sino los efectos derivados de la negligencia de dicho deudor en controlar o mitigar en lo posible el perjuicio económico. Ello está relacionado con la obligación del deudor, como profesional, de comportarse como lo haría un buen administrador. En otras palabras, la concesionaria estaba obligada a mitigar sus propios daños, a través de todas la medidas sensatas o prudentes que estuvieran a su alcance, en el entendido de que los sobre costos en que pudiera incurrir por la ejecución de tales medidas —encaminadas a evitar la generación de perjuicios, o a limitar su extensión— le serían reconocidos dentro de la correspondiente indemnización de las pérdidas sufridas. Como fue antes explicado, esta conducta diligente del damnificado... es lo que lo legitima para exigir el resarcimiento”.

En conclusión, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico colombiano establece una exigencia a cargo de la víctima consistente en mitigar el daño evitable.

Este deber no se funda en una norma legal expresa de carácter general, sino que dimana de principios constitucionales explícitos como la proscripción del abuso del derecho. Surge también como corolario lógico del principio general de buena fe y del principio de prevención en su faz ex post. Y encuentra sustento adicional en valores jurídicos positivizados por el legislador como la solidaridad.

Autopistas del Café. Laudo arbitral del 1º de septiembre de 2011..

⁵⁰³ TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, Concesionaria Vial de Los Andes S. A., Coviandes S. A. v. Instituto Nacional de Vías, en Laudo Arbitral de 7 de mayo de 2001.

Complementariamente, creemos que las diversas normas particulares que instituyen expresamente este deber constituyen una prueba claramente reveladora de que existe, en el derecho colombiano, una lógica jurídica no escrita que exige a la víctima, con sentido amplio y general, la mitigación del daño evitable.

La jurisprudencia de la Corte colombiana avala esta interpretación. Los tribunales judiciales y arbitrales inferiores se avienen a este temperamento. La doctrina se inclina mayoritariamente por estas ideas⁵⁰⁴.

3.8. Chile.

El derecho chileno no presenta una consagración normativa genérica y amplia del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. El Código de Bello guarda absoluto silencio al respecto. Tan sólo se registran algunas normas particulares aplicables a supuestos específicos que acogen la referida exigencia.

Un fundamento positivo para justificar la exigibilidad de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima anida en el art. 1546 que realza el principio de buena fe al establecer que *“los contratos se deben ejecutar de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”*.

Cabe precisar que la norma citada remite a la buena fe objetiva que impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares hasta momentos posteriores a la terminación del contrato e, incluso también, como requiere este deber, frente al incumplimiento de la contraparte.

De lege lata, López Santa María considera que sostener la existencia de una obligación genérica y abierta de mitigar los daños en el derecho chileno, con base en el principio de buena fe, es ir demasiado lejos. En tal aspecto, la jurisprudencia chilena ha sido muy cautelosa en la extracción de conclusiones creativas del texto de la norma del

⁵⁰⁴ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño..., op. cit., pag. 222 y ss. RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 125 y ss.; Cf. TRONCOSO, María Isabel, op. cit., pag. 363 y ss.

artículo 1546⁵⁰⁵.

Empero, el autor precitado aduce que se podría llegar a defender la existencia positiva de este deber de mitigar el daño evitable en forma genérica y abierta con fundamento en la culpa de la víctima. En tal aspecto, postula la aplicación extensiva en materia contractual del art. 2330 del Código Civil, que permite reducir el importe de la indemnización cuando quien ha sufrido un daño se expuso a él imprudentemente. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se opone a esta interpretación legitimadora del instituto, atento a la imposibilidad de aplicar la norma instituida en el Título XXXV del Libro IV que estaría reservada a los delitos y cuasidelitos con exclusión de la materia contractual⁵⁰⁶.

Por nuestra parte, creemos que si bien habría una base fáctica y jurídica común para justificar la extensión analógica de la regla fijada en el art. 2330 del Código Civil chileno a falta de norma expresa, tal recurso hermenéutico no serviría sino para trasladar la teoría de la concurrencia de culpas al ámbito contractual, más no para afirmar la vigencia autónoma del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Entendemos que esta norma no consagra el deber de mitigar el daño, sino una situación distinta, como es la facultad que se le otorga al juez de rebajar la indemnización, si se comprueba que la víctima se expuso imprudentemente al daño. En otro sentido, el deber de mitigar el daño evitable impone a la víctima del perjuicio el deber de adoptar las medidas razonables tendientes a minimizar o limitar sus perjuicios. En caso de no cumplir con este deber, perdería el derecho a que se le indemnicen los perjuicios que pudo haber evitado. Pero, en caso de cumplir adecuadamente su deber, tendría, como contrapartida, derecho a que se le reembolsen los gastos razonables en que haya incurrido, situación totalmente ajena a la culpa concomitante de la víctima⁵⁰⁷.

En un tono más conciliador, Vidal Olivares apunta que: *“en el derecho civil chileno puede llegarse a esta carga de mitigar las pérdidas, sin necesidad de norma expresa, por dos caminos diversos. Aplicando los criterios de causalidad en materia de incumplimiento (art. 1558, segunda parte C. C.; y el principio de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos). Si se revisan las reglas que da Pothier para la extensión de la indemnización, y que recoge nuestro artículo 1558, se observa que conforme ellas el*

⁵⁰⁵ Cf. LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado, Colombia, Ed. Legis Editores S.A., 2007, pag. 331 y ss.

⁵⁰⁶ Cf. RODRIGUEZ GREZ, Pablo, Responsabilidad contractual, Santiago, Ed. Editorial Jurídica de Chile, 2003, pag. 281.

⁵⁰⁷ Ver SOLER PRESAS, Ana María, La valoración del daño en el contrato de compraventa, Pamplona, Ed. Editorial Aranzadi, 1998, pag. 63 y ss.

deudor responde —en caso de dolo— por todos los daños que sean una consecuencia inmediata, directa e inevitable del incumplimiento. De esta manera, en principio, la sola exigencia de la causalidad excluiría de la indemnización aquellas pérdidas o daños evitables”⁵⁰⁸.

En cuanto a la normativa específica que recepta el deber de mitigar el daño evitable en supuestos particulares, podemos citar el art. 77 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería, publicada en el Diario Oficial del 3 de Octubre de 1990 cuyo tenor hemos analizado al momento de justificar la autonomía normativa de la figura en el derecho argentino.

El Decreto Ley 2222, Ley de Navegación del año 1978, también consagra esta exigencia dentro del párrafo de la responsabilidad civil por los daños derivados de los derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas, aunque solo de modo atenuado. A la postre, el art. 145 de la norma dispone en relación a la limitación de responsabilidad por el propietario, armador u operador de la nave o artefacto naval: *“el fondo será distribuido entre los acreedores a prorrata del importe de sus respectivas reclamaciones, previamente aceptadas. Pero los gastos o sacrificios razonables en que hubiera incurrido la autoridad para prevenir o minimizar los daños por contaminación gozarán de preferencia sobre los demás créditos del fondo. Y si los responsables no ejercitaren el derecho a limitar responsabilidad, aquellos gastos o sacrificios razonables en que incurriere algún tercero en forma espontánea o a requerimiento de la autoridad, para prevenir o minimizar los daños... Con todo, cuando se trate de gastos o sacrificios que beneficiaron bienes del propio reclamante, ellos no gozarán de la preferencia dispuesta en este inciso. (...) Si los gastos o sacrificios razonables para prevenir o minimizar los daños hubieran sido ejecutados por el propio responsable del derrame, su monto previamente aceptado se podrá cobrar a prorrata con los demás acreedores generales del fondo”*.

El art. 146 inciso 3° de la Ley de la Navegación completa que *“se podrá interponer cualquier acción para el resarcimiento de daños, o por gastos y sacrificios razonables para prevenirlos o disminuirlos, contra el asegurador o contra cualquiera que hubiera otorgado la garantía financiera...”*.

En el Código de Comercio, el artículo 1180 señala, a propósito de los seguros marítimos, que *“el asegurador será responsable de las pérdidas o los daños originados por riesgos marítimos u otros eventos cubiertos por la póliza”*. Complementariamente,

⁵⁰⁸ VIDAL OLIVARES, Alvaro, La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento, en Estudios de derecho civil, Valparaíso, Ed. Legal Publishing, 2008.

salvo que estuviera expresamente excluido, el asegurador indemnizará también: “2º- *Por los gastos incurridos con el fin de evitar que el objeto asegurado sufra un daño o para evitar sus efectos, siempre que el daño evitado o disminuido este cubierto por la póliza. En todo caso, los gastos señalados no podrán exceder el valor de los daños evitados*”.

En resumen, la legislación chilena regula únicamente esta exigencia en materias específicas.

La doctrina nacional no ha analizado exhaustivamente la cuestión, probablemente a causa de la ausencia radical de una norma que consagre la exigencia con carácter general. Excepcionalmente, rescatamos los aportes de López Santa María y de Gatica Pacheco⁵⁰⁹. Las más recientes obras chilenas que tratan las indemnizaciones de perjuicios en materia contractual no hacen referencia alguna a este tema.

La jurisprudencia chilena, tal como lo sugerimos, tampoco ha receptado esta exigencia. No hay, en efecto, registro de sentencias que admitan el deber de mitigar el daño evitable.

A pesar de lo dicho, consideramos que el derecho chileno ofrece argumentos suficientes para sostener la vigencia general del deber de mitigar el daño evitable, con fundamento en una interpretación teleológica-deductiva del principio de buena fe, de una aplicación extensiva-inductiva de la pluralidad de disposiciones normativas particulares que consagran este deber -lo que permite inferir una regla común no escrita que respalda cada una de las disposiciones particulares- y de una aplicación analógica de las disposiciones mencionadas a otros casos no legislados que presenten las mismas características típicas.

3.9. Puerto Rico.

En este país, el deber de la víctima de mitigar el daño evitable se ha legitimado en torno al art. 1802 del Código Civil: “*El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. La imprudencia concurrente del perjudicado no exime de responsabilidad, conlleva la reducción de la indemnización*”.

Si bien la disposición precitada no distingue entre la concurrencia de culpas y el

⁵⁰⁹ GATICA PACHECO, Sergio, Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, Santiago, Ed. Editorial Jurídica de Chile, 1959.

deber de mitigar el daño evitable, la doctrina y jurisprudencia puertorriqueña, influida por la tradición del common law, se ha servido de dicho texto legal para reglamentar el instituto aludido en forma autónoma.

Con visión panorámica, Güivas Lorenzo concluye que el deber de mitigar los daños “es una doctrina cuyo razonamiento tiene mucho sentido. ¿Cómo se espera que una persona reciba compensación por unos daños que él pudo haber mitigado? Esto teóricamente no sería justo para el causante original del daño. Este debería responder por los daños que causó, no por otros daños que fueron causados por las acciones u omisiones del perjudicado”⁵¹⁰.

La figura ha sido aplicada sobre la base del sentido común y por parte de los tribunales como política pública. En tal dirección, se ha receptado la doctrina de mitigación del daño evitable en varios casos de responsabilidad extracontractual. El principio vigente, que se verifica como nota común de las distintas sentencias judiciales, es el mismo que domina en los ordenamientos jurídicos que utilizan tal doctrina: toda persona que sufre un daño queda obligada a tomar todas las medidas pertinentes para reducir el monto de los mismos⁵¹¹.

3.10. Bolivia.

El artículo 348 del Código Civil de Bolivia, en particular su inciso 2º; sigue muy de cerca el contenido del artículo 1127 del Código Civil italiano de 1942, ya mencionado, a cuyo tenor: “No hay lugar al resarcimiento por el daño que el acreedor hubiera podido evitar empleando la diligencia ordinaria”.

Al seguir la línea del Código Italiano, también asume sus indefiniciones normativas. Y, con ella, el debate interpretativo librado en torno al alcance del instituto. Para una tesis, la norma afirma un principio general de autorresponsabilidad. Para la otra, la regla debe emplazarse en el plano de las reglas de la causalidad jurídica, precisamente de

⁵¹⁰ Cf. GÜIVAS LORENZO, Heriberto, La doctrina de mitigación de daños vis a vis el derecho constitucional a la libertad de culto, publicado en Revista de derecho puertorriqueño, num. 1, 1999, Pontificio Universidad Católica de Puerto Rico.

⁵¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PUERTO RICO, Odriozola v. Superior Cosmetic Distr. Corp., 116 D.P.R. 485 (1985); Aponte v. Cortés Express, 101 D.P.R. 305 (1963), Stella v. Municipio de Guayanilla, 76 D.P.R. 783 (1954).

aquellas que presiden la selección de las consecuencias dañosas resarcibles dentro de una única serie causal.

3.11. Perú.

El artículo 1327 del Código Civil peruano, por su parte, establece que: *“El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”*.

Son válidas las consideraciones vertidas respecto al Código Boliviano. La única diferencia radica en que la norma peruana prevé expresamente la posibilidad de alterar convencionalmente el alcance y los límites de este deber⁵¹².

4. Sistemas que no regulan en forma autónoma y general al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

El otro grupo de países es aquel que presenta ordenamientos jurídicos que no receptan al deber de mitigar el daño evitable como instituto general y autónomo, sino que encuadran impropiaamente el problema de la mitigación del daño evitable a través de otras figuras.

Ya hemos analizado perspectivas doctrinarias que encorsetan esta cuestión bajo la lógica de la culpa de la víctima, o bien perfilan la figura como disposición de alcance particular. A continuación, analizaremos los sistemas jurídicos que se hacen eco de tales posturas.

4.1. Francia.

En el título 4 del capítulo V de la parte A, hemos aseverado que el derecho francés

⁵¹² Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño..., op. cit., pag. 218.

carece de un régimen jurídico que regule orgánicamente el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

La doctrina, en un intento por convalidar la aplicación de la figura, ha aludido al principio de buena fe de los contratos que reclamaría del acreedor como del deudor la colaboración necesaria para la concreción del interés de los contratantes⁵¹³.

En este sistema, la situación es totalmente diversa a la de los países del common law, al existir tanto en la ley como en la jurisprudencia francesa un estricto apego al principio de reparación integral del daño.

El Código Civil francés sólo en casos muy excepcionales le entrega al juez la facultad de moderar o agravar la responsabilidad basado en la equidad. Sin embargo, esta hipótesis no se vincula estrictamente al deber de minimizar los daños por parte de la víctima⁵¹⁴.

Viney y Jourdain sostienen que el derecho galo no consagra oficialmente y de manera general la obligación de minimizar los daños⁵¹⁵.

Pothier y Domat, sin hacer alusión directa a este instituto, afirmaron que correspondía tomar en consideración el hecho de la víctima en la producción del daño, en orden a la determinación de la indemnización a que tiene derecho⁵¹⁶.

A pesar de su trascendencia, estos aportes doctrinarios no le confirieron al deber de mitigar el daño evitable un grado abstracción suficiente como para ser recogida por el Código Civil francés de 1804. Esta situación no ha variado hasta la fecha.

Reifegerste opina que el deber de mitigar el daño evitable debería ser incorporado a futuro de manera general en el derecho francés. Postula, en tal sentido, una modificación al Código Civil, mediante la introducción del artículo 1151-1 en el ámbito contractual de acuerdo al siguiente tenor: *“el deudor no responderá de los perjuicios que el acreedor podría haber evitado adoptando al efecto las medidas razonables”*. En tanto que en el plano extracontractual propone la introducción del artículo 1386-19 similar a la norma virtual antes transcripta⁵¹⁷.

Próximo a las aspiraciones de Reifegerste, el anteproyecto de reforma al Código

⁵¹³ También se ha dicho que la razón de este rechazo se relaciona con el temor de afectar el principio de reparación integral del daño.

⁵¹⁴ Cf. LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado, Colombia, Ed. Legis Editores S.A., 2007, pag. 326

⁵¹⁵ VINEY, Geneviève, JORDAIN, Patrice, Les effets de la responsabilité, 2^oed., Paris, Ed. L.G.D.J., 2001, pag. 120.

⁵¹⁶ Cf. CRISCIOLI, Il dovere di mitigare il danno subíto. Publicado en *Riv. Dir. Civile*, I, (1972), pag. 553 ss., 568-9.

⁵¹⁷ Cf. REIFEGERSTE, en su libro Pour une obligation de minimiser le dommage, Marsella, Ed. Universitaires D'aix-Marseille, 2002, pag. 35.

Civil Francés reza en su artículo 1344: *“Los gastos incurridos para prevenir la realización inminente de un daño o para evitar su agravamiento, como así también para reducir sus consecuencias, constituyen un perjuicio resarcible, cuando han sido efectuados razonablemente”*.

Lo cierto es que el anteproyecto nunca llegó a convertirse en ley y, hasta la fecha, no existe en el derecho francés algún precepto legal que reconozca la obligatoriedad general de la regla. Sólo normas aisladas, como la del artículo 77 de la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercaderías, que consagra esta exigencia. También cabe referenciar el artículo 172-23 del Code des assurance que rige en igual sentido: *“El asegurado debe contribuir al salvamento de los objetos asegurados y tomar todas las medidas necesarias para conservar sus derechos frente a terceros responsables... El asegurado es responsable ante el asegurador del daño causado por la inejecución de esta obligación cuando dicha inejecución tiene origen en su culpa o en su negligencia”*.

En consonancia con el silencio del Código de Napoleón, la jurisprudencia francesa tampoco ha reconocido un deber general de minimizar el daño a cargo de la víctima. Soler Presas sostiene que, en algunos casos, los jueces han recogido supuestos paradigmáticos del deber de mitigar el daño evitable dentro de una concepción amplísima de la concurrencia de culpa, más no se registra una valoración de este deber como instituto autónomo dentro del sistema de responsabilidad civil francés. Como ejemplo de esta tendencia de los jueces a valorar la conducta de la víctima en la mitigación del daño bajo el rótulo de la concurrencia de culpas, la autora hace alusión al no sometimiento de la víctima de una lesión física a un tratamiento quirúrgico, con escaso riesgo, cuando puede curar las secuelas del daño, supuesto que ha sido recibido en tales términos por la jurisprudencia⁵¹⁸.

Esta situación ambivalente que permitía la aplicación casuística de la figura fue restringida considerablemente por dos fallos dictados por la Corte de Casación que datan del año 2003. En el primero, la Sala Comercial de la Corte aprobó lo resuelto en segunda instancia cuando no se admitió una limitación de la indemnización de perjuicios en la que el acreedor de ésta había corrido algunos riesgos. En el segundo, la Sala Civil del Tribunal Supremo francés derechamente rehusó admitir la existencia de una obligación de moderar el daño. Estas sentencias tuvieron como denominador común el rechazo del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima como institución general⁵¹⁹.

Podemos concluir, en suma, que el derecho francés no contiene disposición alguna

⁵¹⁸ Cf. SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en Anuario de Derecho civil, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 960.

⁵¹⁹ Cf. LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado, Colombia, Ed. Legis Editores S.A., 2007, pag. 326.

que regule autónomamente la mitigación del daño evitable. La jurisprudencia más reciente tiende a restarle virtualidad a este deber. De lege lata, un sector minoritario de la doctrina, encabezado por Durant y Demogue, defiende la vigencia general del instituto sobre la base de principios jurídicos como la buena fe. En tanto que la mayor parte de la doctrina, conformada principalmente por Viney, Larroumet, Jourdain, consideran que no hay suficiente sustento normativo como para justificar la validez y eficacia del instituto. Con todo, de lege ferenda, la mayor parte de la doctrina promueve una reforma legislativa para incorporar orgánicamente la figura al sistema de responsabilidad civil francés.

4.2. Austria.

El Código Civil austriaco, de indiscutida raigambre germánica, no guarda silencio en el tema sub examine. Es así como el artículo 1304 dispone: *“Si en el daño concurre la culpa de la víctima, esta lo soportará proporcionalmente con el autor del daño, y si no se puede determinar la proporción lo asumirán por partes iguales”*⁵²⁰.

No hay aquí un reconocimiento pleno de la autonomía del mentado deber. La norma no ofrece sólido basamento para sostener la exigibilidad de conductas positivas a cargo de la víctima en orden a la mitigación del daño, sino tan sólo para vedar procederes que agraven efectivamente el daño.

4.3. Québec.

El artículo 1479 del Código Civil de la Provincia de Québec, impera: *“La persona que es obligada a reparar un daño no responde de la agravación del perjuicio que la víctima podía evitar”*.

A esta norma le caben las mismas observaciones que al Código Austríaco.

4.4. Rumania.

⁵²⁰ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño..., op. cit., pag. 216.

El artículo 1531 del Código Civil rumano, por de pronto el más reciente, promulgado a finales de 2011, y modificado en puntuales aspectos en el año 2012, se ocupa de la evitación del daño (ejecución por equivalente), en los siguientes términos: *“Reparación integral (1). El acreedor tiene derecho a la reparación integral del perjuicio que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento... (2) El perjuicio incluye la pérdida efectivamente sufrida por el acreedor y el beneficio del que es privado. Para determinar el alcance del perjuicio, también serán tenidos en cuenta los gastos incurridos por el acreedor, dentro de límites razonables, para evitar el perjuicio... (3) El acreedor tendrá derecho a la reparación del perjuicio extrapatrimonial”*⁵²¹.

El legislador rumano tampoco instituye expresamente este deber. Sin embargo, al regular el contenido del quantum respondere, ordena tener en cuenta los gastos incurridos por el acreedor dentro de límites razonables para evitar el perjuicio. Queda el interrogante de si la evitación es una conducta debida de acuerdo a la legislación positiva o si se trata de una conducta simplemente permitida, no ordenada, cuya realización da a derecho a obtener el reembolso de las erogaciones efectuadas para evitar el daño.

5. Derecho trasnacional o de integración.

La tendencia que ha marcado al derecho trasnacional es el reconocimiento expreso del deber de mitigar el daño evitable como instituto autónomo a cargo de la víctima. Tal es así que algunos instrumentos internacionales no sólo se limitan a registrar esta figura, sino que además delimitan el régimen jurídico aplicable.

A continuación, identificaremos las fuentes internacionales más relevantes que regulan esta exigencia.

- La Convención de La Haya, ley uniforme sobre la venta internacional de bienes que data del 1 de Julio de 1964, establece en el art. 88: *“La parte que invoca la contravención al contrato está obligada a tomar todas las medidas razonables a fin de disminuir la pérdida sufrida, si ella no cumple con esto, la otra parte puede demandar la*

⁵²¹ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño..., op. cit., pag. 217.

reducción de la indemnización”.

Con formulación escueta y precisa, el artículo precitado describe los trazos esenciales del instituto: 1) obligación del acreedor de adoptar todas las medidas para disminuir el daño –se trataría pues de un deber de medios, no de resultado-, 2) razonabilidad de las medidas, como principio y límite para determinar el alcance del débito conductual exigible al acreedor, 3) reducción de la indemnización como efecto jurídico derivado del incumplimiento de dicho deber.

- La Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, comúnmente conocida como Convención de Viena, prevé en el art. 77: *“La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”.* Nos remitimos aquí al análisis realizado sobre la norma, en el título 7 del capítulo III de la parte A.

-En el ámbito europeo, cabe referenciar al Reglamento de la Unión Europea (Roma II). Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. El reglamento de Roma II de la Unión Europea número 864, del 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, en sí mismo vinculante, alude directamente, y con carácter general, a la prevención, resaltando su lugar y su función, al igual que se refiere a la cesación del daño. Y lo hace de la siguiente manera: *“Artículo 15 [...] La ley aplicable a la obligación extracontractual con arreglo al presente Reglamento regula, en particular: [...] d) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño [...]”.*

Interpretamos que, dentro de estas atribuciones, se encuentra la facultad del juzgador de reducir la extensión del resarcimiento toda vez que ello se funde en la inobservancia del deber de prevención ex ante o ex post del daño ocurrido. Obviamente, una de las pautas que determina la juridicidad de esta medida está ligada a la relación de adecuación y proporcionalidad que exista entre la no mitigación del daño evitable por parte de la víctima y el incremento de la extensión final del daño.

- Los Principios de Unidroit, que también rigen en el derecho europeo, expresan los criterios rectores sobre los contratos comerciales internacionales. Lo más destacable, a nuestros fines, es que recogen claramente el deber de mitigar el daño evitable por parte de

la víctima. El art. 7.4.8. le confiere tratamiento normativo al tema: *“Atenuación del daño.”*(1) *La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonable efectuado en un intento por reducir el daño ”*⁵²².

Como ocurre con otras fuentes ya analizadas en el derecho comparado, el deber de mitigar el daño evitable se infiere aquí por vía consecuencial. Esto significa que la exclusión del daño sufrido por la parte perjudicada de la extensión del daño indemnizable, en tanto el perjuicio haya podido ser reducido mediante la adopción de medidas razonables, es el efecto jurídico que trasluce la existencia de un deber de mitigar el daño evitable, cuyo incumplimiento se sanciona justamente con la aludida limitación del resarcimiento debido.

- El Proyecto de Código Europeo de Contratos⁵²³, también conocido como Proyecto Pavía o Gandolfi, reza en el artículo 167 del Proyecto Europeo de Contratos: *“1. No se debe resarcimiento alguno por el daño que no se habría producido si el acreedor hubiera adoptado las necesarias medidas de su incumbencia antes de que aquél se produzca”. “2. El agravamiento del daño que el acreedor hubiera podido impedir después de verificado éste, adoptando las medidas necesarias no es reparable”. “3. Si una acción o una omisión del acreedor ha concurrido a causar el daño, el resarcimiento se reduce respecto de las consecuencias derivadas de ella”. “4. Es relevante, a los efectos del apartado precedente, el hecho de que el deudor no haya sido advertido, por el acreedor, de los singulares riesgos, conocidos o debidos conocer por él, consustanciales con el cumplimiento”.*

El Proyecto continúa la línea de los instrumentos precitados, en el sentido de que reconoce el deber de mitigar por vía consecuencial.

Otra nota típica de esta fuente es que el radio operativo de la figura comprende un lado pasivo consistente en no agravar el daño, y un lado activo que supone adoptar

⁵²² Cf. LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado, Colombia, Ed. Legis Editores S.A., 2007, pag. 330 y ss. Contextualiza el autor que: *“el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado (Unidroit) fue creado en Roma en el año 1926. Como lo señala su estatuto orgánico, el propósito de este Instituto es estudiar los medios de armonización y coordinación del derecho privado de los Estados y de los grupos de Estados, y preparar gradualmente la adopción por los diversos Estados de reglas uniformes de derecho privado. (...) Fue en cumplimiento de este propósito que en el año 1994 se aprobaron los principios Unidroit, que son reglas generales aplicables a los contratos comerciales internacionales. Sin embargo, estos principios han sido catalogados como una compilación puramente privada, que puede ser incorporada por las partes a un contrato”.*

⁵²³ Entre sus fuentes, se menciona el artículo 77 de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercadería y el art. 1227 del Codice Civile de 1942.

positivamente las medidas razonables para mitigar la extensión del perjuicio.

La mayor novedad del Proyecto es que reconoce como causa de inaplicabilidad del mentado deber la falta de anoticiamiento por parte del deudor al acreedor de los singulares riesgos, conocidos o debidos conocer por él, consustanciales con el cumplimiento. En realidad, la norma proyectada no hace otra cosa más que identificar un supuesto puntual de inobservancia del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Así especifica que si los riesgos relativos al cumplimiento de la obligación son conocidos o debían ser conocidos por el acreedor y el deudor, que no debía conocerlos por sus características especiales o imprevisibles, y que no fue debidamente informado sobre tales riesgos, habría, pues, una violación del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

- El Marco Común de Referencia, en su artículo III, establece: “*Reducción de la pérdida.*”(1) *El deudor no es responsable de la pérdida sufrida por el acreedor en la medida que el acreedor podría haberla reducido tomando medidas razonables*”. “(2) *El acreedor tiene derecho a recuperar los gastos razonables en que incurra en pretender reducir las pérdidas*”.

La norma ratifica la regla enunciada por los instrumentos prenombrados y regula, sobre la base del principio de razonabilidad, el derecho del acreedor a reembolsar los gastos razonables en que hubiese incurrido para reducir las pérdidas.

- Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil preceptúan en el art. 35: “*Los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables*”. Esta norma se limita a mantener su concordancia con el Marco Común de Referencia.

En el plano de la realidad práctica, debemos resaltar que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima se ha convertido en un principio general del derecho internacional, en particular del derecho comercial internacional.⁵²⁴

Esta figura ha venido siendo aplicada desde hace varias décadas en un creciente número de sentencias.

A título ilustrativo, en 1974, un laudo dictado por un tribunal de arbitraje constituido bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París, en oportunidad de pronunciarse sobre el incumplimiento del comprador en la recepción de las mercaderías, y ante la pasividad del vendedor ante tal incumplimiento, juzgó que “*ante tal*

⁵²⁴ MUSTILL, Michael, *The New Lex Mercatoria: The first Twenty-Five Years*, Arb. Int’l, 1988, pag. 86-119. DERAIS, Yves, *L’obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, Paris, Ed. RDAI, 1987, pag. 375. GOLDMAN, Robert, *La lex mercatoria dans les contracts et l’arbitrage international: réalité et perspectives*, Paris, Ed. Clunet, 1979, pag. 475.

actuación el vendedor teniendo en cuenta su organización e importancia a nivel internacional, debería haber contratado otros compradores [...]”. Como consecuencia lógica, el tribunal dispuso la disminución de la indemnización por los daños y perjuicios causados. En otro caso, que data de 1982, el tribunal resolvió que *“pertenecía a la parte dañada tomar todas las medidas necesarias para no aumentar más los daños que se habían producido”*⁵²⁵.

En el plano de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Corte, cuya jurisprudencia es obligatoria para los Estados Parte de la Convención interamericana de Derechos Humanos⁵²⁶, ha resuelto: *“El Estado tiene responsabilidad internacional por incumplir [el] deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal”*. En este aspecto, debemos señalar que la comprensión amplia de la prevención, en su faz ex ante y ex post, luce coherente con el principio pro homine que tiende a maximizar la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana. Conforme a ello, podemos notar que en el sistema de protección americano de derechos humanos, existe un reconocimiento indirecto, pero no por eso menos categórico, del instituto.

6. Conclusiones particulares.

La cuestión de la mitigación del daño evitable ha suscitado respuestas jurídicas diversas en el derecho comparado. Desde una regulación jurídica expresa y exhaustiva sobre el instituto en algunos sistemas hasta el más liso y llano desconocimiento de la exigencia en otros.

El estudio panorámico de varios ordenamientos jurídicos nos ha brindado la posibilidad de conocer diferentes alternativas sobre cómo regular el problema de la mitigación del daño y, lo que es igual o más valioso, nos ha proporcionado también la oportunidad de constatar de qué modo funcionan en la práctica tales sistemas.

A partir de la observación atenta de las experiencias de otros países, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

⁵²⁵ Laudo CCI n° 2103 y 3334. En sentido concordante, se pronunciaron en Laudo n° 2142, 2216, 2508, 2520, id.

⁵²⁶ C.I.D.H., in re *“Almonacid Arellano y otros c. Gobierno de Chile”*, (26/11/06); *“La Cantuta c. Perú”*, (29/11/06); *“Boyce y otros c. Barbados”*, (20/11/06); *“Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú”*, (24/11/2006).

- Existen tres grandes sistemas normativos en el derecho comparado. 1) Un primer grupo de ordenamientos jurídicos consagran expresamente el deber de mitigar el daño evitable como instituto general y autónomo. 2) Otros que no receptan el deber de mitigar el daño evitable como instituto general y autónomo, sino que encuadran impropiaamente el problema de la mitigación del daño evitable a través de otras figuras. 3) Y, finalmente, los que, sin tener una ley que instituya con carácter general a la figura de referencia, poseen principios y reglas generales y particulares desde los cuales es posible fundamentar, merced a una hermenéutica integradora y compleja, la validez del deber de mitigar el daño evitable a cargo de la víctima.

- Actualmente, el sistema que tiende a prevalecer cuantitativamente en el derecho comparado es aquel que, sin establecer expresamente el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima a nivel legislativo-general, lo incorpora al ordenamiento jurídico por medio de una hermenéutica teleológica, axiológica y expansiva de las reglas y principios que dominan la materia.

Se trata de un sistema que requiere un fino sentido jurídico por parte de la judicatura. Es que, ante el silencio de la norma legal, el reconocimiento del instituto depende de jueces que no reduzcan el derecho a una aplicación mecánica de la ley sino a la búsqueda de lo justo concreto sobre la base de las distintas fuentes de derecho y de una interpretación armónica de los normas y principios que se condensan en tales fuentes.

Sin perjuicio de que consideremos que la discrecionalidad judicial constituye, en ciertos supuestos, una prerrogativa justificada debido a la imposibilidad de la ley para anticipar todas las situaciones que puedan acontecer en la realidad, no es menos cierto que cuando el legislador puede prever soluciones justas con carácter general, debe hacerlo.

- Por tal motivo, estimamos que el sistema que mejor funciona en el derecho comparado no es éste, sino aquel que reconoce expresamente la existencia autónoma y general del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima y que, sobre tal base, reglamenta orgánicamente el alcance, los límites, los efectos y tantas otras cuestiones referidas al instituto estudiado.

La norma legal tiene la gran ventaja práctica de igualar a los justiciables en cuanto es válida con independencia del tribunal que la aplica. Asimismo, posee una cuota de objetividad y predeterminación que reduce sensiblemente las posibilidades de que se obtengan soluciones jurídicas sustancialmente diferentes para casos semejantes. Especialmente en cuestiones dudosas o controvertidas, es altamente recomendable que la ley defina el criterio de resolución aplicable.

Esta preferencia por las normas legales no debe percibirse como una censura

judicial que inhiba a los magistrados en su tarea de realizar una interpretación jurídica de las normas legales. Es que, hasta la norma más predeterminada en forma y contenido, requiere una interpretación que garantice el adecuado pasaje de la regla general al caso particular. Por eso, insistimos, la norma no anula la valoración del juzgador, sino que la encauza, ordena y orienta.

Ahora bien, frente al vacío legal, hay que tomar posición. O se piensa bajo la lógica de lo que no está regulado, no existe. O se integra la laguna sobre la base de las normas análogas y los principios y valores jurídicos. Ese es el dilema. Con buen criterio, la postura dominante en el derecho comparado se inclina por la segunda opción.

- Por último, existe, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos estudiados, cierta tendencia a encapsular el instituto analizado dentro de los contornos de la culpa de la víctima. Nos parece ésta una opción desaconsejable por cuanto procura regular una realidad determinada -cual es la mitigación del daño evitable posterior por parte de la víctima- con normas y principios aplicables a una realidad diferente cuyo adecuado tratamiento exige una modificación o, cuanto menos, una adaptación de dichas reglas.

Como consecuencia práctica de nuestra cosmovisión iusfilosófica inspirada en el realismo jurídico clásico, consideramos que, aún en estos sistemas, es posible afirmar la validez del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Por más que no exista una norma legal o consuetudinaria, o bien la jurisprudencia de los tribunales sea refractaria a la admisión del instituto, existe una exigencia racional fundada en la naturaleza humana social que demanda que la víctima no adopte una actitud desaprensiva e indolente ante el padecimiento de un daño, sino que colabore activamente, dentro de límites razonables, para mitigar los efectos derivados del perjuicios. Se trata de un deber natural en torno al cual se verifican las cinco causas del derecho. Sobre la fundamentación iusnatural del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, remitimos al punto título 6.11. del capítulo III de la parte A.

PARTE B.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEBER DE MITIGAR DEL DAÑO EVITABLE POR PARTE DE LA VÍCTIMA EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO.

En esta parte, nos ocuparemos de estudiar la regulación que el ordenamiento jurídico le confiere al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Primeramente, analizaremos la inserción global del instituto en el sistema del derecho de daños. Entendemos que este es el ámbito estructural y funcional desde el cual la figura proyecta sus efectos propios sobre las restantes ramas jurídicas.

En segundo término, nos abocaremos a perfilar los aspectos jurídicos prácticos de la mitigación del daño evitable. Apuntaremos, en tal sentido, a explicar cómo funciona este deber en la realidad jurídica concreta. Delimitar su radio de actuación, definir sus modalidades expresivas, identificar sus límites y alcances, precisar los requisitos, determinar sus efectos, serán alguno de los desafíos cognoscitivos que procuraremos realizar en los siguientes capítulos.

En perspectiva global, podrá apreciar el lector que la primera parte de la tesis estuvo orientada a responder si existe un deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el orden jurídico argentino y a justificar la relevancia práctica de desentrañar este interrogante. La segunda, sobre la base de una conclusión positiva de la hipótesis inicial, estará enderezada a determinar el régimen jurídico aplicable a este instituto.

CAPÍTULO I

IMPACTO ORGÁNICO DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO POR PARTE DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO DE DAÑOS.

SUMARIO: 1. ¿Por qué una visión sistémica? 2. El deber de mitigar en el sistema resarcitorio. 3. Ubicación temática del instituto. 4. Revisión de los presupuestos generales de responsabilidad a la luz del deber de mitigar el daño por parte de la víctima. 5. Extensión del resarcimiento y deber de mitigar. 6. Tensión jurídica entre el deber de mitigar y el principio de reparación integral del daño. 7. Consecuencias metodológicas del deber de mitigar el daño evitable en el procedimiento de determinación de la responsabilidad civil por daños. 8. Ámbito contractual y extracontractual del deber de mitigar. 9. Conclusiones particulares.

1. ¿Por qué una visión sistemática?

“El daño menoscaba la vida, mientras que la prevención y la reparación la favorecen.

El derecho es para la vida, y la justicia viva es la única verdadera”

(Matilde Zavala de González)

El estudio del régimen jurídico aplicable al instituto de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima no puede abordarse en forma aislada. Es imposible comprender plenamente los aspectos prácticos de una figura jurídica sin tener presente su ubicación global en el ordenamiento jurídico.

Las instituciones no funcionan de modo inorgánico e inconexo, sino que operan dentro de sistemas y subsistemas que mediatizan la relación entre aquéllas y el orden jurídico. En la faz práctica, esta particular ubicación obliga a interpretar, integrar y aplicar las soluciones jurídicas establecidas en sintonía con el sistema al cual pertenecen.

Cada sistema contiene un complejo de reglas y principios determinados que informan y perfilan las características de los institutos que lo integran. Vrg.: el contrato de locación de servicio presenta una regulación diferente según nos situemos en el derecho civil y comercial, o en el derecho administrativo. Y esto no se debe únicamente a las diferencias que pueden existir en el modo de regular el tipo contractual concreto en cada uno de los ámbitos mencionados, sino también en los específicos principios rectores que operan en éstos.

Por lo expuesto, consideramos que el funcionamiento práctico de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima debe realizarse desde su campo natural de actuación, cuál es el derecho de daños. Si bien es cierto que la figura en cuestión se expresa como un deber derivado del principio general de buena fe, su principal plasmación funcional se produce en cuanto regla jurídica limitativa de la extensión del resarcimiento de daños y perjuicios.

En orden a tal fin, nos abocaremos a investigar de qué modo se inserta el instituto en cuestión dentro del sistema de derecho de daños: su emplazamiento y ubicación, el impacto orgánico en los presupuestos generales de la responsabilidad civil, su particular eficacia sobre la extensión del resarcimiento, las adaptaciones que exige su internalización en el proceso mental del juez para determinar la responsabilidad civil, su armonización con el principio de reparación integral del daño y su manifestación diferenciada según nos encontremos en el ámbito contractual o extracontractual.

2. El deber de mitigar en el sistema resarcitorio.

El derecho de daños es la rama del ordenamiento jurídico que engloba todas las cuestiones vinculadas con la prevención, la reparación del daño y –eventualmente- con la punición y el pleno desmantelamiento del ilícito dañoso⁵²⁷.

El derecho de daños gira en torno a la noción de responsabilidad. Si no fuera por ella, carecería de lógica hablar de daño en sentido jurídico. La responsabilidad se sintetiza como aquello que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción⁵²⁸.

La disciplina que nos convoca, más que cualquier otra, está expuesta a las exigencias de los cambios sociales, tanto para ensayar respuestas a las nuevas problemáticas como para reinventar sus procedimientos operativos en orden a un tratamiento actualizado y adecuado al fenómeno dañoso. El profesor brasileiro José de Aguiar Días lo expresa agudamente: “[...] *el instituto de la responsabilidad civil es esencialmente dinámico, tiene que adaptarse en la misma proporción en que evolucione la civilización, tiene que estar dotado de flexibilidad suficiente para ofrecer, en cualquier época, el medio o procedimiento por el cual, frente a nueva técnica, nuevas conquistas, nuevos géneros de actividad, asegure la finalidad de restablecer el equilibrio deshecho a causa del daño, considerado, en cada tiempo, en función de las condiciones sociales entonces vigentes*”⁵²⁹.

Cualquier ilícito contractual o extracontractual –e incluso cualquier hecho lícito en determinados casos puntuales- puede comprometer la responsabilidad civil de una persona en la medida de que se verifiquen una serie de presupuestos comunes. A saber: hecho generador, factor de atribución, daño resarcible, relación de causalidad⁵³⁰.

Los presupuestos representan condiciones básicas que deben observarse necesariamente en toda relación jurídica resarcitoria. Sin embargo, cada área de actuación práctica de la responsabilidad (ej. accidentes de tránsito, daño ambiental, daño genético,

⁵²⁷ PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit, Tomo II pag. 462 y ss.

⁵²⁸ GAGLIARDO, Mariano, Significación actual de la responsabilidad civil, publicado en La Ley, 11/11/2011, 2011-F, 965.

⁵²⁹ AGUIAR DIAS, José de, Tratado de la responsabilidad civil, t. i, México, Editorial José M. Cajica, 1996, pag. 32.

⁵³⁰ TRIGO REPRESAS, Felix, Presupuestos de la responsabilidad civil, publicado desde la Academia Nacional de Derecho en el Diario de Responsabilidad Civil y Seguros de La Ley, 2004-249. “*Los elementos de la responsabilidad civil son: un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico -antijuridicidad o ilicitud-; que además provoca un daño a otro; la relación de causalidad entre aquel hecho y el daño ya mencionado; y un factor de atribución de la responsabilidad, que el ordenamiento estima suficiente para sindicar o señalar a quien o quienes considere como responsables*”.

incumplimiento contractual, etc.) exige una adaptación especial de los presupuestos típicos a las características particulares de la situación de que se trata. Aún más, dentro de cada área, las diferencias ontológicas entre caso y caso demandan una aplicación diferenciada de las reglas del sistema de responsabilidad civil.

Si nos detenemos a pensar en la estructura lógica del sistema de responsabilidad civil, podemos advertir sin demasiada dificultad que estos presupuestos están ideados sobre un modelo mental que contempla una transición fáctica desde una situación de indemnidad a una situación de daño.

En esta lógica, la particularidad del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima es que contempla un paso desde una situación de daño a una situación de mayor daño o, más específicamente, a una situación de intensificación, de expansión del daño originario y/o generación de nuevos daños.

Esta variación en el supuesto de hecho produce una modificación substancial en cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, lo cual será materia de análisis infra.

3. Ubicación temática del instituto.

Como ya hemos estudiado en el título 7 del capítulo III de la parte A, en el derecho de daños es posible reconocer diferentes posiciones respecto a la ubicación temática del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Identificamos, en tal aspecto, una postura que ubica este instituto en el plano de la relación de causalidad pero sin conferirle una denominación concreta.

Al decir de De Ángel Yágües, el nexo de causalidad entre el evento dañoso y sus posteriores consecuencias se interrumpe en razón de la evitabilidad de las mismas; es decir, un daño deja de ser consecuencia necesaria y, por tanto, pierde su condición resarcible cuando quien lo sufre pudo haberlo evitado o aminorado en su propio interés, mediante la debida diligencia⁵³¹.

Dentro de esta corriente, San Martín acota que la causalidad tiene dos funciones: la primera, dirigida a determinar el *an deletatur* establece una conexión entre el hecho del agente y el daño que se lamenta; la segunda, concerniente al *quantum respondeatur*, sirve

⁵³¹ DE ÁNGEL YÁGÜES, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Madrid, Ed. Civitas, 1993, pag. 845.

para determinar cuáles daños de los efectivamente soportados por el demandante, deben ser soportados por el demandado; en otras palabras, fija la extensión de la obligación del resarcimiento⁵³².

La mayoría de los autores italianos y de América Latina admiten esta doble función y no dudan en poner el deber de mitigar el daño evitable dentro de la causalidad, específicamente como hipótesis de interrupción del nexo causal. Otros, como Hinestroza, dentro de esa línea básica, son más propensos a caratular la cuestión dentro del supuesto de concurrencia de culpas⁵³³.

Creemos desatinado ubicar la figura en el presupuesto de la relación de causalidad, en razón de que el deber de mitigar el daño evitable implica la preexistencia de un perjuicio base en relación de causalidad con el hecho productor. Dicho de otro modo, el juicio de causalidad jurídica se encontraría ya verificado. Lo que se analiza aquí no es propiamente un nexo causal, sino el carácter reprochable o no –a la luz del principio de buena fe- de la conducta asumida por la víctima frente a un perjuicio ocasionado, consumado o en curso, que puede ser mitigado total o parcialmente o que, al menos, puede ser detenido en su evolución mediante la adopción de medidas razonables.

Si bien es cierto que en caso de que a la víctima le sea reprochable haber agravado el daño o no haber adoptado las medidas razonables para mitigarlo, será necesario efectuar un segundo juicio de causalidad a los efectos de apreciar la proyección de la conducta agravatoria u omisiva en la mayor expansión del daño o en el surgimiento de nuevos perjuicios, no puede soslayarse empero que tal análisis configura un complemento operativo de una ponderación jurídica más amplia.

Existe otra tesis, a la cual adherimos, que absorbe estas consideraciones y, en consecuencia, sostiene que el deber de mitigar el daño, más que un problema causal, entraña un criterio ulterior de delimitación del *quantum respondeatur*. Presupone, pues, la causación fáctica de un daño y la imputación jurídica de este al deudor.

El deber de mitigar no es un problema de concurrencia del acreedor en la producción del daño. Es decir, no es un problema causal⁵³⁴.

El instituto debe ser emplazado en una instancia lógica ulterior a la declaración judicial de la conducta como civilmente responsable. Tal instancia no es otra que la que corresponde a la determinación de la extensión del resarcimiento, es decir la que concierne

⁵³² Cf. SAN MARTIN, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2012, pag. 293.

⁵³³ HINESTROSA, Fernando, Tratado de las obligaciones, t. 1, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, pag. 779

⁵³⁴ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, op. cit., pag. 65 y ss.

a la selección jurídica de los daños que deberán ser resarcidos por el demandado responsable.

Amén de estas dos posiciones clásicas, podemos reconocer otros criterios alternativos de ubicación temática del instituto.

Hay autores, por ejemplo, que analizan el principio de la mitigación del daño al momento de estudiar la buena fe contractual. Ordoqui Castilla se refiere a ella como vía de ilustración del radio operativo de este principio jurídico⁵³⁵.

No estamos de acuerdo en ceñir el alcance del instituto al principio de buena fe. Aceptamos que el deber de mitigar el daño evitable, tal como lo hemos puesto de manifiesto a la hora de fundamentar su validez, constituye una expresión significativa del principio de buena fe. Sin perjuicio de ello, pensamos que la comprensión integral del instituto como su eficacia práctica reclaman, además, una vinculación estructural y funcional con el sistema de responsabilidad civil, ámbito en el que la figura destella sus consecuencias más relevantes⁵³⁶.

Existen juristas que se han ocupado de la figura al referirse a la razonabilidad del derecho de los contratos, o sea como pauta regente en materia contractual⁵³⁷.

A quienes posicionan el deber de mitigar el daño evitable en este marco cabe contestarles que, a pesar de que esta exigencia jurídica funciona como pauta de interpretación, integración y aplicación de los contratos, no es menos cierto que también extiende sus efectos al vasto campo de la responsabilidad extracontractual, tal como lo justificaremos infra.

También están quienes estudian el instituto de modo autonómico sin ubicarlo en un tema o subtema concreto, a modo de opúsculo, artículo, monografía, etc. Deber de mitigar el daño, carga de no agravar el perjuicio, la obligación de minimizar el daño, por mencionar alguno de los rótulos utilizados a nivel doctrinario para independizar la cuestión respecto al régimen general de responsabilidad civil⁵³⁸.

⁵³⁵ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, Buena fe contractual, Bogotá, Ed. Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pag. 623 pag.

⁵³⁶ HINESTROSA, Fernando, Tratado de las obligaciones, t. 1, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, pag. 779

⁵³⁷ HABINAVALONA RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Le raisonnable en droit des contracts, Paris, L.G.D.J., 2009, págs. 330.

⁵⁴⁰ Cf. CRESPO, Mariana Medina, op. cit., pag. 249 y ss. En esta inteligencia, Medina Crespo plantea que una de las reglas básicas del deber de mitigar consiste en negar (privar de un derecho) el resarcimiento por aquellas pérdidas que el perjudicado podía haber evitado mediante un esfuerzo razonable.

Consideramos que si bien es cierto que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima tiene autonomía jurídica -como ya lo hemos demostrado en el título 7 del capítulo III de la parte A-, ello no significa que el instituto merezca una consideración aislada o separada del sistema de responsabilidad civil, sino tan sólo que no debe ser confundido con cualquiera de los demás elementos de la responsabilidad civil. Naturalmente esto implica flexibilizar las concepciones rígidas sobre el sistema para hacerlo permeable a las nuevas exigencias jurídicas que se desprenden de los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico.

Finalmente, reconocemos otra posición, a la cual adherimos plenamente, que ubica el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima dentro de la tutela preventiva de la responsabilidad civil. Esta es la postura que recepta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, el art. 1710 inc. b y c se halla dentro de la Sección 2ª relativa del Capítulo I del Título V del Libro III, ámbito en el que se regula la función preventiva de la responsabilidad civil.

Entendemos, pues, que la metodología empleada logra articular adecuadamente la fisonomía del instituto y su inserción en el sistema de responsabilidad civil, toda vez que vincula a la exigencia con la función que el ordenamiento jurídico le asigna en el derecho de daños.

4. Revisión de los presupuestos generales de responsabilidad a la luz del deber de mitigar el daño por parte de la víctima.

Proponemos, aquí, una somera revisión de los presupuestos generales de la responsabilidad civil en relación al instituto que nos ocupa. En el siguiente capítulo, nos detendremos in extenso en cada uno de los presupuestos típicos.

El objetivo de este título apunta meramente a mostrar el impacto transformador del deber de mitigar el daño evitable en la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil. Se trata de avizorar las particularidades y matices que asumen cada uno de estos presupuestos cuando nos situamos en el ámbito de aplicación del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

A continuación, reexaminaremos cada uno de los presupuestos generales de la responsabilidad del dañador en el contexto aludido:

- Hecho generador o “*mal llamada antijuridicidad de la conducta*”. Técnicamente, la expresión “*hecho generador*” se corresponde con la de “*hecho humano*” (art. 897 del Código Civil; art. 257 del Código Civil y Comercial), ya sea voluntario o involuntario, ya sea positivo o negativo.

Comprende cualquier acción u omisión con potencialidad dañosa. Partimos de un concepto amplísimo, toda vez que advertimos que no siempre la acción u omisión que causa el daño configura una conducta antijurídica y, a veces, ni siquiera una conducta. Vrg. daño causado por sujeto incapaz, que resulta resarcible en virtud del factor equidad (art. 907 del Código Civil; art. 1750 del Código Civil y Comercial).

- Daño originario, es toda lesión a un interés no ilícito cuya indemnidad esté tutelada por el derecho. Se lo denomina originario, pues es el perjuicio que antecede a la ocurrencia del daño evitable que, por lo general, suele ser una prolongación o intensificación de aquel o bien un nuevo daño causalmente conectado con éste.⁵³⁹.

- Relación de causalidad entre el hecho generador y el daño originario. Debe existir una conexión causal necesaria entre el hecho generador y el daño originario. Dicho de otro modo, el daño evitable debe guardar una relación de causalidad exclusiva o concurrente con el hecho generador atribuible al responsable. En caso contrario, no habrá responsabilidad por daños y, por ende, no tendrá asidero el problema de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima⁵⁴⁰.

- Factor subjetivo u objetivo atribuible al responsable del daño. Se trata del elemento axiológico-jurídico en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas derivadas de una conducta a una persona determinada.

En virtud de este elemento, el responsable podría ser el dañador o un tercero.

Este factor puede ser objetivo o subjetivo. Algunos autores plantean que el único factor de atribución que no haría operativo el deber de la víctima de mitigar el daño es el dolo del agente⁵⁴¹.

Desde una visión panorámica, y sin perjuicio de la profundización ulterior que haremos del tema en el capítulo siguiente, podemos observar que la aplicación del régimen jurídico del deber de mitigar el daño evitable incide sensiblemente en los presupuestos de la responsabilidad civil.

⁵³⁹ Cf. VISINTINI, Giovanna, op. cit. pag. 265 y ss.

⁵⁴⁰ Cf. .PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 94 y ss.

⁵⁴¹ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, tomo III, op. cit. 613.

5. Extensión del resarcimiento y deber de mitigar.

Por extensión del resarcimiento hacemos referencia a la medida o porción del daño en sentido jurídico que debe indemnizar una persona en virtud de un hecho por el que se le atribuye responsabilidad⁵⁴².

El sistema del Código Civil establece que la extensión del resarcimiento se mide, en principio, tomando en cuenta la relación de causalidad con prescindencia del reproche subjetivo que merezca la conducta (arts. 902 a 906, 1068 y 1069 del Código Civil; arts. 1726, 1727, 1728, 1738 1739 y 1740 del Código Civil y Comercial). Excepcionalmente, el factor de atribución subjetivo tiene incidencia para extender el ámbito de la reparación cuando el agente actúa con dolo (arts. 506, 906 del Código Código Civil; arts. 1728 del Código Civil y Comercial)⁵⁴³.

El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no sólo prefigura la fisonomía de los presupuestos de la responsabilidad civil, sino que además opera como límite negativo de la extensión del resarcimiento debido a la víctima.

El problema estriba en determinar cuál es la influencia exacta que el incumplimiento de este deber genera sobre la extensión del resarcimiento debido.

En tal sentido, hemos podido distinguir cuatro posiciones básicas:

a) Quienes consideran que el incumplimiento de la exigencia constituye culpa de la víctima como eximente de responsabilidad que interrumpe el nexo causal. Por ende, en tales casos niegan la responsabilidad del sindicado, si la culpa de la víctima fue la causal

⁵⁴² Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Tomo III, op. cit., pag. 168.

⁵⁴³ En el derecho comparado, es posible distinguir tres grandes sistemas: 1) Sistema subjetivo: considera el comportamiento del agente que causó el daño, y gradúa la obligación de resarcir sobre la base del reproche subjetivo que merezca su conducta en el caso concreto. En tanto el dolo genera una responsabilidad absoluta, la culpa mitiga su rigor. La responsabilidad objetiva acota aún más la reparación debida. Ej. Código Suizo. 2) Sistema objetivo: consagra el principio de la reparación integral que implica dejar a la víctima y al acreedor en las mismas condiciones y situación en que se encontraban con anterioridad a sufrir el evento dañoso sin formular distinción entre delitos, cuasidelitos y supuestos de responsabilidad objetiva. Ej. Código alemán, 3) Sistema intermedio que establece una dualidad de régimen. En materia contractual se distingue entre responsabilidad objetiva y culpa, por un lado, y supuestos de dolo, por el otro. En esta última hipótesis, la reparación es mayor. Ej. Código de España y Francia. Ver MEZA, Jorge A., Responsabilidad contractual objetiva, publicado en Jurisprudencia Argentina, 1990-I-742.

exclusiva en la ocurrencia del daño. O afirman una responsabilidad atenuada del sindicado, si la culpa de la víctima no fue la única causa adecuada del daño⁵⁴⁴.

En tal sentido, estos autores justifican su tesis sobre la base de que la causalidad debe ser interpretada en clave jurídica, no mecánica. Es decir, la causalidad jurídicamente relevante no apunta a un mecanismo material, sino al hombre como artífice y protagonista de los procesos y de las situaciones a través de sus actos⁵⁴⁵.

b) Quienes aseveran que el incumplimiento de la exigencia no introduce modificación alguna en la responsabilidad del sindicado –que continúa inalterable-, sino que genera una suerte de dispensa a favor de éste para excusarse de responder por aquellas consecuencias dañosas que, pese a formar parte a priori de la extensión del resarcimiento, se produjeron por falta de diligencia de la víctima para extinguirlos o mitigarlos⁵⁴⁶.

c) Quienes consideran que el incumplimiento de la exigencia hace precluir el derecho de la víctima a ser indemnizada. O sea, el sindicado es responsable, pero la falta de diligencia en la mitigación del daño le impide a la víctima exigir judicialmente el cobro de la indemnización por la totalidad del daño resarcible.

Dicho de otro modo, habría una porción de la extensión del resarcimiento -aquella que coincide con el daño evitable no evitado por causa imputable a la víctima- que no podría ser reclamada judicialmente por la víctima en razón de haber precluido su derecho para hacerlo⁵⁴⁷.

d) Quienes, como nosotros, entienden que el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima produce el efecto de excluir de la extensión del resarcimiento todos aquellos daños cuya ocurrencia se debe a un proceder contrario a la buena fe por parte de ésta.

No se trata de daños respecto a los cuales el demandado no es responsable. Tampoco de daños que integran la extensión del resarcimiento pero que, pese a ello, el

⁵⁴⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, op. cit., pag. 327. El incumplimiento de este deber de colaboración del dañado que le impone adoptar todas las medidas razonablemente útiles para mitigar el daño que, de ser incumplido, la cuota de daño que deriva causalmente de tal circunstancia deba ser considerado como “provocada” por él y, en esa medida, no indemnizable.

⁵⁴⁵ LLAMBIAS, Jorge J., Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes, en Estudios de Derecho civil, homenaje a Héctor Lafaille, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1986.

⁵⁴⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, in re “Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación”, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930. En su voto, la Dra. Kemelmajer de Carlucci sostuvo que este deber trasunta una carga “onere” cuyo incumplimiento precluye el resarcimiento de aquellas pérdidas que podrían haberse evitado o aminorado.

⁵⁴⁷ Cf. CRESPO, Mariano Medina, op. cit., pag. 249 y ss. En esta inteligencia, Mariano Medina Crespo plantea que una de las reglas básicas del deber de mitigar consiste en negar (privar de un derecho) el resarcimiento por aquellas pérdidas que el perjudicado podía haber evitado mediante un esfuerzo razonable.

sindicado está exento de afrontar por encontrarse legalmente dispensado. Ni siquiera de daños indemnizables cuyo reclamo no puede ser efectivizado por haber precluído el derecho de la víctima para ejercer su reclamación respectiva⁵⁴⁸.

El daño evitable por causa reprochable a la víctima directamente no forma parte de la extensión del resarcimiento. Queda a priori excluido de la categoría de daño indemnizable.

6. Tensión jurídica entre el deber de mitigar y el principio de reparación integral del daño.

El régimen jurídico argentino de reparación civil está cimentado sobre el principio de reparación integral del daño.

La idea de reparación integral hace referencia a la situación en la que una persona que ha sufrido un menoscabo o daño injusto, en su patrimonio, o en su persona, obtiene una indemnización de una entidad tal que permite que el estado de cosas actual vuelva a identificarse con el estado de cosas preexistente al suceso dañoso. Indemnizar de manera integral significa borrar todos los efectos del suceso dañoso.

El derecho a la reparación integral es el derecho que tiene todo damnificado a que le sean indemnizados todos los daños jurídicos sufridos en un determinado suceso dañoso. No significa que el responsable deba resarcir todo el daño materialmente ocasionado a un tercero, sino únicamente el daño en sentido jurídico.

El núcleo del reconocimiento del derecho a la reparación integral surge, básicamente, de la conjunción y la interpretación armónica de los arts. 15, 17 y 19 de la CN y 21 inc. 2 y 29 inc. c de la Convención Americana de Derechos Humanos. El Código Civil y Comercial ha venido a tecnificar y “*co-legitimar*” la aplicación de estas normas convencionales como pauta de interpretación e integración de las normas jurídicas iusprivatistas (arts. 1 y 2).

En un orden de implicancia colateral, y reforzando la interpretación de estas normas, la cláusulas igualitarias de los arts. 16, 37 y 75 inc. 23 de la CN, y 1 inc. 1 de la Convención Americana juegan un papel importante en la conformación del derecho a la reparación integral. Más difusamente y con menor fuerza normativa, pero confirmando la

⁵⁴⁸ VISINTINI, Giovanna, op. cit., pag. 266. Plantea la autora que el daño evitable queda afuera de la selección de las consecuencias jurídicas resarcibles.

interpretación propuesta, en cuanto se relaciona con el objetivo constitucional de afianzar la justicia, el Preámbulo de la CN completa el marco normativo que da origen al derecho a la reparación integral⁵⁴⁹.

Hecha esta introducción, cabe efectuar ahora un análisis normativo más exhaustivo de la cuestión. Podemos afirmar primeramente que de los arts. 17 CN y 21 inc. 2 de la CADH deriva una fuerte protección al derecho de propiedad que, ante el acaecimiento de un suceso dañoso que repercute en el patrimonio de una persona, engendra la obligación de reparar el daño por parte del responsable, mediante una indemnización que no puede afectar a este derecho y que debe ser justa.

Concomitantemente, el art. 29 inc. c de la Convención Americana de Derechos Humanos determina la existencia de un derecho a la reparación integral de los daños extrapatrimoniales, puesto que la protección a intereses espirituales, afectivos y emocionales del ser humano, tutelados por esta norma, sólo se ve satisfecha con el intento de satisfacer y brindar una reparación por tales daños, reparación que para ser satisfactoria debe ser integral.

En similar sentido, el art. 19 de la CN permite derivar una amplia y potente tutela resarcitoria de todo daño, tanto patrimonial como extrapatrimonial, que solo se compadece con una indemnización que intente borrar las consecuencias del suceso dañoso. Ello permite inferir la existencia de un derecho a la reparación integral, es decir, el derecho de quien sufre un daño jurídico a que se le brinde una reparación que tienda a reparar las consecuencias negativas de tal suceso.

El art. 15 de la CN completa el núcleo del derecho a la reparación integral. Este artículo permite derivar un derecho a la reparación integral respecto de sucesos en los que no hay antijuridicidad mas allá de la genérica afectación al principio *alterum non laedere*. Se trata de la llamada responsabilidad por actos lícitos, que importa la atribución de responsabilidad aun cuando el dañador obró en el marco de sus facultades legales, pero la víctima sufrió un daño que no tenía el deber de soportar.

Todo lo expuesto hasta aquí implica que serán necesarias fuertes razones para privar a una persona de una indemnización que se brinda a otras, máxime cuando se trate de personas que pertenecen a minorías discretas o insulares, o tradicionalmente discriminados, o preteridas en sus derechos.

⁵⁴⁹ JUAREZ FERRER, Martín, Las fórmulas indemnizatorias y la reglamentación razonable del derecho a la reparación integral. Criterio jurisprudencial local, publicado en La Ley on line DT 2011 (diciembre) , 3361 • LLC 2011 (diciembre) , 1169.

El objetivo constitucional de afianzar la justicia contenido en el Preámbulo de la CN contribuye a la determinación del derecho a la reparación integral por cuanto la construcción normativa desarrollada es conteste con el objetivo constitucional de afianzar la justicia, y la justicia en el derecho de daños pasa por el intento de reponer el estado de cosas anterior al suceso dañoso⁵⁵⁰.

En el caso “*Pérez Fredy c. Ferrocarriles Argentinos*”, la Corte Suprema de Justicia se refirió al “*principio constitucional de reparación integral*”, mención en virtud de la cual se le reconoce alcurnia constitucional, con todo lo que ello implica a la hora de establecer la razonabilidad de sus limitaciones posibles⁵⁵¹.

Todas las normas que determinan la existencia del derecho a la reparación integral como norma derivada ostentan jerarquía constitucional. Dado que todas estas normas tienen un mismo nivel jerárquico, el derecho a la reparación integral, tiene ese mismo nivel. Por ende, ello permite hablar de un derecho constitucional a la reparación integral.

Es decir, la existencia de otras normas, de jerarquía inferior, que consagran o de las que se puede derivar un derecho a la reparación integral, tal como el sistema de responsabilidad civil del Código Civil, sobredeterminan al derecho a la reparación integral, pero no transmiten su jerarquía inferior al mismo⁵⁵². Esta sobredeterminación no afecta la jerarquía constitucional del derecho a la reparación integral, por cuanto la eliminación de tales normas de jerarquía legal no comporta efecto alguno para ningún derecho de jerarquía constitucional.

En este marco, el art. 1083 del Código Civil establece que: “*El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero*”. Con lo cual la reparación plena aparece implícita en el objetivo de restituir las cosas al estado anterior al daño.

El art. 1740 del Código Civil y Comercial, de modo concordante, dispone que: “*La reparación debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie (...)*”. El artículo sienta el objetivo de todo juicio de daños: brindar a la víctima una reparación plena. Se aparta de la terminología más utilizada en doctrina y jurisprudencia que es “*reparación integral*”. En tal sentido, se aduce que esta última entraña un objetivo inalcanzable porque

⁵⁵⁰ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. La regla de reconocimiento constitucional argentina. Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2007.

⁵⁵¹ CSJN, “*Pérez, Fredy c. Ferrocarriles Argentinos*”, publicado en Jurisprudencia Argentina, 1998-III, síntesis.

⁵⁵² GRONDONA, Mariano F. La reglamentación de los derechos constitucionales. Teoría del orden de los derechos. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, pag. 18.

resulta imposible borrar todo el daño. Decir integral implica afirmar que todo el daño desaparece y esto encierra una ficción jurídica⁵⁵³.

En este punto, se mantiene la jurisprudencia sentada en los siguientes fallos.

- En un conocido precedente, la Cámara sentenció: *“La indemnización en concepto de reparación integral no debe exorbitar el objetivo esencial que es la reposición de cosas a su estado anterior, y como en muchos casos esta reposición no es posible, se persigue sustituirla por los medios económicos que permitan al damnificado paliar su detrimento, proporcionándole los recursos que ya no podrá obtener, tratándose entonces de lograr la reparación integral por vía indirecta”*⁵⁵⁴.

- En otro fallo, los magistrados de segundo grado coincidieron en que: *“La aplicación del art. 39, inc. 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo, en cuanto cercena la posibilidad del trabajador damnificado de acceder al sistema de reparación integral previsto en el Código Civil, resulta incompatible con derechos y garantías de raigambre constitucional, así como con diversos instrumentos internacionales cuyas disposiciones consagran la regla “alterum non laedere”, de propiedad, de igual trato y no discriminación y el que establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”*⁵⁵⁵.

- Finalmente, la Cámara Nacional invocó este argumento en materia de costas: *“Corresponde imponer las costas al demandado vencido, aun cuando la demanda no prospere en su totalidad o se hubieran efectuado reclamos excesivos, pues ellas forman parte de la reparación integral”*⁵⁵⁶.

Retornando al epicentro de la cuestión, hay que señalar que el principio de razonabilidad resulta una exigencia constitucional derivada del art. 28 CN, que establece que los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Esta garantía de no alteración de derechos se traduce en el principio de razonabilidad, que puede formularse negativamente como el principio que impone que las reglamentaciones no alteren el contenido esencial del derecho reglamentado, y en sentido positivo, lo que implica que tales reglamentaciones deben ser razonables.

En suma, las reglamentaciones de los derechos, para ser constitucionales, deben ser razonables.

⁵⁵³ RIVERA, JULIO, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. La Lay, 2014, pag. 1071 y ss.

⁵⁵⁴ C.Civ., Com y Cont. Adm. 2 Nominación de Río Cuarto, 23/5/2011, LLC 2011 [octubre], 1020.

⁵⁵⁵ CNTrab., sala VII, 30/972010. Publicado en [La ley on line](#).

⁵⁵⁶ CNCiv., sala F, 16/2/2010, LL AR/JUR/3623/2010.

La doctrina admite pacíficamente la razonabilidad de cuatro reglas generales del derecho a reparación integral: 1) que el daño indemnizable debe ser fijado al momento de la decisión; 2) la indemnización no debe ser inferior al perjuicio, 3) la apreciación debe formularse en concreto, 4) la reparación no debe ser superior al daño sufrido.

Lo que aquí interesa considerar es si la exclusión del daño evitable de la extensión del resarcimiento constituye una reglamentación razonable o excesiva del derecho a la reparación integral del daño. Y, dentro de esta perspectiva, puede constituir o no una quinta regla de determinación del daño indemnizable.

Frente a este dilema, resulta atinente señalar que la postura de la jurisprudencia francesa, seguida con frecuencia por nuestros tribunales, ha sido claramente refractaria a la inclusión del instituto. En efecto, la línea seguida por los magistrados franceses postula que la plasmación de esta exigencia como criterio limitativo del quantum indemnizatorio implica necesariamente un rompimiento del principio de reparación integral del daño, como consecuencia lógica de una radicalización del derecho de la víctima a obtener una reparación⁵⁵⁷.

En otros términos, el principio de reparación integral del daño configura, de acuerdo a este pensamiento, un valladar infranqueable que impide la recepción del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el ordenamiento jurídico.

Conforme a una postura intermedia, el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima limita sustancialmente el ámbito natural de actuación del principio de reparación integral del daño, por cuanto quita de la extensión del resarcimiento aquellos daños que la víctima habría podido evitar en forma razonable. Empero, no se trataría de una restricción ilegítima, sino justificada del principio referido.

En esta línea, Matet, consejero de la Corte de Apelaciones de París, entiende que el principio de minimización ha cambiado considerablemente la concepción de responsabilidad, porque él restringe la noción de perjuicio reparable y afecta el principio de reparación integral desde el momento en que el deudor no tiene que indemnizar la fracción del daño que el acreedor habría podido evitar, salvo que éste último pueda establecer que le fue imposible tomar medidas susceptibles para atenuar o suprimir el daño. Con todo, el autor no niega la juridicidad de la limitación del principio de reparación integral, por

⁵⁵⁷ Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre en Reveu Lamy, II partie, Paris, 2004, pag. 17.

cuanto dicha afectación está fundada en un principio jurídico que no podría ser socavado por un ejercicio antifuncional del derecho de la víctima a ser resarcida⁵⁵⁸.

Finalmente, reconocemos otra posición que entiende lisa y llanamente que no existe conflicto jurídico alguno entre el principio de reparación integral y el deber de mitigar por parte de la víctima.

Sobre este postulado, Larroumet razona que el principio de reparación integral no se opone a la obligación de moderar el daño en la medida en que perfectamente se pueda considerar que el deudor no debe reparar integralmente más que el daño imputable a su actividad, excluido el que encuentra su origen en la inacción, en la acción insuficiente o irrazonable del acreedor⁵⁵⁹.

Domínguez Águila redobla la apuesta. Plantea que el principio de reparación integral y el deber de mitigar el daño no sólo no se excluyen, sino que además se complementan. El primero sólo ordena reparar todo el daño que encuentre su origen en la acción del responsable y no el que proviene del hecho –pasivo de la víctima o dañador-.

Jaramillo pone al descubierto los confines del principio de reparación integral, al señalar que: *“la regla no está llamada a patentar, sin límites atendibles, cualquier conducta del acreedor o de la víctima, a pretexto de que, a toda costa, se la debe resarcir íntegramente, como si no importare su comportamiento. El hecho de que la víctima revista la calidad de acreedor no la exime de exhibir en la esfera comportamental, cada vez menos porosa e irregular, una conducta condigna con el comportamiento que razonablemente se espera de los asociados”*⁵⁶⁰.

Por nuestra parte, entendemos que la no reparación del daño evitable es plenamente compatible con el principio de reparación integral del daño. Como ya hemos apuntado, este principio determina que el responsable debe reparar todo el daño que ha causado. Pero ello no se extiende ilimitadamente a todo el daño materialmente ocasionado, sino que solamente se debe responder dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Por lo que no corresponde computar en el contenido de la indemnización de daños

⁵⁵⁸ Cf. MATER, Patrick, *Minimization du dommage et temporalité*: en *Seminaire: Risques, assurances, responsabilité. Les limites de la réparation*, Paris, 2007, pag. 1.

⁵⁵⁹ LARRAUMET, Christian, *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français*, en *Gazette du Palais*, Paris, num. 290, 16 de Octubre de 2008, pag. 6.

⁵⁶⁰ JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., pag. 114: *“Imponer entonces a rajatablas la referida reparación integral, a espaldas de una determinada realidad jurídica y conductual, despreciando la conducta omisiva asumida por la víctima –o activa inadecuada o insuficiente- por más víctima que sea, valga el énfasis, conspira contra caros principios que campean en el derecho, no sólo impregnados por la lógica, sino escoltados por la ética”*.

y perjuicios el monto de la pérdida que pudo ser razonablemente evitada, ya que ésta excede el límite impuesto por el principio de buena fe ⁵⁶¹.

Para comprender el radio exacto de eficacia del principio de reparación integral conviene realizar una triple distinción a nivel del daño. 1) Daño de hecho, también denominado daño material o daño naturalístico, que resulta de la repercusión negativa de un hecho en la esfera patrimonial o espiritual del damnificado. 2) Daño jurídico que se define como la consecuencia de la lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo que se encuentra tutelado por el ordenamiento jurídico. Esta acepción es la que se valora como presupuesto de responsabilidad civil. 3) Daño indemnizable, que consiste en un daño jurídico que se encuentra en relación de causalidad adecuada con la conducta antijurídica según un factor de atribución de responsabilidad y cuya reparación se encuentra dentro de los límites generales del ordenamiento jurídico⁵⁶².

El daño indemnizable, a diferencia del daño sufrido –de hecho o jurídico–, importa de suyo una valoración de la conducta activa y/o omisiva de la víctima, de tal suerte que si ésta agravó el daño o si pudiendo reducirlo no actuó y el resultado adverso se materializó, mal podría pretender una reparación integral con un quantum final equivalente al daño sufrido. Es que la regla de reparación integral no implica la reparación de todo el daño sufrido, sino de todo lo debido, o sea de toda la parte del daño que debe ser indemnizada. En el caso que estudiamos, lo debido comprende la totalidad del daño jurídico con la deducción que sea necesario realizar como consecuencia del quiebre del deber de mitigación respectivo.

Desde tal óptica, el daño evitable que no fue mitigado por la víctima por no haber arbitrado las medidas que le eran razonablemente exigibles en el caso concreto, no forma parte del daño indemnizable. Aunque se trate de un daño de hecho y aún de un daño jurídico apto para comprometer la responsabilidad del sindicado, corresponde en tales casos que el mismo sea excluido de la indemnización, en virtud de la eficacia de este deber que impide la consideración de dicho daño.

El fundamento último de la exclusión reside en la violación del principio jurídico de buena fe patentizada en la conducta de la víctima que, frente al acaecimiento del daño, omitió adoptar las medidas tendientes a mitigarlo o contribuye a su agravación.

Recapitulando, la plenitud del resarcimiento no se proyecta sobre la totalidad del daño material, sino sobre la totalidad del daño indemnizable. Y sólo es indemnizable aquel daño cuya reparación resulta exigible conforme al ordenamiento jurídico.

⁵⁶¹ WITZ, Claude, op. cit., pag. 232.

⁵⁶² Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Tomo 2, op. cit., pag. 657.

De esta forma, podemos afirmar que el daño indemnizable se conforma cuando se presentan las siguientes condiciones: 1) daño jurídico, 2) configuración de los presupuestos generales restantes (anjuridicidad, nexos causal adecuado y factor de atribución), 3) adecuación a los límites que el ordenamiento jurídico establece con carácter general⁵⁶³.

El principio general de buena fe opera, en este sentido, como principio jurídico delimitante del campo de la reparación plena, excluyendo aquellos daños que importan un incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Por tal motivo, interpretamos que este deber no configura técnicamente una excepción al principio de reparación integral, sino un criterio de aplicación de tal principio que delimita negativamente el contenido del daño indemnizable.

En definitiva, la recepción del instituto no apunta a erosionar la reparación, sino a tornarla justa, equilibrada y adecuada a las circunstancias, en función de la conducta asumida por la víctima. Y es evidente que tal objetivo no puede cumplirse a menos que se considere el comportamiento ex ante y ex post del acreedor en relación al cumplimiento de sus derechos y también de sus deberes, entre ellos el de mitigar el daño evitable.

7. Consecuencias metodológicas del deber de mitigar el daño evitable en el procedimiento de determinación de la responsabilidad civil por daños.

En el título anterior, hemos afirmado que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima funciona como un límite negativo del daño indemnizable dentro del sistema de responsabilidad civil.

En aras de visualizar apropiadamente las implicancias derivadas de este postulado, conviene descomponer el procedimiento lógico-jurídico mediante el cual el operador determina la existencia de la obligación resarcitoria.

Frente a una acción de daños y perjuicios, la secuencia lógica del operador jurídico se divide en dos etapas: 1) la declaración judicial de la responsabilidad o no del sindicado, 2) en caso de que se lo considere responsable, la determinación de la indemnización. Y dentro de ella, la selección cualitativa de los daños que integran la obligación indemnizatoria, y la cuantificación de esos daños con miras a traducirlo en una indemnización.

⁵⁶³ ALTERINI, Atilio, La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1997.

La primera etapa se realiza mediante la verificación acumulativa de los presupuestos de la responsabilidad civil: a) hecho generador, b) el daño en sentido jurídico, c) la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño, d) el factor de atribución de responsabilidad. Si se verifican todos los presupuestos, corresponderá declarar la responsabilidad del sindicado. Caso contrario, corresponderá declarar su irresponsabilidad.

En caso de que se declare la responsabilidad del demandado, se abre la segunda etapa en la que el operador procede sin más a determinar el contenido de la obligación indemnizatoria, equiparando en principio la medida del resarcimiento con la medida del daño jurídico en relación de causalidad adecuada con la conducta según factor de atribución reconocido y conforme a los límites establecidos por el orden jurídico.

Si bien estamos de acuerdo con la estructura básica del razonamiento jurídico, consideramos necesario efectuar una distinción fundamental en la segunda etapa, a fin de comprender cabalmente la ubicación y funcionalidad del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Desde un prisma global, podemos apreciar entonces que la segunda etapa del procedimiento analítico de la responsabilidad civil, cual es la determinación del contenido de la obligación resarcitoria, se subdivide en dos fases operativas: a) la selección de los daños resarcibles, b) la cuantificación de los daños resarcibles.

Dicho de otro modo, se trata de distinguir entre la determinación cualitativa de los daños jurídicos que integran la obligación resarcitoria, por un lado, y la determinación cuantitativa de ese daño con miras a traducirlo en una indemnización, por otro. Estaríamos ante dos instancias lógicas diferentes que conforman la etapa de determinación del contenido de la obligación resarcitoria.

El *quid* del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima se inserta en la etapa de determinación del contenido de la obligación resarcitoria y, dentro de ella, en la fase de selección de los daños resarcibles. Precisamente en esta instancia opera el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En esta instancia habrá que establecer si en el *quantum respondeatum* deben o no quedar incluidos aquellos daños jurídicos efectivamente sufridos por el sujeto dañado, pero que se hubieran podido evitar o mitigar si él hubiera desplegado alguna actividad dirigida a contrarrestar los efectos del hecho dañoso⁵⁶⁴.

De acuerdo a este temperamento, la determinación de la responsabilidad por la producción del acontecimiento dañoso tiene un correlato independiente o, cuanto menos,

⁵⁶⁴ SAN MARÍN NEIRA, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, [INTERNET], (<http://books.google.com.ar/books?id=xIaks3uPvGIC&pg>), 14/10/13.

no necesariamente equivalente con la fijación del daño resarcible. Podría ocurrir perfectamente que el demandado sea el único responsable del daño pero que el resarcimiento de los daños producidos a la víctima se vea limitado con fundamento en que ésta no adoptó los recaudos que le eran razonablemente exigibles en función de las circunstancias del caso concreto, por más que esta omisión no haya influido en la relación causal entre la hecho generador y el perjuicio base u originario⁵⁶⁵.

Consideramos, en suma, que el deber de mitigar determina que los daños jurídicos ulteriores a la lesión originaria, e imputables a una única causa eficiente (la del responsable) pero evitables para el acreedor-damnificado, queden excluidos del daño indemnizable, más allá de que el demandado sea declarado responsable del daño.

Cabe subrayar que el fundamento radica en que la víctima que omite adoptar las medidas razonablemente exigibles en orden a la mitigación del daño, o que agrava el perjuicio originario, transgrede el principio general de buena fe que funciona como límite jurídico material de carácter negativo del daño indemnizable.

Es en la fase de selección del daño indemnizable donde el juzgador deberá analizar la conducta ulterior de la víctima conforme a reglas determinadas que se derivan del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima como instituto autónomo, sin perjuicio de su lógica repercusión en la fase de cuantificación del daño resarcible⁵⁶⁶.

El Código de Vélez y el Código Civil y Comercial no da precisiones acerca del lugar que le corresponde ocupar al deber de mitigar el daño evitable dentro del procedimiento de determinación de la responsabilidad por daños. Sin perjuicio de ello, entendemos que los efectos propios del instituto, la regulación conferida a la exigencia por normas que la positivizan de manera particular, el tratamiento jurisprudencial y doctrinario que ha recibido en el derecho argentino, como así también en el derecho comparado, aportan suficiente sustento para delimitar el radio operativo de la figura dentro de los contornos señalados.

Esta reubicación metodológica de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima produce modificaciones fundamentales en el procedimiento analítico de la responsabilidad civil.

En primer lugar, permite delimitar con mayor certidumbre la zona fronteriza entre la culpa de la víctima como causal de interrupción del nexo causal, y el deber de mitigar el daño evitable como límite jurídico objetivo a la extensión del resarcimiento. Conforme a

⁵⁶⁵ Cf. ALFERILLO, Pascual E., La omisión de usar el cinturón de seguridad como eximente de responsabilidad, publicado en LA LEY GRAN CUYO, Buenos Aires, 2006.

⁵⁶⁶ DE ÁNGEL YAGUES, Ricardo, op. cit., p. 845.

esta idea, la eximente estará ceñida a la conducta culposa de la víctima anterior o concomitante a la producción del hecho dañoso. Y el deber de mitigar se proyectará a la conducta posterior al daño evitable.

En segundo término, la inserción del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en la fase de determinación cualitativa del daño indemnizable posibilita una consideración amplia, sistemática e integral de la conducta de la víctima con posterioridad a la ocurrencia del daño.

Los gráficos G17 y G18 ponen de manifiesto la marcada tendencia de los operadores del derecho a no considerar adecuadamente el problema de la conducta de la víctima posterior al perjuicio base.

La jurisprudencia nos muestra que en aquellos casos puntuales en que los jueces han considerado la conducta de la víctima posterior al daño como un parámetro a tener en cuenta en la determinación del resarcimiento, lo han hecho mayormente de manera casuística (sin seguir un criterio jurídico estable), inorgánica (bajo la forma de una previsión pretoriana, más no como una aplicación sistémica) y/o confusa (entremezclando el deber de mitigar el daño evitable con la noción de culpa de la víctima).

En tercer término, esta reubicación del incumplimiento del deber de mitigar en el plano del daño resarcible evita que la concurrencia se torne extensiva a todos los daños resarcibles, especialmente a aquellos que no guardan adecuada vinculación causal con aquél. Lo que no ocurriría si la conducta posterior de la víctima se apreciara en el plano del nexo causal como presupuesto de responsabilidad civil, pues en tal caso se confundiría con las implicancias causales del hecho productor originario. Con esto, queremos significar que situar a la conducta de la víctima en el nivel de adecuación del daño resarcible optimiza la justicia de la atribución causal, por cuanto endilga a la víctima sólo aquellos perjuicios que efectivamente se originaron o agravaron por esa falta.

Finalmente, el reconocimiento de este límite negativo del daño indemnizable potencia la función preventiva del sistema de responsabilidad civil, por cuanto la conducta de la víctima posterior al perjuicio base no queda camuflada bajo un manto de indiferencia, sino que se transforma en un parámetro jurídico de necesaria consideración para delimitar el daño resarcible. La vigencia de la regla tiende, en tal sentido, a evitar actitudes especulativas por parte de la víctima con posterioridad a la producción del evento dañoso y a estimular una conducta cooperativa de ésta en orden a la mitigación de los efectos del daño.

8. Ámbito contractual y extracontractual del deber de mitigar.

Hemos analizado cuál es el lugar que ocupa el deber de la víctima de mitigar el daño evitable dentro del procedimiento analítico del sistema de responsabilidad civil. Nos corresponde, en este punto, indagar sobre la vigencia y el funcionamiento de este deber en el ámbito contractual y extracontractual.

El Código de Vélez apuesta, sin embargo, a un doble régimen de responsabilidad civil: el correspondiente al incumplimiento obligacional, o también llamado responsabilidad contractual, y el de la responsabilidad aquiliana, también denominada extracontractual⁵⁶⁷.

De lege ferenda, la doctrina moderna mayoritaria brega por la demolición de las fronteras entre sendos regímenes de responsabilidad. En tal sentido, se afirma la unidad conceptual y jurídica del fenómeno resarcitorio y el carácter común que tienen los presupuestos de la reparación en ambos ámbitos. La dualidad de régimen se presentaría como un anacronismo, sobre todo en sistemas como el nuestro cuyo epicentro reside en el presupuesto del daño⁵⁶⁸.

En el nuevo Código Civil y Comercial, las consideraciones vertidas en pro de la unidad de tratamiento adquieren máxima fuerza, atento a que se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual (Capítulo I del Título V). La tesis que se adopta es la de unidad del hecho generador de responsabilidad, sin perjuicio de la diversidad contractual o extracontractual de la fuente cuyas diferencias subsisten. Ergo,

⁵⁶⁷ Históricamente, este deber se ha desarrollado primeramente en la esfera contractual y, desde allí, se ha proyectado a la esfera aquiliana. Por ejemplo, en Francia, la doctrina mayoritaria entendió que el deber de la víctima de mitigar el daño tiene una existencia implícita dentro del régimen de responsabilidad contractual, lo cual se justifica por el deber de colaboración de las partes fundado en la buena fe impuesta en la ejecución de los contratos. El art. 34 del Código Francés reza: “*Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que son parte. Ellas podrán ser revocadas solamente por el mutuo consentimiento de estas, o por causas legales. Las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe*”. Sin embargo, su extensión al ámbito aquiliano no ha sido pacífica. En 2003, la Corte de Casación resolvió que tal deber no rige en forma general y, en consecuencia, ciñó su alcance al ámbito contractual (in re Corte de casación francesa, 19 de Junio de 2003, pour un refus de soins).

⁵⁶⁸ En las Jornadas de Derecho Civil del año 1989, la Comisión 2 se pronunció con el siguiente despacho mayoritario: “*(...) Corresponde eliminar cualquier diferencia de régimen que medie entre las órbitas contractual y extracontractual, suprimiendo cualquier obstáculo que dificulte la efectiva reparación de todo dato que se halle en relación de causalidad adecuada, y resulte injustamente sufrido por la víctima (unanimidad). La unidad conceptual de la responsabilidad civil, cualquiera sea la naturaleza del deber violado que la origina, reclama un régimen unificado de reparación de daños, aplicable tanto en la órbita contractual como extracontractual*”. (XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 2: Unificación de los regímenes de responsabilidad civil”, Bariloche, 1989).

los casos de responsabilidad contractual y extracontractual se rigen por reglas y principios jurídicos similares con las adaptaciones del caso. Por ejemplo, los contratos que involucran una confianza especial exigirán un reajuste de la pauta de evaluación de la conducta de la víctima (art. 1725 del Código Civil y Comercial).

Por lo que, de lege lata, nos enfrentamos al desafío científico de interpretar el deber de mitigar en clave contractual y aquiliana, pero sin perder de vista la profunda unidad del fenómeno jurídico⁵⁶⁹, sobre todo en el marco de la nueva codificación. Dicho de otro modo, corresponde partir de una regulación sustancialmente idéntica atento a la unidad ontológica básica que existe entre ambos supuestos. En tanto que las diferencias accidentales en la regulación de cada uno de éstos no deben fundarse, de manera abstracta y previa, según el tipo de régimen de responsabilidad, sino más bien de acuerdo a los aspectos específicos de la realidad contractual o extracontractual que justifiquen en concreto un tratamiento diferenciado.

Es que, con independencia de las diferencias subsistentes entre la responsabilidad contractual y extracontractual en orden a la extensión de las consecuencias, las conductas abusivas son reprobadas expresamente en todos los modelos jurídicos que circulan en la actualidad en nuestro país y en el derecho occidental⁵⁷⁰.

Amén de lo dicho, al analizar este instituto encontramos una razón especial para abogar por un tratamiento jurídico que propenda a la armonización de ambos regímenes de responsabilidad. Y es que la regla encuentra fundamento inmediato en la buena fe (art. 1198) que, como ya hemos explicado, constituye un principio general de derecho, es decir una categoría jurídica previa al distingo binario entre la responsabilidad contractual y extracontractual⁵⁷¹. En el ámbito del nuevo Código Civil y Comercial, la buena fe tiene expreso un reconocimiento general conforme a los arts. 2, 9, 729, 961, 991, 1061, lo cual potencia la lógica material del argumento expuesto.

Alterini extrae una consecuencia lógica del postulado precedente: *“Tanto en las obligaciones de fuente contractual como en las de fuente extracontractual, es un deber del*

⁵⁶⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto M., Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad, publicado en LA LEY1989-C, 1186. No obstante, sin negar que subsiste un distinto régimen legal vigente -lo cual mantiene el interés de su reforma-, una relectura del sistema actual pone de relieve que muchas supuestas diferencias no lo son, o que lo son sólo relativamente o están en camino a dejar de serlo, y que otras no son verdaderamente importantes.

⁵⁷⁰ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re *“Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación”*, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930.

⁵⁷¹ Cf. DIEZ PICASO, Luis, Derecho de Daños, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pag. 322.

damnificado por el incumplimiento de la obligación o por el acto ilícito, contribuir con su conducta a que se limite, en cuanto sea posible, la magnitud del daño”⁵⁷².

Jaramillo destaca la relevancia y primacía ética, jurídica, lógica y también pragmática de prevenir, lo que justifica ampliamente que la prevención, mejor la evitación, se erija en deber conductual, en asocio con el de mitigar los daños, tanto en el terreno extracontractual, como en el contractual.

El jurista colombiano justifica la proyección universal del instituto también desde la sistemática de la responsabilidad civil. En tal aspecto, aduce: *“dado que la temática del an respondeatur es transversal en la responsabilidad civil, se impone su irradiación generalizada, lo que significa que permea a una y otra modalidad. Lo propio tiene lugar por tratarse de una problemática que tiene relación con el alcance sustancial del daño resarcible, o si se prefiere indemnizable (...)”*⁵⁷³.

Sin perjuicio de que adherimos a la fuerza general del instituto por las razones aportadas, no se nos escapa que el deber de mitigar el daño reclama un tratamiento especialmente modulado según estemos ante una realidad contractual o extracontractual.

En materia de contratos, advertimos que la víctima cuenta con un margen mayor de previsión frente a la contingencia del daño derivado del incumplimiento del co-contratante. En efecto, dado que el deber jurídico impuesto al dañador es particular y específico, la víctima se encuentra en mejores condiciones para determinar las repercusiones dañosas que provoque el incumplimiento y, por ende, en mejores condiciones para prever y actuar frente a éste⁵⁷⁴.

A esto se suma que, en la órbita contractual, los sujetos de la relación jurídica están normalmente individualizados con anterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso. Por lo que es válido concluir que la víctima no sólo tiene más posibilidades de saber contra qué se defiende, sino también de saber contra quién lo hace, circunstancia que le permite prevenir

⁵⁷² ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pag. 327.

⁵⁷³ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 65 y ss. *“No hay pues monopolio de un solo sistema (contractual o extracontractual), lo que invalida la amplitud y el espectro de dichos deberes, que no se circunscriben a un único supuesto, no existiendo, en tal virtud, razones que militen en el sentido de privilegiar a una tipología, con exclusión de la otra”*.

⁵⁷⁴ Cf. COMPAGNUCCI DE CASSO, Rubén, Incumplimiento de un deber legal ¿contractual o extracontractual?, Publicado en: LLBA 2005 (febrero), 15 • DJ 2005-1, 636. Al referirnos a la *“materia contractual”* lo hacemos desde la idea matriz de que *“lo contractual”* no está determinado por la fuente de la obligación violada, sino por el carácter de ella. No corresponde exigir siempre la existencia efectiva de un contrato incumplido, sino que basta con la presencia de una concreta obligación preexistente, desinteresando su fuente.

ex ante la ocurrencia del daño y mitigar *ex post* las consecuencias dañosas que se desprenden del perjuicio base.

Además, los contratos, en cuanto actos jurídicos, tienen una causa fin (art. 500 y cctes. del Código Civil; art. 281 del Código Civil y Comercial) que está integrada por la función económica típica de la figura contractual correspondiente y, a su vez, por los móviles subjetivos de las partes cuando han sido debidamente exteriorizados. La causa fin no sólo modula la obligación del deudor, sino también precisa y orienta el curso de acción a seguir por parte del acreedor frente a un posible incumplimiento para evitar la frustración del fin del contrato y su respectiva repercusión dañosa⁵⁷⁵.

Mediante el deber de cooperación se impone a cada una de las partes de la relación obligatoria, para que el contrato llegue a buen fin y produzca los efectos que ambas partes tuvieron en cuenta al momento de contraerla⁵⁷⁶.

En otro sentido, el acreedor que conoce la causa fin del contrato no sólo puede prevenirse frente a cualquier incumplimiento obligacional, sino también frente conductas o hechos que, sin importar una violación a las reglas contractuales estipuladas, arriesgan la finalidad del contrato y, por ende, exponen al acreedor a sufrir mayores daños.

Hemos podido observar también que la realidad contractual posibilita de ordinario remediar el incumplimiento de la contraparte a través del expediente de las contrataciones sustitutas. Es decir, en numerosas situaciones, el acreedor insatisfecho se encuentra en condiciones de acudir razonablemente a la vía del cumplimiento por otro, a fin de satisfacer su interés en la medida de lo posible⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Adscribimos a la teoría sincrética de la causa fin. En efecto, consideramos que la causa fin es un elemento esencial del acto jurídico que se compone con los fines que prevé abstractamente para cada categoría de negocios jurídico y también los móviles subjetivos casualizados.

En el aspecto objetivo, se evidencia como el propósito recíproco y común de ambas partes de obtener el cumplimiento íntegro de las prestaciones; el intercambio mutuo de prestaciones patrimoniales. Este aspecto presenta carácter objetivo, abstracto y emerge de cada categoría negocial. Tiene un valor genético y funcional, pues está ínsita en el negocio durante toda su vida y lo acompaña hasta su extinción.

En el aspecto subjetivo, la causa se integra con los móviles o motivos determinantes de la voluntad jurídica, siempre que sean debidamente exteriorizados y, en caso de que el contrato sea bilateral, resulten comunes a ambas partes. Se trata aquí de una finalidad concreta, individual y específica. (ver BUERES, Alberto, Objeto del negocio jurídico, 2° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pag. 108).

⁵⁷⁶ SAN MARTIN, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2012, pag. 312.

⁵⁷⁷ CNCiv, Sala I, in re "*Ferrer, Néstor R. c. Polmet S.A.*", 28/03/93, Ed. La Ley, Tomo 1994-E, pag. 294-299. Cabe recordar que, en este fallo –oportunamente comentado–, el Alto Tribunal concluyó que hubo concurrencia de imprevisiones, no sólo por parte del Banco emisor de la tarjeta, sino también por parte del referido titular que, al obtener el billete de avión sin la referida tarjeta de crédito y, por tanto, conocer que no disfrutaba de los beneficios inherentes a la misma, podía

La necesidad y conveniencia de mitigar el daño evitable en materia contractual se acentúa en el ámbito de los contratos conexos. Por conexidad contractual aludimos a la situación de un grupo de contratos distintos e independientes entre sí, pero que presentan un vínculo, una suerte de denominador común que los liga, un sistema negocial que deja traslucir una finalidad económica supracontractual (cf. art. 1073 del nuevo Código Civil y Comercial)⁵⁷⁸.

En la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere varios contratos unidos en sistema; la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son partes de distintos contratos situándose fuera del contrato, pero dentro del sistema o red contractual; es una causa sistemática. Ello significa que hay una finalidad económico-social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión; si se desequilibra la misma se desequilibra todo el sistema y no un solo contrato⁵⁷⁹.

Entre las partes que mantienen este interés existe un principio de coordinación, con fundamento en la conexidad, en la correspectividad sistemática de las prestaciones. Estas vinculan a los integrantes de la red entre sí y frente a terceros. Entre las obligaciones internas cabe mencionar: la de contribuir al sostenimiento del grupo y, la de aseguramiento del éxito de la empresa. Estos elementos sirven para explicar las obligaciones recíprocas que tienen los integrantes de una red de concesionarios, franquiciantes, usuarios de tarjetas de crédito y otros sistemas similares⁵⁸⁰.

En este contexto, puede advertirse que el daño a evitar presenta una mayor extensión, puesto que –insistimos– el incumplimiento del deudor no sólo afecta el contrato individual celebrado con el acreedor, sino que compromete el funcionamiento económico y la estabilidad jurídica de toda la red contractual de la que forma parte el acuerdo que los vincula como partes.

Tal condición determina que la posibilidad de previsión ex ante y ex post que tienen las partes y, en particular, el acreedor insatisfecho se acrecienta notoriamente, pues éste no

fácilmente y por muy escasa prima haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, junto a su deber de mitigar el eventual daño que le imponía la buena fe negocial.

⁵⁷⁸ CNCom., sala B, In re "*Hager, Enrique C. c. Lloyds Bank y otro*", 24/02/2006, Publicado en La Ley Online: AR/JUR/589/2006. Se trata, al decir de la jurisprudencia, de una operatoria multilateral y coordinada que tiene una causa económica que origina vínculos individuales orgánicamente funcionales con funciones multifacéticas. El sistema exige para su funcionamiento la existencia de varios contratos coligados en un mismo negocio.

⁵⁷⁹ DI CHIAZZA, Iván G., La conexidad contractual en el Proyecto de Código, publicado en LA LEY.

⁵⁸⁰ Cf. LORENZETTI, Ricardo, "¿Cuál es el elemento que une a las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios? --Aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo--", Publicado en LA LEY, 1995-E, 1013.

sólo está en condiciones de prever los daños que se pueden derivar del incumplimiento contractual del acuerdo individual, sino que además puede anticipar la expansión del daño sobre todo el sistema contractual, en base a la configuración del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido⁵⁸¹.

En líneas generales, la realidad del contrato acentúa la dimensión cooperativista de la relación jurídica. Esto significa, al decir de Jaramillo, que *“ambas partes se deben lealtad, y deben fraternamente colaborar el uno con el otro, con el objeto de que el conjunto de las prestaciones se realice sin tropiezos y dilaciones, y sin asumir posiciones feudales y, de paso, egoístas, encaminadas a exigir, demandar y reclamar, y no a dar igualmente (cooperar), en muestras de una relación de genuino intercambio y reciprocidad (buena fe y mutualidad), desde luego iluminada por el candil de la razonabilidad (...)”*⁵⁸².

En materia extracontractual, el deber de previsión se rige por idénticas reglas. Lo que ocurre es que la ausencia de obligaciones específicas, de un negocio jurídico marco, de una función económica determinada, de una finalidad común a las partes, disminuye las posibilidades fácticas de la víctima a la hora de adoptar medidas tendientes para mitigar el daño evitable.

La víctima de un ilícito determinado, por lo general, no se prepara para ser víctima de ese ilícito determinado, o al menos no como lo podría hacer en el plano contractual. El abanico de posibilidades dañosas a las que se expone la víctima presenta un alcance amplísimo pues no existe un marco contractual dentro del cual puedan acotarse relativamente las contingencias del daño. De ordinario, la víctima de un ilícito extracontractual no puede más que adoptar precauciones generales frente a un daño que suele ser de baja previsibilidad en el caso concreto. En rigor, el margen de sorpresa es mayor en la órbita aquiliana.

Esto implica que la aplicación de estas reglas arrojará resultados diferentes según estemos en el terreno contractual o aquiliano, pues las posibilidades de previsión son menores fuera del marco contractual y, en consecuencia, el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima presenta, al menos a priori, una proyección más reducida.

Hecha esta salvedad –que el intérprete deberá considerar en el contexto de aplicación de las reglas del instituto en cuestión-, consideramos que el deber de mitigar el daño por parte de la víctima debe aplicarse armónicamente en el campo contractual y

⁵⁸¹ Cf. LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, Teoría de los contratos, t. 2 parte especial, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 1985, pag. 98.

⁵⁸² JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, op. cit., pag. 126 y ss

extracontractual, sin perjuicio de las modulaciones que requiera el instituto en cada una de ellas. En rigor, el deber de colaboración de la víctima a la hora de aminorar el daño evitable preserva una unidad jurídica fundamental en sendas realidades resarcitorias. Por tal motivo, en lo sustancial, nos oponemos a la aplicación de un tratamiento sustancialmente diferenciado de la conducta de la víctima.

9. Conclusiones particulares.

En relación al impacto del deber de mitigar el daño por parte de la víctima en nuestro derecho de daños, pudimos advertir que la exigencia no trasunta un instituto ajeno al sistema resarcitorio, ni siquiera constituye una figura jurídica aislada o inconexa dentro del mismo, sino que se integra orgánicamente al régimen de la responsabilidad civil y, en concreto, al procedimiento de determinación de la extensión del resarcimiento.

Dicho de otro modo, el deber de la víctima de mitigar el daño configura un límite jurídico objetivo del daño indemnizable y, por ende, su consideración resulta ineludible para poder definir el quantum de la obligación resarcitoria una vez que se ha determinado la existencia de responsabilidad civil.

Arribamos a las siguientes conclusiones:

- El funcionamiento práctico de la exigencia de mitigar el daño evitable por parte de la víctima debe realizarse desde su campo natural de actuación: el derecho de daños. Si bien es cierto que la figura en cuestión se expresa como un deber derivado del principio general de buena fe, su principal plasmación funcional se produce en cuanto regla jurídica limitativa de la extensión del resarcimiento de daños y perjuicios.

- Que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima tenga autonomía jurídica, no significa que el instituto merezca una consideración separada del sistema de responsabilidad civil, sino tan sólo que no puede ser confundido con cualquiera de los demás presupuestos. Por lo que su ubicación luce adecuada dentro de la función preventiva de la responsabilidad civil.

- La estructura lógica tradicional del sistema de responsabilidad civil supone una transición fáctica desde una situación de indemnidad a una situación de daño. Lo peculiar del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima es que contempla un paso desde una situación de daño a una situación de mayor daño o, más específicamente, a una

situación de intensificación, expansión del daño originario y/o generación de nuevos daños.

Esta variación en el supuesto de hecho produce una modificación substancial en cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil.

- La relación más sustancial y evidente entre el deber de mitigar y el sistema de responsabilidad civil se produce en la fase del incumplimiento de este débito conductual impuesto a la víctima. En concreto, la inobservancia del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima produce el efecto de excluir de la extensión del resarcimiento todos aquellos daños cuya ocurrencia se debe a un proceder contrario a la buena fe por parte de ésta.

Técnicamente, no se trata de daños respecto a los cuales la víctima no es responsable. Tampoco de daños que integren la extensión del resarcimiento pero que, el sindicado esté exento de afrontar por encontrarse legalmente dispensado. Ni siquiera de daños indemnizables cuyo reclamo no puede ser efectivizado por haber precluido el derecho de la víctima para ejercer su reclamación respectiva. Lisa y llanamente, el daño evitable por causa reprochable a la víctima directamente no forma parte de la extensión del resarcimiento. Queda a priori excluido de la categoría de daño indemnizable.

- La no reparación del daño evitable es plenamente compatible con el principio de reparación integral del daño.

La plenitud del resarcimiento no se proyecta sobre la totalidad del daño material, sino sobre la totalidad del daño indemnizable. Y sólo es indemnizable aquel daño cuya reparación resulta exigible conforme al ordenamiento jurídico.

El daño indemnizable, a diferencia del daño sufrido –de hecho o jurídico-, importa de suyo una valoración de la conducta activa y/o omisiva de la víctima, de tal suerte que si ésta agravó el daño o si pudiendo reducirlo no actuó y el resultado adverso se materializó, mal podría pretender una reparación integral con un quantum final equivalente al daño sufrido.

De esta forma, podemos afirmar que el daño indemnizable se conforma cuando se presentan las siguientes condiciones: 1) daño jurídico, 2) configuración de los presupuestos generales restantes (hecho generador, nexo causal adecuado y factor de atribución), 3) adecuación a los límites que el ordenamiento jurídico establece con carácter general.

Este deber no configura técnicamente una excepción al principio de reparación integral, sino un criterio de aplicación de tal principio que delimita negativamente el contenido del daño indemnizable.

En definitiva, la recepción del instituto no apunta a erosionar la reparación, sino a tornarla justa, equilibrada y adecuada a las circunstancias, en función de la conducta asumida por la víctima. Y es evidente que tal objetivo no puede cumplirse a menos que se considere el comportamiento ex ante y ex post del acreedor en relación al cumplimiento de sus derechos y también de sus deberes, entre ellos el de mitigar el daño evitable.

- El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima funciona como un límite negativo del daño indemnizable dentro del sistema de responsabilidad civil.

En una acción de daños y perjuicios, el procedimiento lógico-jurídico del juzgador se divide en dos etapas: 1) la declaración judicial de la responsabilidad o no del sindicado, 2) en caso de que se lo considere responsable, la determinación de la indemnización. Esta última se subdivide en dos fases: la determinación cualitativa de los daños jurídicos que integran la obligación resarcitoria por un lado, y la determinación cuantitativa de ese daño con miras a traducirlo en una indemnización. Ambas conforman instancias lógicas distintas que operan en la etapa de determinación del contenido de la obligación resarcitoria.

El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima se inserta en la etapa de determinación del contenido de la obligación resarcitoria y, dentro de ella, en la fase de selección de los daños resarcibles, sin perjuicio de su lógica repercusión en la fase de cuantificación del daño resarcible. Se trata, pues, de establecer si en el quantum respondeatum deben o no quedar incluidos aquellos daños efectivamente sufridos por el sujeto dañado, pero que se hubieran podido evitar o mitigar si él hubiera desplegado alguna actividad dirigida a contrarrestar los efectos del hecho dañoso.

Esta reubicación metodológica de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima produce modificaciones fundamentales en el procedimiento analítico de la responsabilidad civil.

En primer lugar, permite delimitar con mayor certidumbre los alcances de la noción de la culpa de la víctima como causal de interrupción del nexo causal. Conforme a esta idea, la eximente estará ceñida a la conducta culposa de la víctima anterior o concomitante a la producción del hecho dañoso. No hay culpa de la víctima –en el sentido aludido– sino eventual incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable.

En segundo término, la inserción del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en la fase de determinación cualitativa del daño indemnizable posibilita una consideración amplia, sistemática e integral de la conducta de la víctima con posterioridad a la ocurrencia del daño.

En tercer término, ubicar el incumplimiento de este deber en el plano del daño resarcible evita que el porcentaje de concurrencia se torne extensivo a todos los daños

resarcibles, especialmente a aquellos que no guardan adecuada vinculación causal con aquel.

Finalmente, el reconocimiento de este límite negativo del daño indemnizable potencia la función preventiva del sistema de responsabilidad civil, por cuanto la conducta de la víctima posterior al perjuicio base no queda camuflada bajo un manto de indiferencia, sino que se transforma en un parámetro jurídico de necesaria consideración para delimitar el daño resarcible. La vigencia de la regla tiende, en tal sentido, a evitar actitudes especulativas por parte de la víctima con posterioridad a la producción del evento dañoso y a estimular una conducta cooperativa de ésta en orden a la mitigación de los efectos del daño.

- El deber de mitigar el daño por parte de la víctima debe aplicarse armónicamente en el campo contractual y extracontractual, atento a que el deber de colaboración de la víctima a la hora de aminorar el daño evitable preserva una unidad jurídica fundamental en sendos ámbitos de responsabilidad. Allende las diferencias fácticas y técnicas propias de cada ámbito, en lo sustancial nos oponemos a la aplicación de un tratamiento diferenciado de la conducta de la víctima en función de la índole contractual o extracontractual de la obligación.

En el nuevo Código Civil y Comercial, las consideraciones vertidas adquieren máxima fuerza, atento a que se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual.

La tesis que se adopta es la de unidad del hecho generador de responsabilidad, sin desmedro de la diversidad contractual o extracontractual de la fuente cuyas diferencias subsisten. Ergo, los casos de responsabilidad contractual y extracontractual se rigen por reglas y principios jurídicos similares con las adaptaciones del caso.

CAPITULO II.

ASPECTOS JURÍDICOS PRÁCTICOS DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO POR PARTE DE LA VÍCTIMA.

SUMARIO: 1. ¿Por qué una visión práctica? 2. Conceptualización del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. 3. Ámbito subjetivo de aplicación. 4. Ámbito objetivo de aplicación. 5. Ámbito temporal de aplicación. 6. Modalidades expresivas. 7. Presupuestos. 8. Contenido. 9. Límites. 10. Pautas de valoración de la conducta de la víctima. 11. Efectos del cumplimiento. 12. Efectos del incumplimiento. 13. Carga de la prueba. 14. Aplicación judicial. 15. Costas. 16. Sentencia. Fórmulas y parámetros para determinar la extensión del resarcimiento.

1. ¿Por qué una visión práctica?

“Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere”

Hemos arribado a la parte conclusiva de la tesis. Dado el perfil eminentemente operativo de este segmento, parece preferible preguntarse más por el para qué que por el por qué de una visión práctica.

A partir de los desarrollos precedentes, hemos podido reconocer la existencia, validez y vigencia del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el orden jurídico argentino. Es hora de definir, aquí, cuál es el régimen jurídico aplicable a este deber. Con perspectiva dinámica, nos proponemos explicar y definir las reglas en base a las cuales opera esta figura en la realidad jurídica concreta.

En este último capítulo, cobrarán relieve funcional los diversos abordajes que hemos realizado sobre el problema de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima. Merced a la integración compleja de los saberes aportados desde cada enfoque utilizado, estamos en condiciones de identificar las posibilidades regulatorias del instituto que guardan mayor coherencia y armonía con las reglas, principios y valores que imperan en el derecho argentino. Es que, frente a un problema jurídico que carece de una regulación normativa exhaustiva, la labor integradora de los operadores del derecho debe orientarse a completar dicho régimen mediante el auxilio conjunto de la realidad, las normas y los valores.

Todos los interrogantes que rodarán por las siguientes páginas estarán encaminados a proporcionar una respuesta práctica al profesional del derecho, a fin de que pueda definir su actuación de manera eficiente frente a un caso en el que acontezcan daños evitables atribuibles a la víctima.

Si afirmamos que existe un deber de mitigar el daño evitable, entonces: ¿Cuál es su ámbito de actuación? ¿Bajo qué modalidades se expresa? ¿Con qué pautas ha de valorarse la conducta de la víctima? ¿Cuáles son los límites que determinan el radio de eficacia del mentado deber? ¿Qué efectos se desprenden de su cumplimiento o incumplimiento? ¿Cómo debe distribuirse la carga de la prueba entre las partes? ¿De qué modo debe adaptarse el razonamiento judicial para resolver adecuadamente esta cuestión? ¿Cómo se proyecta la eficacia del instituto en las distintas ramas del ordenamiento jurídico?

El objetivo fundamental de este capítulo es que el operador de derecho pueda comprender la gravitación del instituto en el ordenamiento jurídico en general y en el derecho de daños en particular. Hete aquí la condición ineludible para una aplicación

correcta de la figura y, también, para una interpretación adecuada del sistema de responsabilidad civil.

2. Conceptualización jurídica de la institución.

El Código de Vélez no enuncia expresamente una definición legal del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Empero, por vía de principios jurídicos, soluciones normativas particulares, precedentes judiciales, es posible arribar a una conceptualización jurídica autónoma del referido deber, tal como lo hemos explicado en el título 3 y 7 del capítulo III de la parte A.

El nuevo Código Civil y Comercial, amén de asimilar y potenciar toda la fundamentación hermenéutica aplicable a su predecesor (cf. arts. 1, 2, 9, 729, 961, 991 y 1061 de la nueva codificación), instituye y especifica los alcances fundamentales de la figura, a partir de los cuales es posible arribar a una conceptualización más precisa y puntual del instituto. En particular, el art. 1710 recita: *“Toda persona tiene el deber en cuanto de ella dependa, de: ... [inc.] b: adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud... [inc.] c . no agravar el daño, si ya se produjo”*.

De acuerdo a los fundamentos expuestos en los capítulos anteriores, podemos definir a la exigencia de mitigar el daño por parte de la víctima en el orden de derecho argentino como un deber jurídico autónomo, fundado en el principio de buena fe, y orientado a la prevención ex post del daño evitable, que exige a la víctima de un perjuicio resarcible la razonable minimización del daño evitable, mediante la abstención de agravarlo y/o la adopción de las medidas exigibles para mitigarlo, de acuerdo a las circunstancias del caso.

3. Ámbito subjetivo de aplicación.

A modo de prolegómeno, conviene señalar que los ámbitos de aplicación del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima delimitan el campo de aplicación válido

del instituto.

Con mayor precisión, cabe advertir que si alguno de estos ámbitos no se verifica en el caso concreto, la consecuencia es la exclusión de la situación de hecho contemplada del radio de cobertura del instituto del deber de mitigar el daño evitable, sin perjuicio de que pueda encuadrar en otra figura jurídica diferente o de que las reglas y principios aplicables a esta exigencia resulten trasladables por vía de extensión analógica.

En relación a los ámbitos en particular, es momento de referir que el ámbito subjetivo determina la condición que deben asumir los sujetos, integrantes de la relación jurídica resarcitoria, para poder ser considerados titulares o beneficiarios del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Dicho ámbito exige la presencia de, al menos, una víctima y un responsable. En término iusprivatistas, nos referimos a una persona (víctima) que ha sufrido un perjuicio resarcible que guarda vinculación causal jurídicamente relevante con una conducta o hecho por el cual otra persona (responsable) debe reparar tal perjuicio según un factor de atribución subjetivo u objetivo. En términos más simples, podemos decir que la eficacia de este deber exige, como presupuestos indeclinables, la presencia de un damnificado y de un responsable.

El Código de Vélez no se pronuncia sobre esta cuestión. Pese a ello, y sobre la base de que el principio de buena fe objetiva alcanza a todos los sujetos de la relación jurídica, entendemos que el instituto presupone la presencia de la víctima y del responsable como actores necesarios de la figura estudiada.

El Código Civil y Comercial, al utilizar el vocablo “*toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*”, abarca, por extensión, a la víctima como sujeto pasivo del deber de mitigar el daño evitable⁵⁸³. En efecto, la locución “*toda persona*” comprende al responsable, la víctima y los terceros respecto a la relación jurídica resarcitoria. Amén de ello, son aplicables también las consideraciones vertidas en el párrafo anterior respecto al principio de buena fe.

Desde tal perspectiva, la víctima es titular pasivo de este deber, pues tiene a su cargo la adopción de las medidas razonables para mitigar y no agravar el daño evitable. En

⁵⁸³ En este punto, discrepamos contra la opinión del Dr. Edgardo Herrera para quien únicamente el inc. c establece un deber que vincula a la víctima, en tanto que el inc. b se proyectaría sobre los terceros, y el inc. a sobre el propio responsable. Creemos, por el contrario, que si el artículo 1710 utiliza la expresión “*Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*”. Los tres deberes jurídicos previstos en el inc. a, b y c resultarían predicables respecto al responsable, la víctima y los terceros. No corresponde distinguir allí donde la ley no distingue. Ver MEDINA, GRACIELA; RIVERA, JULIO, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. La Lay, 2014, pag. 996.

este aspecto, cabe insistir en que la víctima, en tanto sujeto a cargo del débito conductual, es toda aquella persona que sufre un daño cuya reparación es debida por otro⁵⁸⁴.

La víctima puede ser una persona física o jurídica, salvo que el daño evitable sea de naturaleza moral en cuyo caso la persona jurídica queda excluida por cuanto carece de subjetividad.

Esta noción amplia comprende también a los damnificados directos e indirectos. Los primeros son aquellos que sufren la lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial propio y, a raíz de ello, experimentan un perjuicio patrimonial o moral. Los segundos son aquellos que padecen un daño propio, derivado de un ilícito que tiene por víctima a un tercero, respecto de quien existía un interés patrimonial o extrapatrimonial, que resulta conculcado.

No hay fundamento válido que autorice a admitir a unos y excluir a otros, pues la buena fe, como causa fuente del deber de mitigar el daño evitable, constituye un principio general del derecho que se aplica a todos aquellos sujetos que integren la relación jurídica resarcitoria independientemente de que subsista un vínculo contractual previo entre ellos.

De todos modos, la inclusión de ambos tipos de damnificados merece algunas aclaraciones en punto al alcance del instituto en uno y otro caso.

Los indirectos tienen el deber de mitigar el daño evitable respecto del perjuicio propio como del ajeno en la medida de que resulte condicionante del propio. Sin perjuicio de ello, la razonabilidad, en cuanto principio delimitador del alcance de este deber, impone el respeto al derecho de autodeterminación del damnificado directo, circunstancia que cercena la posibilidad de exigirle al damnificado indirecto que adopte medidas de mitigación que importen una invasión o avasallamiento de la esfera jurídica de aquél.

Los damnificados directos, en cambio, tienen únicamente el deber de mitigar su propio perjuicio, dado que, respecto al daño que padecen los damnificados indirectos, asumen la condición de terceros y en principio no resultan afectados en forma propia.

En el lado opuesto de la relación, aparece el responsable, es decir aquel que tiene el deber de reparar el daño evitable. La figura del responsable presupone la verificación positiva previa de todos los presupuestos de la responsabilidad civil; a saber: hecho generador, el daño resarcible, la relación de causalidad jurídica y el factor de atribución de responsabilidad⁵⁸⁵.

El responsable es el beneficiario de la exigencia de mitigar el daño evitable. Si no

⁵⁸⁴ FABRE MAGNAN, Muriel, *Les obligations*, Paris, Ed. Themis, 2004, pag. 701.

⁵⁸⁵ PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo 5, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 834 y ss.

hubiera un responsable, carecería de sentido hablar de la mitigación del daño evitable, por cuanto faltaría la alteridad como requisito configurativo de todo instituto jurídico.

El responsable también puede ser una persona física o jurídica. En este último caso, el criterio de imputación se regirá por el régimen de representación jurídica aplicable al sujeto de existencia ideal. Por ejemplo, en el ámbito de las sociedades comerciales, cobrarán especial relieve el arts. 43 y 58 y cctes. del Código Civil y la Ley de Sociedades Comerciales; y arts. 143, 144 y cctes. del Código Civil y Comercial.

Cabe aclarar que la figura del responsable puede coincidir o no con la del agente o causante material del daño. El derecho no solo vincula al autor como responsable del hecho dañoso, sino que, en ocasiones, también determina que el principal (art. 1113 del Código Civil; art. 1753 del Código Civil y Comercial), los padres (art. 1114 del Código Civil; art. 1754 del Código Civil y Comercial) u otra persona lo sea (vgr. art.1117 del Código Civil; art. 1753 del Código Civil y Comercial) sin ser autor material del hecho dañoso. Vemos, en estos casos, que no existe un vínculo material entre la conducta del responsable y el daño, pero media una atribución jurídica basada en una relación relevante para el derecho⁵⁸⁶.

Ya hemos explicado en el capítulo anterior que el deber de mitigar el daño evitable no es técnicamente una eximente de responsabilidad basada en la interrupción del nexo causal, sino más bien un límite jurídico que opera en la etapa de determinación de la extensión del resarcimiento. Dicho en otras palabras, la figura excluye del radio del daño indemnizable aquellos perjuicios que podrían haberse evitado si la víctima hubiese adoptado las medidas razonables, es decir excluye los daños ocurridos en clara inobservancia al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Por lo expuesto, remarcamos que el ámbito subjetivo de aplicación del instituto importa, en su faz activa, la presencia de uno o varios sujetos que han sido declarados responsables del daño; y, en su faz pasiva, la existencia de uno o varios sujetos que han un sufrido un perjuicio directo o indirecto por el cual aquellos son responsables.

4. Ámbito objetivo de aplicación.

El ámbito objetivo de este deber presupone la ocurrencia de daños evitables. La

⁵⁸⁶ MOREA, Adrián Oscar., La relación de causalidad en el nuevo derecho de daños, publicado en Microiuris, cita MJ-DOC-6690-AR | MJD6690, 29 de Abril de 2014.

objetividad del ámbito se vincula al hecho de que el daño evitable constituye, en el plano ontológico, una realidad externa distinta de los sujetos que integran la relación.

Entendemos que un daño es evitable cuando la víctima cuenta con posibilidades razonables para mitigarlo total o parcialmente. Esta circunstancia debe apreciarse ex ante, desde la perspectiva de la víctima. Si el daño deviene objetiva o materialmente evitable, pero la víctima en concreto no tiene posibilidades razonables de avertir ese daño -por ejemplo, percibe inculpablemente que no estaba en condiciones de actuar en consecuencia o de intervenir sin realizar sacrificios excesivos a sus intereses jurídicos-, mal podremos reprocharle el incumplimiento de este deber.

El Código de Vélez, al reconocer por vía de principios el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima (arts. 16 y 1198 del Código Civil), nos aporta la pauta de que el funcionamiento de tal exigencia necesariamente supondrá la existencia de daños evitables o “*mitigables*”. Es que resultaría totalmente ilógico que el ordenamiento jurídico obligara a la víctima a mitigar daños que no pueden ser impedidos o reducidos en su entidad y/o extensión.

El Código Civil y Comercial se hace eco de la consideración vertida en el párrafo anterior (arts. 2, 9, 729, 961, 991 y 1061). Y, como novedad, introduce indirectamente la noción de daño evitable en el inc. b del art. 1710 al hablar de “*medidas razonables para... disminuir su magnitud*”. Es claro que un daño cuya magnitud puede ser disminuida es un daño, cuanto menos, parcialmente evitable en sus efectos. Complementariamente, el inc. c habla de “*no agravar el daño, si ya se produjo*”. En este caso, es la propia posibilidad de agravación del daño lo que refleja su carácter “*evitable*”.

Cabe precisar, en tal orientación, que el instituto de la mitigación del daño evitable no se edifica sobre una noción estrictamente material de evitabilidad, puesto que no es suficiente con que el daño causado sea susceptible de morigeración fáctica si la víctima no cuenta con posibilidades razonables para mitigarlo. Tampoco el derecho argentino parte de una noción jurídica pura de evitabilidad, en el sentido de que el carácter evitable del daño deba tener un correlato real insoslayable. Esto significa que, allende la particular calificación bajo la cual la ley conceptualice al daño evitable, el perjuicio sólo será considerado evitable cuando pueda ser, en un plano objetivo, erradicado, aminorado o paliado en su entidad, extensión o intensidad respectivamente.

Entendemos, pues, que el daño evitable trasunta un concepto híbrido que integra valoraciones jurídicas con datos de la realidad fáctica. Conforme a tal inteligencia, corresponde desentrañar y explicitar el significado del daño evitable. Díez Picazo, consciente de la naturaleza compleja del daño evitable como ámbito objetivo de aplicación

del instituto, esboza la siguiente definición: *“El deber de mitigar existe en aquellos casos en que el resultado de la reducción del daño puede obtenerse adoptando medidas que no entrañen para el perjudicado sacrificios desproporcionados o que no le coloquen ante nuevos riesgos”*⁵⁸⁷.

Próximo a la concepción anglosajona en este punto⁵⁸⁸, el derecho argentino parte de la premisa de que el daño evitable es aquel que hubiera podido evitarse si se hubiesen tomado las medidas razonables⁵⁸⁹.

Con propósito integral, podemos perfilar al daño evitable como aquel que la víctima podría haber impedido, disminuido o no agravado en caso de haber adoptado las medidas razonables, activas o pasivas, necesarias para tal fin. Para que el daño sea evitable en sentido jurídico es preciso que estas medidas sean posibles y razonables. Notas que deberán ponderarse en relación a la situación de la víctima⁵⁹⁰.

En cuanto a sus modalidades expresivas, nos interesa anticipar que un daño puede ser considerado evitable en dos sentidos diferentes. El primero y más evidente se revela como agravamiento del daño provocado activamente por la víctima cuando lo podría haber evitado en forma razonable. El segundo se manifiesta cuando se produce un daño que podría haber sido evitado o mitigado si la víctima hubiese adoptado las medidas positivas razonables en orden a tal fin. Vemos, pues, que el principio de razonabilidad atraviesa este instituto como regla señera para determinar en qué casos y con qué alcance existe daño evitable en sentido jurídico.

El móvil por el cual el ordenamiento jurídico captura la realidad del daño evitable no es fortuito, sino que se compadece con la función preventiva de la responsabilidad civil.

Al decir de Jaramillo, *“De una lectura más reactiva, se ha pasado a una más anticipativa y envolvente de eslabones que, in globo, en lo que atañe a la responsabilidad civil, lato sensu, cobijan los prolegómenos del daño-amenaza —o daño-peligro— (in potentia), su posible gestación (fenómeno dañoso), subrayando la trascendencia de evitar (daño evitable), de prevenir, y no solamente de reaccionar después por medio del resarcimiento y de las sanciones pertinentes, según las circunstancias, adquiriendo entonces la consabida prevención un singular status, por lo demás en forma explícita, abandonando el anonimato y una función residual, amén de pasiva, casi intuitiva y a la*

⁵⁸⁷ DIEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pag. 322.

⁵⁸⁸ HARRIS, Donald; CAMPBELL, David; HALSON, Roger; Contract and Tort, Ed. Suffolk Butterworths, 2002, págs.110 -111

⁵⁸⁹ Mediante el empleo de una terminología similar, el Código Italiano califica al daño evitable como aquel que el acreedor o damnificado hubiera podido evitar con la debida diligencia (párr.. 2° del art. 1223).

⁵⁹⁰ Cf. VISINTINI, Giovanna, op. cit. pag. 265 y ss.

vez opaca”⁵⁹¹.

En suma, el ámbito objetivo del instituto en cuestión se ciñe exclusivamente al daño evitable, que actúa como una de las condiciones de aplicabilidad de la exigencia aludida. A *contrario sensu*, aquellos daños que resultan inevitables debido a una imposibilidad fáctica y/o jurídica, o bien debido a que su evitación constituye una exigencia irrazonable para la víctima –sobre la especificación del concepto ampliaremos *infra-*, quedan excluidos del radio de funcionamiento de este deber.

5. Ámbito temporal de aplicación.

El ámbito temporal del instituto está íntimamente relacionado con el momento en el que se manifiesta la conducta de la víctima y el daño evitable.

El deber de mitigar emerge en la etapa del post-daño. Se denomina así, porque presupone la ocurrencia previa de un perjuicio que opera como antecedente necesario del daño evitable. Este perjuicio base actúa como límite temporal a partir del cual reputamos al daño que nos ocupa como posterior.

El Código Civil y Comercial se refiere implícitamente a la dimensión temporal del deber de mitigar el daño evitable. En rigor, el inc. b del art. 1710 hace alusión a: “*medidas razonables para... disminuir su magnitud*”. La disminución de la magnitud de un daño presupone lógicamente la existencia previa del daño respecto al cual opera la medida reductora de su magnitud, de donde resulta diáfano que la exigencia opera con posterioridad a la ocurrencia del daño. De igual modo, el inc. c, al prever “*no agravar el daño, si ya se produjo*” nos está situando en un momento ulterior al daño, lo cual confirma la ubicación del instituto en la etapa del post-daño.

Desde una óptica funcional, De Cupis delimita la dimensión temporal de este ámbito: “*...una vez que el daño ha comenzado, se desenvuelve en una situación dañosa. El objeto de este remedio es el daño todavía no producido que podría posteriormente ser causado por la actividad iniciada, si tal actividad fuese proseguida; bajo tal aspecto, este remedio desempeña una función preventiva, si bien tal función aparece después de que el*

⁵⁹¹JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 20.

daño ha empezado a producirse”⁵⁹².

El deber de mitigar, minimizar, reducir o atenuar el daño, entre otras denominaciones más, en cambio, se sitúa en otro entorno y momento: el post-daño, o sea después de que éste se asoma en la realidad factual y jurídica (ex post). El objetivo es, al decir de Jaramillo, *“propender a que sus efectos no se propaguen, no se extiendan o ensanchen, siendo lo deseable frenar su desenvolvimiento, de ordinario indeseable y desestabilizador, pues puede adquirir proporciones impensadas, arrasando todo lo que encuentre a su paso, así sea uno de los llamados instantáneos —en lo que a su gestación concierne—, que en todo caso tendrá su propia etiología. No hay entonces en la minimización ningún compromiso con la evitación propiamente dicha, salvo que se entienda, en sentido muy lato, que su actuación solícita y diligente puede impedir que el daño avance o progrese, lo que podría considerarse una especie de evitación in futurum, aun cuando para mayor precisión se nos antoja preferible escindir muy bien los momentos: antes del daño, uno, y otro, después del daño (daño-evento)”*⁵⁹³.

En perspectiva comparativa, Venini señala que el deber de mitigar el evitable comprende aquellas *“incriminaciones de negligencia [que] se sitúan cronológicamente en un momento posterior a la producción del siniestro; por ejemplo, si no avisó tan pronto como pudo para proceder a la rápida extinción del incendio originado por el demandado, si no quiso someterse a los tratamientos médicos adecuados para la curación, es decir, si omitió los recaudos mínimos para evitar la agravación de los daños”*⁵⁹⁴.

En pro de una mayor limpieza argumentativa, conviene tratar separadamente al daño evitable posterior al perjuicio originario, y a la conducta de la víctima posterior a dicho evento dañoso.

Respecto a la primera cuestión, conviene referir que el daño evitable posterior es aquel que, vinculado a un perjuicio originario, se exterioriza ulteriormente como agravación de éste. Con anterioridad a la ocurrencia del daño inicial, rige exclusivamente el deber de evitar —no de mitigar— el daño, conforme al principio de prevención y precaución. En dicho orden, remitimos a la distinción efectuada entre ambos deberes en el título 8 del capítulo III de la parte A⁵⁹⁵.

A mayor abundamiento, consideramos que la distinción ontológica entre la

⁵⁹² DE CUPIS, Adriano, *El daño*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 577.

⁵⁹³ FUENTES GUIÑEZ, Rodrigo, *El deber de evitar o mitigar el daño*, publicado en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 2005, pag. 226.

⁵⁹⁴ VENINI, Juan Carlos, *El deber de la víctima de mitigar el daño*, publicado *Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño*, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni., 2008, pag. 87, 88.

⁵⁹⁵ Cf. MÖLLER, Rehnard, *Das Präventiosprinzip des Schadensrechts*, Berlin, Ed. Duncker & Humlot, 2006, pag. 82. Colaboración en la traducción de la Dra. Guillermina Leontina Sosa.

existencia del daño o su simple amenaza impone la aplicación de un régimen jurídico diferenciado para cada una de estas realidades. En respaldo de lo afirmado, Troncoso señala, en tal sentido, que cuando se trata de evitar o prevenir un daño, no existe una víctima ni un responsable más que de forma potencial e hipotética, en contraste con lo que ocurre en el plano de la mitigación que presupone la presencia necesaria de estos sujetos. Por otra parte, no se puede equiparar la situación de un daño que degrada el patrimonio o la persona de la víctima, a la mera amenaza de este daño⁵⁹⁶.

Con mayor precisión, consideramos que el carácter posterior del daño evitable puede exteriorizarse bajo diversas formas: 1) intensificación y/o extensión del perjuicio base, 2) de sus consecuencias dañosas y/o 3) incluso en la provocación de nuevos perjuicios vinculados a aquél.

En cuanto a la conducta de la víctima, entendemos que una de las particularidades del ámbito temporal de aplicación del instituto es que el carácter posterior no sólo se encuentra reflejado en la producción del daño, sino también en la observancia de la conducta de la víctima.

Como consecuencia lógica de lo expresado, podemos sostener que el radio operativo del mentado deber abarca exclusivamente a aquellas conductas sobrevenidas del perjudicado, activas o pasivas, que agravan las consecuencias de un detrimento imputable en sus inicios a la responsabilidad civil de quien tiene a su cargo la reparación del daño. Por antonomasia, cabe excluir aquellas conductas en las que la víctima colabora directamente en la producción del hecho dañoso o que omite adoptar las medidas preventivas exigibles para que el daño no ocurra.

En suma, el ámbito temporal de aplicación del instituto comprende exclusivamente el daño evitable posterior al perjuicio originario, independientemente de que se manifieste como agravación del perjuicio originario, de sus consecuencias o como nuevo daño derivado de éste. Quedan excluidos aquellos daños anteriores o concomitantes al perjuicio originario y los daños que, pese a ser posteriores, no guardan vinculación causal relevante con dicho perjuicio.

En cuanto a la conducta de la víctima, la figura se proyecta exclusivamente sobre aquellas que resultan sobrevinientes al perjuicio originario. Quedan al margen del área de influencia de la figura aquellas conductas de la víctima que son anteriores o concomitantes al perjuicio originario —éstas se rigen por el instituto del hecho o culpa de la víctima—,

⁵⁹⁶ Cf. TRONCOSO, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño, Paris, Ed. DSU Droit Civil Paris I, 2003, pag. 375

aquellas conductas posteriores que no tienen incidencia alguna en la agravación de éste y aquellas conductas posteriores cuya observancia no resulta exigible en el caso concreto.

6. Modalidades expresivas.

El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no tiene una expresión jurídica unívoca, sino que posee dos grandes manifestaciones en el derecho de daños.

La primera modalidad exige que la víctima no agrave el perjuicio originario mediante la realización de actos que acrecienten la amplitud dimensional de las consecuencias del daño. Por ejemplo, el cuentacorrentista que, ante la demora en la acreditación de un cheque en el sistema especial de canje de noventa y seis horas, emite igualmente el título de crédito⁵⁹⁷.

En relación a este supuesto, Alterini y López Cabana aseveran que el mismo se verifica cuando *“la víctima interviene en la prolongación o agravación del daño”*⁵⁹⁸. Con similar lógica, Barbero precisa que este aspecto del deber de mitigar presupone que el acreedor ha concurrido a aumentar el daño mediante una aportación ulterior de eficiencia al hecho del deudor⁵⁹⁹. De Cupis, sin rodeos, advierte que el perjudicado puede agravar con su propio comportamiento la serie de daños⁶⁰⁰.

Se trata del aspecto negativo o prohibitivo del instituto, por cuanto la exigencia proscribiera aquí la realización de una determinada conducta. Estamos ante la manifestación más básica, primaria y evidente del deber de mitigar el daño evitable. En efecto, lo mínimo que se le puede exigir a la víctima es que no aumente el daño más allá de lo que lo ha hecho el agente. Tal es así que, en el derecho romano continental, la figura se patentizó inicialmente como el deber de la víctima, frente a un daño, de asumir una conducta meramente negativa, consistente en no agravarlo con el propio comportamiento⁶⁰¹.

En cuanto a la determinación de los alcances de esta modalidad expresiva, el

⁵⁹⁷ Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala II, J.A., 1979-IV-1972. Ver análisis en el título 4.3. del capítulo I de la parte A de esta tesis.

⁵⁹⁸ ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pag. 326.

⁵⁹⁹ Cf. BARBERO, Domingo, Sistema de derecho privado, Tomo III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967, nro. 632., pag. 88/89.

⁶⁰⁰ Cf. DE CUPIS, Adriano, El daño, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pag. 283.

⁶⁰¹ BENITEZ CAORCI, Juan J., La obligación de minimizar el daño, publicado en RC, S2009 (VI), pag 2.

derecho argentino sigue la línea de la jurisprudencia italiana mayoritaria⁶⁰². En tal orientación, el deber de mitigar el daño evitable en su faz negativa impone que el perjuicio sufrido se circunscriba dentro de los límites que representan una consecuencia directa del comportamiento del deudor sin ulterior interferencia causal por parte del acreedor que agrave el daño.

En los últimos tiempos, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia argentina ha comenzado a hacerse eco de una tendencia cada vez más generalizada en el derecho comparado que, en honor a la buena fe, razonabilidad, solidaridad y otros principios y valores jurídicos como así también a consideraciones estrictamente económicas, ha resaltado el aspecto activo del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima⁶⁰³.

De acuerdo a la lógica expuesta, la víctima no sólo tiene el deber de no agravar el daño con su propio comportamiento, sino también el de mitigarlo activamente mediante la adopción de las medidas razonables en orden a tal fin.

La concepción clásica que cercenaba el deber de la víctima a no aumentar activamente el daño le ha cedido paso al nuevo paradigma conductual que exige que la actividad del lesionado no se limite a un no hacer. Ocurre que, usualmente, la inacción importa un agravamiento o continuación del evento dañoso, circunstancia que pone de relieve la necesidad de que el damnificado asuma una participación activa dirigida a atenuar las consecuencias dañosas del hecho ilícito⁶⁰⁴.

En clave comparativa, Troncoso ilustra claramente la naturaleza específica del débito conductual en su faz activa: *“Reducir el daño significa que la víctima deberá tomar medidas no sólo para evitar nuevos perjuicios, sino para reducir el daño en sí mismo. En otras palabras, se exige de la víctima un esfuerzo más grande, porque además de estancar*

⁶⁰² Corte de Casación Italiana, 17/7/63, n° 1957; 14/11/78, n° 5243; 25/3/88, n° 2589; cotejar con Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re *“Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación”*, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930, y Cam. Nac. Civ., Sala B, in re *“Argiró Hnos. c. Abelenda y Gravino”*.

⁶⁰³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, Tomo IV: Las eximentes, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 1999, pag. 161; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M, Resarcimiento de daños, Tomo 4, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999, pag. 292 y ss.; ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pag. 326. VENINI, Juan Carlos, El deber de la víctima de mitigar el daño, *Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño*, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni., 2008, pag. 93. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re *“Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación”*, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, *“López, Miguel A. c. Gabrielli, María C”*., sala I, 15/06/2006; CSJN, in re *“Albano c/ Transporte de Buenos Aires s/ liquidación”*, 23/05/68. E.D. 23-17.

⁶⁰⁴ Cf. BENITEZ CAORCI, Juan J., La obligación de minimizar el daño, publicado en *RC*, S2009 (VI), pag 2.

los nuevos perjuicios debe trabajar sobre el daño para evitarlo”⁶⁰⁵.

Desde una perspectiva integral, Mosset Iturraspe apunta que el reproche atribuible a la víctima no sólo se verifica cuando el mayor perjuicio sufrido por ésta reconozca como causa fuente, además de la conducta del victimario, su propio quehacer, sino también cuando la víctima omita realizar los actos encaminados a evitar o a disminuir el daño⁶⁰⁶.

La faceta positiva del deber de mitigar el daño evitable se patentiza, justamente, cuando el damnificado no procura los medios exigibles a su alcance para evitar o disminuir el daño. Se trata del aspecto activo del instituto, pues aquí la exigencia no prohíbe, sino que exige la realización de una conducta determinada en orden a impedir un perjuicio evitable. Por ejemplo, cuando la víctima de un accidente de tránsito se resiste a someterse a tratamientos médicos inocuos, con altas probabilidades de curación, y con métodos indoloros⁶⁰⁷.

Tan poderosa ha sido la influencia de esta concepción que existen autores que definen derechamente al deber de mitigar el daño evitable como exigencia que pesa sobre el acreedor del resarcimiento de adoptar todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar las consecuencias del daño causado⁶⁰⁸.

En apoyo de estas ideas, Zavala de González refiere que la conducta de la víctima: *“... puede atenuar la obligación resarcitoria no sólo cuando es con-causa del daño, sino también cuando no elimina o no disminuye el daño imputable a otro, si estas omisiones sobrevinientes coadyuvan a desenvolver el perjuicio inicial. Así es jurídicamente relevante la conducta del damnificado que con ulterioridad al daño originario, guarda una injustificada pasividad sin intentar las medidas razonables para paliarlo*”⁶⁰⁹.

En estos supuestos, si bien la causa de la serie secuencial del daño recae sobre el deudor, ésta podría haber sido menor si un hecho de la víctima, que se podía y se debía

⁶⁰⁵ TRONCOSO, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño, op. cit., pag. 374.

⁶⁰⁶ Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, Tomo IV: Las eximentes, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 1999, 161 pag.

⁶⁰⁷ Cf. CASTRO DURAN, Ricardo Manuel, El hecho o culpa de la víctima como eximente. La agravación de los daños. La negativa al tratamiento médico. El no arreglo del automotor. Revista de Derecho de Daños, Eximentes de responsabilidad, (II): 218-219. Ver análisis de fallo en el título 4.7. del capítulo I de la parte A de esta tesis.

⁶⁰⁸ SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en Anuario de Derecho civil, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 960.

⁶⁰⁹ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M, Resarcimiento de daños, Tomo 4, Buenos aires, Ed. Hammurabi, 1999, pag. 292 y ss.

cumplir, no hubiese sido omitido⁶¹⁰.

Como podemos advertir, en todas estas citas de doctrina surge la recurrente referencia a la desidia, a la incuria, al abandono por parte de la víctima de la adopción de todas aquellas medidas que podrían haber reducido el perjuicio experimentado. El rostro de la culpa en sus distintas conformaciones aparece así en evidencia⁶¹¹.

Una comprensión cabal del aspecto activo del deber de mitigar el daño evitable nos impulsa a reconsiderar el concepto de omisión. En tal sentido, Moore aclara: *“las omisiones de las que se ocupa el derecho casi nunca son omisiones de causar algo, como una muerte; son, en cambio, omisiones de evitar eventos, como muertes. Así que para entender qué es omitir, tenemos que entender qué es evitar”*⁶¹².

Nos aproximamos, pues, a una institución de la responsabilidad civil que, según Santos Ballesteros, ha sido conceptualizada como abstención en la acción. Aludimos sin más a supuestos en los cuales es necesario desplegar una determinada actuación o conjunto de actuaciones, siendo reprochable lo contrario por parte de quien debiendo actuar no actuó, con claras repercusiones en el círculo de intereses de otro, naturalmente en forma negativa⁶¹³.

Hecha esta digresión, y evaluado el estado de la cuestión en el derecho argentino y comparado, consideramos que el ordenamiento jurídico exige que los sujetos de derecho se comporten con plena observancia de la buena fe y la solidaridad. Que no sólo respeten los derechos ajenos, sino que procuren en la medida de lo razonable la satisfacción de los derechos de los demás sin conculcar sus legítimas expectativas, sin proceder contradictoriamente, sin dañar a nadie.

El Código de Vélez guarda silencio al respecto. Empero, la normativa jurídica particular (ver título 7 del capítulo III de la parte A), la jurisprudencia (ver título 4 del capítulo I de la parte A), la doctrina (ver capítulo III de la parte A), la comprensión gnoseológica de la responsabilidad civil (ver capítulo II de la parte A), consideraciones de

⁶¹⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pag. 326.

⁶¹¹ Venini se aferra a la idea de culpa en el entendimiento de que *“la índole de conductas reprochables tiene un destinatario final: el autor del daño o el responsable, de manera que no son propiamente daños contra sí mismos, dado que la finalidad que despliegan los comportamientos mencionados apuntan a perjudicar a quien aparece como responsable, de modo de llevar a éste a hacerse cargo de perjuicios que no ha provocado”*. Ver VENINI, Juan Carlos, El deber de la víctima de mitigar el daño, Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni., 2008, pag. 93.

⁶¹² MOORE, Michael, Causalidad y responsabilidad, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2011, págs. 192 y 193

⁶¹³ Cf. SANTOS BALLESTEROS, Jorge: Responsabilidad civil, t. i, Bogotá, Universidad Javeriana y Ed. Editorial Temis, 2012, pag. 32 y ss.

análisis económico de derecho (ver capítulo IV de la parte A) la evolución histórica de la figura en el derecho argentino (ver capítulo V de la parte A) y la tendencia predominante en el derecho comparado (ver capítulo VI de la parte A), convergen en la necesidad de reconocer que este deber no se completa con la mera abstención de agravar el daño evitable, sino que además exige la adopción de medidas razonables tendientes a conjurarlo.

El Código Civil y Comercial, amén de lo ya expresado, cuenta con un respaldo normativo directo en lo que concierne al reconocimiento del deber de mitigar el daño evitable en su aspecto positivo y negativo. Por un lado, el inc. b del art. 1710 puntualiza el deber de *“adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca el daño, o disminuir su magnitud...”*. A su turno, el art. c del artículo aludido, refiere al deber de *“no agravar el daño, si ya se produjo”*.

En este orden, no tenemos dudas de que la mitigación del daño evitable reclama una intervención negativa y/o positiva por parte de la víctima, en razón de que los comportamientos negativos no siempre tienen la fuerza necesaria para impedir o inhibir el curso causal de los acontecimientos, requiriéndose un opus y también un officium⁶¹⁴.

Ante el interrogante sobre si el instituto impone una conducta positiva o meramente negativa, nos inclinamos decididamente por la primera alternativa. A nuestro respaldo acude Lilian San Martín⁶¹⁵ con un triple fundamento: *“Lógico, porque no se comprendería la razón de permitir que la víctima permanezca pasiva frente al daño que se le causa, bajo pretexto de que, en definitiva, el autor deberá compensarla. Moral, porque todos tenemos también la obligación de cautelar nuestros propios intereses, sean ellos patrimoniales o extrapatrimoniales; es decir tenemos un deber de cuidado propio para actuar en sociedad. Y económico, porque es evidente que la utilidad general manda a que se eviten daños y si ello no es posible, que al menos se reduzcan en su dimensión”*. Nos permitimos reiterar, asimismo, el fundamento jurídico, a propósito de las exigencias que emanan del principio general de buena fe y demás normas mencionadas en el título 7 del capítulo III de la parte A.

Cuando despunta la omisión, la indiferencia, la insolidaridad, la pasividad y la víctima-acreedora se torna espectadora y no hace lo que racionalmente se esperaría que hiciera, no puede garantizarse que su derecho a ser resarcida permanecerá incólume, en atención a que tiene, supuestamente, la facultad de exigir la totalidad del daño experimentado. Es que existen insoslayables deberes de conducta que no pueden ser

⁶¹⁴ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, op. cit. 136, pag. 137.

⁶¹⁵ Cf. SAN MARTÍN, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2012, pag. 27 y ss.

desconocidos por la víctima. Al decir de Jaramillo, “*cooperar no es una actuación ex gratia, que dependa del estado de ánimo del acreedor-deudor, en este caso la referida víctima, o de un comportamiento dadivoso suyo, como si fungiera de filántropo; por el contrario, es un imperativo que supone obrar con esmero y mesura: ex abundante cautela*”.

Recapitulando, el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima presenta dos modalidades expresivas fundamentales. A saber: el deber de no agravar el daño evitable y el deber de adoptar las medidas razonables para mitigarlo.

Sin perjuicio de las especificaciones que haremos oportunamente, cabe resaltar que la exigibilidad de este deber, o más exactamente del aspecto negativo de este deber, rige ampliamente en todos aquellos casos en que la víctima haya sufrido un daño susceptible de ser agravado. Es decir, el contenido del deber de mitigar el daño evitable en su aspecto negativo, es idéntico e invariable en cualquier relación jurídica: la víctima debe siempre una abstención, un no hacer, debe, en definitiva, no agravar el daño.

Este aspecto negativo o pasivo del instituto tiene una proyección cuantitativamente superior al aspecto activo, lo cual significa que en la realidad son más los daños evitables que pueden ser agravados por el damnificados que aquellos que pueden ser reducidos mediante la adopción de medidas positivas. Es que no resulta difícil advertir que, a menos que el interés jurídico tutelado sea erradicado in totum o que la víctima se halle imposibilitada de actuar, no existe, en la práctica, daño que no pueda ser fácticamente agravado por la víctima. En cambio, no siempre la víctima se encuentra en condiciones de adoptar medidas positivas razonables para mitigar el daño evitable. En los hechos, suele ser más fácil no hacer que hacer.

En sustento de lo expresado, cabe señalar que, en el gráfico G1 -expuesto en el primer capítulo de la parte A-, que ilustra la proporción del daño evitable posterior por adopción de medidas positivas sobre el daño total, el 31% de los encuestados contestó que la posibilidad de mitigar este daño es “*mucha*”, el 40% “*moderada*”, el 27% “*poca*”, y un 2% “*ninguna*”. En contraste, el gráfico G2 que representa la proporción del daño evitable posterior por agravación positiva sobre el daño total reflejó que el 62% de los consultados respondió “*mucha*”, ¡el doble en comparación al gráfico G1! En tanto que el 28% contestó “*moderada*”. El 8% “*poca*”. Y el 2% “*ninguna*”. Con todo, la proporción del daño evitable por adopción de medidas positivas no deja ser significativa.

A modo de cierre, diremos que la identificación de las modalidades expresivas del deber de la víctima de mitigar el daño evitable no encierra una cuestión netamente teórica, sino que es un tema que posee gran trascendencia práctica por cuanto los efectos jurídicos

del instituto, como veremos a continuación, son sensibles a las características específicas de la conducta debida por la víctima.

7. Presupuestos.

En los títulos 3, 4 y 5 de este capítulo, nos hemos referido al ámbito de aplicación del instituto entendido como condición para aplicar válidamente el régimen correspondiente al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En este apartado, nos ocuparemos de analizar de qué modo tales condiciones repercuten sobre los presupuestos de la responsabilidad civil, ya sea por adición, sustracción o modificación.

Este análisis será fundamental para perfilar los presupuestos del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el sistema de responsabilidad civil, como contexto de aplicación de la figura.

En tal sentido, podemos distinguir entre presupuestos generales y específicos. Los primeros coinciden con los presupuestos generales de la responsabilidad civil, con las adaptaciones lógicas que merecen toda vez que refieren al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Los segundos son propios y exclusivos de la figura en análisis, importan la previa verificación positiva de todos los presupuestos generales y están orientados a precisar si a la víctima le son atribuibles las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable.

Al referirnos al ámbito de aplicación subjetivo del instituto, sostuvimos que la aplicación de esta figura importa de suyo la presencia de una víctima y un responsable.

Esto significa que la responsabilidad del demandado constituye una condición sine qua non para que podamos activar el régimen del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. La razón es lógica: la víctima, en sentido técnico-jurídico, no es sino la persona física o jurídica que sufre el daño resarcible que se encuentra en relación de causalidad jurídicamente relevante con el hecho generador en virtud del cual se le atribuye responsabilidad a un sujeto determinado de acuerdo a un factor objetivo o subjetivo. Ergo, no hay víctima sin responsabilidad. A fortiori, no hay deber de la víctima de mitigar el daño evitable si no hay víctima.

Sobre la base de que la responsabilidad es condición de existencia de la víctima en sentido técnico-jurídico, consideramos que la aplicación del instituto exige la verificación

de todos los presupuestos de la responsabilidad civil. Empero, no corresponde efectuar, en tal sentido, una traslación indiscriminada y en bloque de cada uno de estos presupuestos, sino que el esquema tradicional debe revisarse a la luz de la dimensión normativa, fáctica y axiológica de la mitigación del daño evitable.

Fieles a esta idea, ensayaremos seguidamente una reconsideración de los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil en el contexto de la figura estudiada:

- Hecho generador o “*mal llamada antijuridicidad de la conducta*”. Técnicamente, la expresión “*hecho generador*” se corresponde con la de “*hecho humano*” (art. 897 del Código Civil; art. 257 del Código Civil y Comercial), ya sea voluntario o involuntario, ya sea positivo o negativo.

El “*hecho generador*” comprende cualquier manifestación humana, comisiva u omisiva, que provoca un resultado en el mundo exterior. No requiere la presencia de voluntariedad en el agente; basta con que proceda de una persona. Abarca los denominados actos habituales, instintivos, los que emanan de estados de inconsciencia y, por supuesto, también los voluntarios.

Partimos de un concepto amplísimo, toda vez que advertimos que no siempre la acción u omisión que causa el daño configura una conducta antijurídica e, incluso, una conducta. Vrg. daño causado por sujeto absolutamente incapaz, que resulta resarcible en virtud del factor equidad (art. 907 del Código Civil; art. 1750 del Código Civil y Comercial). Bien explica Belluscio que los hechos humanos involuntarios tienen un tratamiento legal propio y, contrariamente a los naturales, pueden engendrar responsabilidad civil⁶¹⁶. El límite de mínima del derecho de la responsabilidad es la intervención humana.

Sin perjuicio de lo afirmado, de los arts. 1066 y 1074 del Código de Vélez surge la necesidad de que medie una conducta antijurídica como presupuesto de responsabilidad civil. Y, a su vez, se identifica a la antijuridicidad con la ilicitud, al definir a la primera como prohibición legal expresa. Luego, no cualquier hecho generador del daño podría ser calificado como antijurídico, ya que bien podría ocurrir que éste no se encontrara vedado, o bien que se hallase permitido en virtud de una causa de justificación.

No obstante, la doctrina y jurisprudencia han ido suplantando esta idea de antijuridicidad formal por una idea de antijuridicidad material consistente, no ya en la contradicción entre la conducta y la ley, sino más bien en la inadecuación de la primera al ordenamiento jurídico globalmente considerado como conjunto de normas y principios

⁶¹⁶ BELLUSCIO, Augusto; ZANNONI, Eduardo, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, TomoIV, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1994, pag. 11.

jurídicos. Asimismo un importante sector doctrinario reconoce, sobre la base de una interpretación sistemática basada en principios, supuestos concretos en los que procedería el denominado daño injusto o responsabilidad por actividad lícita o por hecho involuntario, en cuyo caso ni la antijuridicidad y, hasta a veces, ni la conducta se postularían como un presupuesto de la responsabilidad civil⁶¹⁷.

El Código Civil y Comercial acoge, en efecto, esta última solución, pero para ello, en lugar de admitir la responsabilidad sin antijuridicidad –por la sola presencia del hecho generador en relación causal adecuada con el daño jurídico según un factor de atribución de responsabilidad-, estira el concepto de antijuridicidad englobando cualquier acción u omisión que cause un daño y no esté justificada (art. 1717). De ahí que, según la nueva codificación, la antijuridicidad se expresa como mera violación genérica al *alterum non laedere* sin causa de justificación alguna.

De lege ferenda, consideramos más adecuado reconocer la existencia de supuestos de responsabilidad sin antijuridicidad mediante la subsunción de éstos dentro del concepto más amplio de “*hecho generador*”, a tergiversar el concepto de antijuridicidad para volverlo comprensivo de situaciones en las que ni siquiera llega a haber conducta. Conforme al realismo jurídico clásico, la categoría de “*jurídico o antijurídico*” sólo puede predicarse respecto a conductas humanas, lo que presupone una cuota mínima e inicial de voluntariedad en el obrar del agente, aún cuando se verifique algún vicio de la voluntad. Es por eso que resulta contradictoria la calificación de un hecho que no es conducta como antijurídico. De ahí que la expresión “*hecho generador*” devenga más apropiada para abarcar todas las causas fácticas aptas para implicar la responsabilidad de una persona.

En suma, la característica distintiva del hecho generador es su aptitud causal, en virtud de alguno de los factores de atribución previstos en el orden jurídico, para comprometer la responsabilidad civil de una o varias persona/s determinada/s. Ello por cuanto el instituto de la mitigación del daño evitable importa, como decíamos, la presencia de una víctima y un responsable.

- Daño originario, es toda lesión a un interés no ilícito cuya indemnidad esté tutelada por el derecho (art. 1068 del Código Civil; y art. 1737 del Código Civil y Comercial)⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Cf. AGOGLIA, María M., Boragina, Juan C. y Meza, Jorge A., Responsabilidad por incumplimiento contractual, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1993, pag. 118.

⁶¹⁸ El Código de Vélez no brindada ninguna definición de daño. Sólo lo hacía referencia en su art. 1067 a la necesidad de existencia de un daño para que un acto pudiera ser calificado como ilícito, y en los arts. 1068 y 1069, el legislador aludía a que habría daño siempre que se causara a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Sin embargo un importante sector de la doctrina

Se lo denomina originario, pues se trata de un perjuicio que antecede a la ocurrencia del daño evitable que, por lo general, suele ser una prolongación o intensificación de aquel o bien un nuevo daño causalmente conectado al perjuicio originario⁶¹⁹.

Como ya hemos explicado, el daño originario también puede ser directo o indirecto, según se derive de la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial propio, o de un ilícito que tiene por víctima a un tercero, respecto de quien existía un interés patrimonial o extrapatrimonial que resulta conculcado.

Al referirnos al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, pensamos las más de las veces en daños patrimoniales. Sin perjuicio de la mayor gravitación cuantitativa de este tipo de perjuicios, consideramos igualmente que el daño moral puede asimismo dar lugar a la aplicación de esta figura.

De todos modos, cabe aclarar que, en este último caso, el test de razonabilidad de las medidas de mitigación del daño evitable resultará más estricto, por cuanto aparecen límites jurídicos relacionados con el derecho a la autodeterminación y a la intimidad (art. 19 de la CN.NC.) que restringen, con mayor vigor, el alcance de las medidas exigibles a la víctima.

Allende la naturaleza del daño, lo relevante es que sea resarcible. En este aspecto, el Código Civil establece dos grandes categorías de daños resarcibles: daño patrimonial (emergente y lucro cesante) y daño moral. El Código Civil y Comercial, mediante una lógica similar, distingue entre disminución del patrimonio de la víctima y consecuencias no patrimoniales. El primero, daño al patrimonio, está regulado por los arts. 519, 1068, 1069 y cctes. del Código Civil, y arts. 1738 y cctes. del Código Civil y Comercial. El segundo, en los arts. 522 y 1078 y cctes. del Código Civil, y art. 1741 del Código Civil y Comercial. Las lesiones a la integridad psicofísica, a la estética, y a la vida en relación, constituyen formas de lesividad que pueden generar la obligación de responder, según la índole de los intereses afectados y de las proyecciones patrimoniales o espirituales de sus consecuencias. De ningún modo estas últimos configuran categorías autónomas de daños resarcibles. Sólo resultan reparables en la medida de que repercutan como daño patrimonial o moral en el

bregaba por la concepción de daño expuesta.

El Código Civil y Comercial consagró legislativamente una definición moderna de daño resarcible, lo que le ha puesto fin a la discusión doctrinaria sobre cuál es el concepto de daño receptado en la codificación.

⁶¹⁹ Cf. VISINTINI, Giovanna, op. cit. pag. 265 y ss.

Código Civil, o bien como disminución patrimonial o consecuencia no patrimonial en el Código Civil y Comercial⁶²⁰.

- Relación de causalidad entre el hecho generador y el daño originario. Debe existir una conexión jurídica-causal necesaria entre el hecho atribuible al responsable y el daño originario (arts. 901 y cctes del Código Civil; art. 1726 del Código Civil y Comercial). Dicho de otro modo, el perjuicio inicial debe guardar una relación de causalidad jurídicamente relevante con la manifestación conductual o meramente fáctica achacable al responsable. En caso contrario, no habría responsabilidad por daños y, por ende, no tendría asidero el problema de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima⁶²¹.

Aclara Llambías que la causalidad jurídicamente relevante no apunta a un mecanismo material, sino al hombre como artífice y protagonista de los procesos y de las situaciones a través de sus actos⁶²².

Mientras que, en el mundo natural, la causalidad se expresa en una serie infinita, compleja y concurrente de hechos, en el mundo jurídico la causalidad es una captación fáctica realizada en función de criterios normativos determinados. En el plano de la estructura de la regla jurídica, no es desatinado afirmar que la relación causal se describe como “*factum*” en el presupuesto fáctico de la norma. Así, cuando decimos que “*el que ha causado un daño debe responder*”, el “*haber causado*” es un hecho positivo o negativo al cual se imputa la obligación de responder, pero no necesariamente es el hecho que causa el daño en el orden fáctico-material.

Es importante destacar que el vínculo causal entre el hecho generador atribuible al responsable y el daño resarcible puede ser exclusivo o concurrente. Esto significa que el aporte causal que se le endilga al responsable en la producción del resultado dañoso puede ser la única causa jurídicamente relevante del daño, o bien puede ser un factor concurrente con el hecho de la víctima o un tercero por el cual aquél no debe responder. La condición indispensable para que pueda aplicarse el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima es que el daño resarcible sea causado total o parcialmente por una conducta o hecho atribuible al responsable.

- Factor subjetivo u objetivo atribuible al responsable del daño. Se trata del elemento axiológico-jurídico en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la

⁶²⁰ Cf. CSJN, in re “*Camargo, Martina y otros c. Provincia de San Luis y otra*”, publicado en Suplemento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejemplar del 23/4/2003, pag. 70 y ss.

⁶²¹ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, , 2007, pag. 94 y ss.

⁶²² LLAMBIAS, Jorge J., *Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes*, Estudios deDerechoCivil, en homenaje a Héctor Lafaille, Depalma, Buenos Aires, 1986.

imputación de las consecuencias dañosas derivadas de una conducta a una persona determinada.

Los factores subjetivos son el dolo y la culpa (arts. 506, 1072 y 512 del Código Civil; y art. 1724 del Código Civil y Comercial). Los factores objetivos son aquellos que operan con prescindencia de la idea de culpa, dolo e, incluso, de la voluntariedad del agente.

De acuerdo al factor de atribución aplicable, la relación del responsable con el daño varía notoriamente. Cuando el factor de atribución es subjetivo, es la conducta del propio responsable la que interviene directa o indirectamente en la producción del daño, sea por acción u omisión. Cuando el factor de atribución es objetivo, no necesariamente la conducta del responsable opera como causa material del daño. Por ejemplo, en el caso de un accidente de tránsito provocado por un automóvil conducido por un demente no declarado que lo ha tomado sin su consentimiento, la responsabilidad por los daños causados es del dueño de la cosa, aunque su conducta no mantenga ninguna vinculación causal con la ocurrencia del evento dañoso.

A nivel doctrinario, se discute arduamente si corresponde excluir la aplicación del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el caso de que el responsable haya obrado con dolo en la producción del perjuicio originario.

Una posición, defendida por Troncoso, considera que en aquellos supuestos en que el daño es causado con dolo, la víctima, de acuerdo a principios de equidad y justicia, no está llamada a tomar las medidas necesarias con el objeto de moderar el daño, lo que no significa que pueda hacerlo en forma voluntaria. Por lo tanto, en caso de dolo del responsable, la obligación de moderación por parte de la víctima se convierte en una potestad, abandonando su carácter imperativo⁶²³.

En sentido contrario, Alterini y López Cabana aseveran que si la limitación del alcance del resarcimiento reposa, por una parte, en el principio de buena fe y, por la otra, en la adjudicación de autoría del plus de daño al propio damnificado, es obvio que ninguna distinción corresponde efectuar según haya mediado culpa o dolo en el hecho generador. El deudor doloso no puede ser llamado a responder por daños originados en una serie causal distinta a la que él puso en marcha, toda vez que (...) el tramo correspondiente a su

⁶²³ Cf. TRONCOSO, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño, op. cit., pag. 355. Si bien la posición es planteada en el ámbito del derecho colombiano, consideramos que, por sustentarse en principios jurídicos universales, cabe su reproducción en el debate abierto en el derecho argentino.

agravación fue provocado por la propia víctima⁶²⁴.

Por nuestra parte, compartimos esta última posición. Amén de lo ya expresado, estimamos que el dolo del responsable en la causación del daño originario no debe condicionar la aplicación del instituto de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima, atento a que ambos operan en momentos diferentes. En la hipótesis planteada, el dolo del responsable interviene en la etapa de producción del hecho dañoso originario, en tanto que la conducta agravatoria u omisiva de la víctima tiene lugar en la etapa posterior a la ocurrencia de dicho perjuicio.

A mayor abundamiento, resta acotar que las consecuencias desfavorables para el responsable que actúa con dolo en la producción del daño están preestablecidas en la ley. A saber: el responsable que actúa dolosamente debe responder hasta por las consecuencias casuales en materia extracontractual (art. 905 del Código Civil) –de no haber dolo, sólo le serían imputables las consecuencias inmediatas y mediatas en esta órbita- y hasta por las consecuencias mediatas en materia contractual (art. 904 del Código Civil) –de no haber dolo sólo le serían imputables las inmediatas-. El nuevo Código Civil y Comercial no prevé que, en caso de dolo, corresponda aumentar per se la extensión de las consecuencias reparables, pero sí que la indemnización se fije considerando tales consecuencias al momento del incumplimiento (art. 1728).

Otra consecuencia para el responsable que obró con dolo es que la responsabilidad es solidaria entre todos los partícipes del hecho ilícito doloso (art. 1081 del Código Civil), a diferencia del Código Civil y Comercial que, para los casos de responsabilidad directa con pluralidad de responsables, dispone la aplicación de las reglas de la solidaridad con prescindencia de que haya habido culpa o dolo.

Deviene inaplicable la atenuación de la indemnización por razones de equidad si el responsable obró con dolo (art. 1069 del Cód. Civil; y art. 1742 del Código Civil y Comercial).

Fuera de las mencionadas, no existe otras previsiones normativas que justifiquen la ampliación *secundum legem* de los efectos negativos del dolo del responsable y, específicamente, la inaplicabilidad del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Además, el Código Civil y Comercial tiende a diluir el tratamiento diferenciado entre la acción antijurídica dolosa y no dolosa, circunstancia que opera en detrimento de una interpretación expansiva de los efectos del dolo. Y, más importante aún, cuando refiere

⁶²⁴ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pag. 327.

al deber de mitigar el daño evitable en el art. 1710 inc. b y c., no condiciona su exigibilidad a que la conducta del responsable no haya sido dolosa. Con lo cual, no cabría distinguir allí donde la ley no distingue.

Finalmente, la función preventiva de la responsabilidad civil, que el Código de Vélez reconoce en forma implícita merced a la influencia del principio constitucional de prevención (art. 42, 75 inc. 22 de la CN), y que el Código Civil y Comercial consagra expresamente (art. 1708), nos conduce a interpretar, en caso de duda o ausencia de norma expresa, a favor de aquella opción regulatoria que mejor concrete el objetivo de prevenir el daño.

A la luz de estas reflexiones, no es difícil advertir que la posición contraria, lejos de defender principios de equidad y justicia, introduce una solución retributiva o de venganza privada que luce incompatible con la proyección lógica del principio de buena fe en las relaciones jurídicas resarcitorias. La mala fe de una parte no autoriza a la mala fe de la otra; el deber de obrar con lealtad no es compensable.

Por su parte, los presupuestos específicos son aquellos que deben concurrir para que se pueda tener por incumplido el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Se trata de una instancia de análisis que se habilita una vez que se han verificado positivamente los presupuestos generales de la responsabilidad civil, es decir una vez que está asegurada la presencia de una víctima y de un responsable.

Estos presupuestos no hacen más que reglamentar cómo funciona el deber de mitigar el daño evitable como límite cualitativo y cuantitativo del daño indemnizable. Por tal motivo, la fase lógica en la que se analizan los presupuestos específicos es la que corresponde a la determinación de la extensión del resarcimiento. Dicho de otro modo, primero el juez establece si hubo o no responsabilidad del demandado. Luego, si la hubo, procede a fijar la extensión de la reparación debida en virtud de tal responsabilidad. Es en dicha instancia cuando adquiere sentido la aplicación del instituto, en aras de determinar si corresponde limitar parcial o totalmente la extensión del daño indemnizable con fundamento en la violación del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

A continuación, analizaremos en forma particularizada cada uno de los presupuestos específicos de la exigencia aludida:

- Conducta antijurídica agravadora, comisiva u omisiva, obrada por la víctima. Es preciso que la víctima haya agravado el daño o que no haya impedido la mayor extensión o

intensidad de éste mediante la adopción de medidas de mitigación que le sean razonablemente exigibles⁶²⁵.

La conducta constituye una especie dentro del género “*hecho humano*”. La conducta es un tipo de hecho humano, que se distingue por su carácter voluntario. El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima presupone únicamente hechos humanos voluntarios, con exclusión de las acciones involuntarias.

Esta conducta admite, como ya hemos estudiado, dos modalidades expresivas: la comisión y la omisión. Específicamente, la acción realizada positivamente por parte de la víctima que agrava el daño, y la omisión de adoptar las medidas tendientes para mitigar el daño evitable en circunstancias en que hubiese sido razonable hacerlo.

La segunda condición que debe asumir la conducta para dar lugar a la aplicación del régimen de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima es que resulte objetivamente antijurídica, es decir que resulte contraria al ordenamiento jurídico íntegramente considerado, ya sea por conculcar normas o principios jurídicos.

La antijuridicidad aplicada al ámbito de la mitigación del daño evitable se expresa en la violación del principio de buena fe, que exige colaborar con la contraparte en orden a la realización de sus intereses jurídicos. En el caso del responsable, su interés jurídico reside en que no se incremente el daño por el cual tendrá que responder y, por ende, no se torne más gravosa su obligación indemnizatoria.

Nos referimos aquí a la conducta antijurídica en sentido estricto, es decir a la acción u omisión humana voluntaria, que resulta violatoria de un deber jurídico. Es que si no hubiera conducta no podría haber quebrantamiento de un deber jurídico; todo quedaría reducido a una cuestión material o mecánica, más no jurídica. De ahí que el concepto lato de antijuridicidad que aporta el Código Civil y Comercial (art. 1717) comprensivo de cualquier acción u omisión que cause un daño no justificado no pueda ser empleado para interpretar este requisito.

Esclarecer la antijuridicidad no es tarea sencilla debido al margen considerable de indeterminación material que presenta la conducta debida por la víctima, sobre todo cuando nos referimos al agravamiento del daño por no adoptar las medidas razonables para mitigarlo. Por ejemplo, ante un cortocircuito causado por el mantenimiento defectuoso de la red eléctrica pública que deriva en la interrupción del suministro de energía a una fábrica y, en consecuencia, paraliza la producción, las medidas razonables a adoptar para mitigar el daño por parte del titular de la empresa pueden ser varias: dar aviso a la empresa

⁶²⁵ Cf. GOLDENBERG, Isidoro H., *Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1993, pag. 207.

proveedora, activar fuentes energéticas alternativas, perimetrar la zona de riesgo para evitar que los operarios puedan ser dañados por una descarga eléctrica, etc.

Como lo analizaremos oportunamente, la razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado que debe integrarse en el caso concreto y que no arroja resultados invariables en todos los supuestos.

Existen causas de justificación que enervan la antijuridicidad de la conducta de la víctima y que actúan como límite a la exigencia de mitigar el daño evitable. En dicho orden, cabe mencionar al ejercicio regular de un derecho, al cumplimiento de una obligación legal, al estado de necesidad, la legítima defensa y el consentimiento del responsable. Profundizaremos sobre tales causas al ocuparnos de los límites del deber de mitigar el daño evitable en el título 9 de este capítulo.

En suma, este presupuesto importa la presencia de una conducta antijurídica obrada por la víctima en contravención con el principio de buena fe. Por vía negativa, la conducta lícita, las acciones involuntarias, los hechos del hombre y de las cosas quedan excluidos como manifestación apta para justificar la aplicación el instituto de la mitigación del daño evitable.

- Daño evitable posterior. Hacemos referencia aquí a aquel daño que se expresa como intensificación y/o extensión del perjuicio base, de sus consecuencias dañosas y/o incluso en la provocación de nuevos perjuicios vinculados a aquel.

El daño evitable es aquel que la víctima podría haber impedido, disminuido o no agravado en caso de haber obrado la conducta comisiva u omisiva que le era razonablemente exigible en el caso concreto.

Se denomina posterior, porque presupone la ocurrencia previa de un perjuicio que opera como antecedente necesario. Sobre el punto, remito a lo expresado en el título correspondiente al ámbito objetivo y temporal de aplicación.

Para que el daño sea evitable en sentido jurídico no basta con que se puede impedir en el orden fáctico, sino que es preciso que tanto la abstención de la acción como las medidas que se adopten en el caso concreto sean razonables, aspectos que analizaremos detenidamente a la hora de estudiar el contenido, los límites y las pautas de valoración de la conducta exigible a la víctima⁶²⁶.

- Relación de causalidad entre la conducta de la víctima y el agravamiento o no disminución del daño evitable. Si se trata del agravamiento del daño, el nexo de causalidad será positivo, en el sentido de que habrá que determinar si efectivamente la conducta de la

⁶²⁶ Cf. VISINTINI, Giovanna, op. cit. pag. 265 y ss.

víctima ha sido causa adecuada del agravamiento del daño. Si se trata de la no mitigación del daño evitable, el nexo de causalidad será negativo, en cuanto habrá que representarse la hipótesis mental de si el agravamiento del daño se hubiese podido evitar en caso de que la víctima hubiese adoptado las medidas razonables tendientes a mitigarlo. Confirmada dicha hipótesis con grado de probabilidad suficiente o certeza, se tendrá por verificada la relación de causalidad⁶²⁷.

En este aspecto, nos parece atinado reemplazar la expresión nexo de causalidad por nexo de evitación. Pues, en definitiva, aludimos a la muy alta probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado. Este nexo de evitación se establece mediante una hipótesis mental similar a la que empleamos para establecer el nexo de causación en la estructura típica activa: si imaginamos la conducta debida y con ello desaparece el resultado, habrá un nexo de evitación, en tanto que si imaginamos la conducta debida y el resultado permanece, no existirá un nexo de evitación⁶²⁸. Mutatis mutandis, si la adopción hipotética de las medidas razonables por parte de la víctima arroja una elevada probabilidad de que el resultado hubiera desaparecido corresponderá afirmar la existencia de relación de causalidad entre la conducta agravadora y el daño evitable posterior.

En orden a precisar en el ámbito del Código Civil qué consecuencias de la conducta agravatoria del daño deben atribuirse a la víctima, consideramos que resulta aplicable por analogía el régimen de imputación de consecuencias con base en la teoría de la causalidad adecuada (arts. 901 y ss. del Código Civil). En el plano contractual, a la víctima le serán imputables las consecuencias inmediatas, y también las mediatas si obró con dolo (art. 521 del Código Civil). En el extracontractual, corresponderá imputar a la víctima las consecuencias inmediatas y mediatas, y también las causales si procedió dolosamente (art. 905 del Código Civil).

El nuevo Código Civil y Comercial plantea diferencias importantes en el régimen de imputación de consecuencias con relación al Código Civil. Como regla general aplicable a todo supuesto de responsabilidad, el art. 1726 establece que son reparables las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, salvo disposición legal en contrario.

En materia contractual, el art. 1728 del mismo cuerpo determina que se responde: *“por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de*

⁶²⁷ Cf. CRESPO, Mariano Medina, La valoración civil del daño corporal, Bases para un tratado, Tomo III, Volumen I, Las reglas generales del sistema, Ed. Dykinson, 1999, Madrid, pag. 242 y ss.

⁶²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Sexta edición, Buenos Aires, Ed. Sociedad Anónima Comercial, Industrial y Financiera, 1998, pag. 453.

su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

Sin perjuicio de ello, corresponderá a los jueces ponderar esas circunstancias objetivamente, atendiendo a las particularidades del caso, a fin de precisar si, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, han tenido aptitud para producir como efecto el resultado dañoso dentro del marco de la causalidad adecuada. El nuevo Código adopta expresamente la teoría de la causalidad adecuada (art. 1726)⁶²⁹.

Conviene advertir que la verificación práctica de la relación de causalidad que examinamos en esta etapa del procedimiento presenta un nivel de complejidad mucho mayor que la que importa la comprobación de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil. Es que ya no se trata simplemente de analizar la vinculación fáctica-jurídica entre un antecedente –el hecho generador- y un consecuente –el daño resarcible-, sino que en esta instancia analítica es preciso también deslindar el perjuicio originario y su respectivo agravamiento ulterior, como condición ineludible para poder ponderar la incidencia causal de la conducta de la víctima en la etapa del post-daño. Por ejemplo, si la víctima sufrió un daño físico por una mala praxis médica-quirúrgica, y luego ese daño se agravó por un accionar incurioso de ésta que no se aplicó los tratamientos paliativos correspondientes, habrá que distinguir sobre el daño final cuál es la extensión del perjuicio que corresponde a la mala praxis médica y cuál es aquella otra -agravamiento del daño- que responde a la conducta omisiva de la víctima.

En relación a este aspecto, cabe señalar que el nexo de causalidad entre la conducta antijurídica de la víctima y el daño evitable posterior no posee una expresión unívoca. La comparación entre el daño originario y el daño posterior puede reflejar diversas formas de “*causalidad agravatoria*”. En algunos casos, el nexo de causalidad supondrá una transición del perjuicio originario a un daño de mayor extensión; en otros a un daño de mayor intensidad, a un nuevo daño derivado de aquél, o bien a un daño que combine varias de estas expresiones.

Es necesario acotar que el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima opera no sólo cuando el agravamiento del daño evitable encuentra exclusiva razón de ser en la conducta antijurídica, comisiva u omisiva, observada por la víctima, sino también cuando éste es el resultado de la concurrencia causal de la conducta de la víctima con otro hecho distinto que no le es atribuible a ésta. Por ejemplo, la víctima que, a raíz de la inundación de su campo por el desvío ilegítimo de un canal de afluentes provocado por el

⁶²⁹ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo 3, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 105.

propietario del fundo vecino, sufre, amén del perjuicio derivado del acto ilícito, un mayor daño en su tierra debido a no poder extraer el agua estancada de su predio tras la inundación, obedeciendo tales dificultades a un defecto de obra en las vías públicas de desagüe y también a una acumulación de residuos –imputable a la víctima- en la boca de salida.

Lo antedicho significa que el instituto de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima se aplica tanto si la incidencia causal de la conducta de la víctima es total, como si es parcial.

Finalmente, resta puntualizar que el nexo causal entre la conducta de la víctima y la agravación o no disminución del daño evitable puede llegar a ser interrumpido por un factor extraño que quiebre esta conexión. Tales causas interruptivas pueden ser: hecho de un tercero (art. 1113 segundo párrafo del Código Civil; art. 1731 del Código Civil y Comercial), caso fortuito (art. 512 del Código Civil; art. 1730 del Código Civil y Comercial) imposibilidad de cumplimiento (art. 1198 segundo párrafo del Código Civil; art. 1732 del Código Civil y Comercial) y hecho del responsable (aplicable por analogía del art. 1109 del Código Civil; art. 1724 del Código Civil y Comercial). En ninguno de estos cuatro casos, le será reprochable a la víctima el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable. En los tres primeros, el responsable no responderá por la agravación o no disminución del daño evitable. En el último, el responsable deberá reparar la totalidad del daño, es decir daño originario y daño evitable posterior.

- Imputabilidad subjetiva a la víctima (de primer y segundo grado).

Si bien no podemos hablar estrictamente de factor de atribución de responsabilidad o imputabilidad en sentido tradicional, por cuanto el juicio de reproche formulado no condiciona el deber de reparar el daño sino la exclusión del daño evitable del contenido de la obligación indemnizatoria, no es menos cierto que hay una razón jurídica relevante que determina si corresponde o no, desde el punto de vista jurídico-axiológico, descargar los efectos del instituto sobre una víctima determinada. Es, en tal sentido, que resulta imperativo atender a este aspecto.

Consideramos que el factor de atribución que justifica la aplicación del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima es necesariamente subjetivo.

Es que si partimos de la premisa de que el fundamento de esta exigencia es el principio de buena fe objetiva como actitud de lealtad y cooperación hacia los integrantes de una relación jurídica, debemos concluir necesariamente que el reproche atribuible a la víctima supone un obrar voluntario, culposo o doloso, por parte de ésta que se aparta del patrón de conducta que resulta exigible en virtud de aquel principio. Mal se le podría

endilgar deslealtad a una persona por un proceder involuntario o libre de toda culpa. Es precisamente el contenido moral de la regla jurídica el que exige la presencia de un obrar voluntario culposo o doloso y excluye, en consecuencia, toda posibilidad de aplicación de factores objetivos.

El Código Civil y Comercial repotencia este temperamento al disponer en el art. 1721 que: “... *En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa*”. De ello se desprende que la culpa opera como norma de clausura del sistema o válvula de cierre, por lo que los factores objetivos se entienden excepcionales y deben estar creados por la ley. Ergo, ante la falta de precisión respecto al factor aplicable al instituto del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, debemos estar a la primacía del factor subjetivo.

En un análisis más detallado, cabe precisar que los factores subjetivos de atribución son el dolo (arts. 506, 521, 1067, 1072 del Código Civil; art. 1726 del Código Civil y Comercial) y la culpa (arts. 521, 1067, 1109 y cctes. del Código Civil; art. 1726 del Código Civil y Comercial). En referencia al instituto estudiado, ambos presuponen que la víctima sea autor material de la conducta agravatoria omisiva o comisiva, y el carácter voluntario de tal acción. De allí la necesidad de una imputabilidad de primer grado, que se estructura sobre la voluntariedad del acto, y que requiere determinar previamente si la víctima ha actuado con discernimiento, intención y libertad (arts. 897, 900, 921, 1070 y 1076 del Código Civil; art. 260 y cctes. del Código Civil y Comercial).

En consecuencia, a las víctimas menores 10 años en caso de actos ilícitos o de 14 años -13 años en el Código Civil y Comercial- en caso de actos lícitos, a las personas privadas de su razón en forma permanente o transitoria, no cabe imputarles el incumplimiento de este deber, debido a su falta de discernimiento (arts. 54, 127, 921, 1076, 1114 del Código Civil; arts. 25, 26 y 261 del Código Civil y Comercial). Por ejemplo, una víctima de 8 años que, ante un incendio que se desata en su casa, omite dar aviso a los bomberos no puede ser pasible de los efectos de tal incumplimiento. Tal conducta omisiva no es imputable por falta de discernimiento como elemento esencial del acto voluntario.

El error o la ignorancia excusable de hecho y el error provocado o dolo como vicio de la voluntad (art. 924 y cctes. del Código Civil; art. 265 y cctes. del Código Civil y Comercial) impiden que se configure la intención del agente y obstan, por ende, a la imputabilidad de primer grado. Por ejemplo, la víctima que, ante el deterioro progresivo e imperceptible del motor de su auto, debido a un defecto oculto de fabricación, omite llevarlo al mecánico para evitar que se funda, es inimputable por el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable, en razón de que ignoraba en forma excusable la proximidad del daño. Luego no hay imputabilidad por falta de intención.

La fuerza física irresistible y el temor fundado de sufrir un mal grave e inminente “*en su persona, libertad, honra y bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos*” (art. 937 del Código Civil; art. 276 del Código Civil y Comercial), derivados de amenazas injustas, configuran el vicio de violencia e impiden que el agente actúe con libertad. Por ejemplo, la víctima que, ante el incumplimiento del cocontratante en la entrega de maquinarias de producción, recibe serias amenazas de muerte por parte de éste en caso de que las adquiere de otro proveedor, tampoco le es achacable el incumplimiento de este deber por falta de libertad en el accionar⁶³⁰.

Configurada la imputabilidad de primer grado, es posible formular el juicio de imputabilidad de segundo grado, que pone el acento en la reprochabilidad que merece dicha conducta y que puede presentarse, según su gravedad, bajo la forma de dolo o culpa.

El dolo supone un acto ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar (art. 1072 y art. 1724 del Código Civil y Comercial). Aplicado al instituto, habría dolo cuando la víctima agrava deliberadamente el daño con la intención de perjudicar al responsable u obtener un beneficio indebido a costa de éste, o cuando, con idénticos fines, decide no adoptar las medidas razonables para mitigar el daño. Por ejemplo, la víctima que, luego del accidente que determinó la avería de su auto, continúa destruyéndolo para poder cobrar la indemnización del seguro por destrucción total.

La culpa, en cambio, supone la omisión de la diligencia exigible en virtud de la naturaleza de la obligación, ya sea específica o genérica de no dañar según estemos en un plano contractual o aquiliano respectivamente, conforme a las circunstancias de persona, modo, tiempo y lugar. En relación a la figura estudiada, hay culpa cuando la víctima no asume los cuidados y precauciones razonables que impone el deber de mitigar el daño evitable en la etapa del post-daño. Por ejemplo, la víctima que, ante la filtración progresiva de humedad en su casa, deja incuriosamente que las paredes se deterioren hasta el límite de la ruina, sin dar aviso alguno al propietario del fundo vecino para que adopte medidas tendientes a frenar el paso de la humedad desde su propiedad.

En caso de que el responsable sea una persona de existencia ideal, el criterio de imputación se regirá por el régimen de representación jurídica aplicable al sujeto de existencia ideal. Vrg., en el ámbito de las sociedades comerciales, cobrarán especial relieve el art. 43 del Cód. Civ., el art. 58 y cctes. de la Ley de Sociedades; arts. 143, 144 y cctes del Código Civil y Comercial.

En fin, creemos que a la víctima sólo se le puede imputar válidamente el

⁶³⁰ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 604.

incumplimiento del deber de mitigar el daño cuando obra voluntariamente y su conducta merece un juicio de reproche subjetivo a título de dolo o culpa. Tal conclusión dimana como una consecuencia lógica del principio de buena fe, fundamento del instituto, que no admite la posibilidad de ser vulnerado sino por medio de conductas imprudentes o maliciosas, lo que supone la tácita exclusión de los hechos involuntarios y de los hechos voluntarios exentos de culpa o dolo.

En síntesis, podemos aseverar que en caso de que se verifiquen los presupuestos generales y específicos del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, corresponderá aplicar los efectos correspondientes al incumplimiento de esta exigencia conforme al régimen jurídico del instituto. Sobre los efectos, nos pronunciamos en el título 12 de este capítulo.

En caso de que no se comprueben los presupuestos generales, no habrá responsabilidad alguna del demandado y, por ende, quedará marginada la aplicación del deber de la víctima de mitigar el daño evitable, por cuanto técnicamente no habrá víctima ni responsable.

Finalmente, en caso de que se confirmen los presupuestos generales y falte alguno de los presupuestos específicos del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, habrá responsabilidad del demandado, mas no podrá reputarse incumplida la exigencia aludida y, en consecuencia, no corresponderá restringir la extensión del resarcimiento del daño indemnizable en virtud de este límite jurídico.

8. Contenido.

Bajo este título nos proponemos hacer alusión, no tanto a la forma o modalidad expresivas del deber de mitigar, sino a la conducta material que dicho deber impone en el caso concreto.

Es importante puntualizar que la cuestión relativa al contenido del deber de mitigar el daño evitable se vuelve especialmente relevante cuando nos referimos al aspecto activo del instituto, es decir al deber de adoptar las medidas positivas tendientes a mitigar el daño evitable. Dado el amplio espectro de medidas que pueden arbitrarse a tal fin en una situación concreta, la determinación de las acciones tendientes a mitigar el daño evitable en la realidad fáctica se convierte en una operación fundamental para poder modular adecuadamente el alcance de la exigencia aludida.

En contraposición, el deber de no agravar el daño, que es la modalidad expresiva opuesta que presenta el instituto, involucra una infinidad de abstenciones de dañar, pero la única que interesa ponderar es aquella que se revela con relación a la conducta antijurídica positiva efectivamente obrada por el responsable. Dicho de otro modo, la actuación agravadora del responsable ilumina reflejamente la única omisión debida que cabe considerar a nivel práctico. Por ejemplo, si la casa de la víctima arde en llamas y ésta echa nafta sobre el fuego, seguramente diremos que ha incumplido el deber de no agravar el daño por cuanto no realizó la abstención debida en el caso concreto, consistente en no echar nafta sobre el fuego. Poco importará, en tal sentido, el análisis de otras abstenciones debidas, como podría ser la de no arrojar una bomba sobre el techo de la casa o la de no guardar el auto en el garaje. De ahí que la cuestión respecto al contenido del deber de mitigar el daño evitable carezca de mayor importancia en esta faceta del instituto.

A la largo de este trabajo, hemos utilizado reiteradamente la expresión “*medidas razonables*”, “*medidas de mitigación*”, “*medidas eficaces*”, etc., pero no nos hemos detenido en el análisis objetivo de los comportamientos o procederes que tales medidas implican. Es cierto que el débito conductual previsto en el instituto de la mitigación del daño evitable es un débito necesariamente circunstanciado, en razón de que su precisión material se decanta en confrontación dinámica con el caso concreto desde el cual emerge la necesidad de una actuación determinada. Empero, tal circunstancia no es óbice para reconocer algunos tipos o especies de medidas de morigeración del daño que presentan características o patrones comunes.

Como primer punto, conviene aclarar que no es viable efectuar una enumeración cerrada o taxativa de las medidas tendientes a mitigar el daño evitable. La razón es evidente: la realidad fáctica determina la necesidad de implementación de una medida u otra y, dado que esa realidad presenta un universo de posibilidades inconmensurables para la percepción y el intelecto humano, no podemos pretender agotar la lista de medidas positivas para mitigar el daño evitable.

Con gran sentido común, Jaramillo plantea que no es posible “*un catálogo contentivo de la totalidad, una especie, mutatis mutandis, de numerus clausus. Muy por el contrario, hay un numerus apertus que, con sujeción a las circunstancias de cada caso individual, habrá que valorar. Por ello, soluciones absolutas, que calcen en todos y cada uno de los supuestos, no son de recibo, así haya unas más socorridas que otras en la praxis, y con mayor aceptación pretoriana. No en vano, cada asunto es un mundo, dueño de sustantividad y autonomía, de tal manera que lo que puede ser admisible en una hipótesis, no lo sea en otra. El hecho de que una medida haya contado con el exequátur en*

un momento dado, no significa, apodícticamente, que en todos los demás supuestos tenga inexorable y automática cabida. Tanto es así que la receta empleada en un asunto, en efecto, puede no ser eficaz o predicable de otro. De ahí la importancia, en grado superlativo, que adquiere el casus, con todo lo que ello implica, según lo hemos expresado, una y otra vez y claro está la prudentia iuris, a fin de proceder con sindéresis y ex abundante cautela, como corresponde”⁶³¹.

El Código Civil es coherente con su mutismo en la materia y nada dice sobre esta cuestión, sin perjuicio de que podamos inferir tales medidas mediante una aplicación circunstanciada del principio de buena fe como fundamento del instituto (art. 16 y 1198).

La normativa particular alude indeterminadamente al contenido de esta exigencia mediante diferentes expresiones. En tal sentido, podría aplicarse el método analógico para integrar el vacío normativo que subyace en el Código respecto a este punto.

En tal dirección, el artículo 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercadería, incorporada al Derecho Argentino, prescribe que: *“La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias para reducir la pérdida [...]”*. Es decir, son las circunstancias las que funcionan como índice y parámetro de razonabilidad de las medidas de mitigación del daño evitable, ya sea en su naturaleza, alcance, contenido y número.

El art. 72 de la ley de seguros se refiere a ellas en ocasión de regular la carga de salvamento: *“El asegurado está obligado a proveer lo necesario, en la medida de las posibilidades, para evitar o disminuir el daño y a observar las instrucciones del asegurador (...)”*. En este aspecto, la norma establece que la medida de la exigibilidad de la mitigación del daño evitable vendrá dada por la necesidad de las medidas de mitigación como condición para evitar o disminuir el daño. Sin perjuicio de ello, se establece como límite las posibilidades de que disponga el asegurado.

El Código Civil y Comercial receta estas mismas consideraciones. Y, además, cuenta con una disposición clara, directa e inequívoca en el art. 1710 inc. b. En rigor, el articulado aludido refiere a las *“medidas razonables para... disminuir su magnitud [en alusión al daño]”* (el encorchetado nos pertenece). El contenido de las medidas viene precisado por la nota común de la razonabilidad que, como concepto jurídico indeterminado, deberá ser especificado en el caso concreto, lo que no obsta a que se puedan establecer algunas pautas generales y orientadoras de la razonabilidad de las

⁶³¹ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, Bogotá, Ed. Editorial Temis S.A., 2013, pag. 180 y ss.

medidas de mitigación, tal como lo estudiaremos en el título 9 de este capítulo.

El derecho comparado también es conteste con esta concepción abierta de las medidas tendientes a minimizar el daño. El artículo 9505 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, numeral uno, dispone que: *“La parte incumplidora no es responsable de las pérdidas que hubiese sufrido la parte perjudicada en la medida en que ésta última hubiera podido reducirla adoptando para ello las medidas razonables”*. En tal sentido, el estatuto europeo prevé que la razonabilidad de las medidas constituye una pauta a considerar no en abstracto, sino con relación a las pérdidas que se hubiesen sufrido.

Por su especial pertinencia y poder de síntesis, creemos oportuno transcribir el extracto de un fallo de la Corte Suprema de Justicia Colombiana que se expidió sobre el tema en ocasión de resolver una controversia circunscripta al derecho del transporte: *“[...] no puede extenderse, ni ello compete a la Corte, una lista acabada o exhaustiva de las medidas que un transportador debe implementar, según las exigencias de su profesión, frente a situaciones concretas, con el fin de evitar el perjuicio o su agravación, pues, en línea de principio, es él quien, en su momento y lugar, debe identificar los riesgos asociados a su negocio, medir el nivel de exposición respecto de ellos, al igual que la posibilidad de conjurarlos y emprender las acciones que estime prudentes y adecuadas, las cuales, en caso de controversia, estarán sometidas, por obvias razones, a la ponderación del juzgador, conforme los dictados del sentido común y la sana crítica (Cas. Civ., sentencia de 8 de noviembre de 2005, arriba citada), lo que reafirma, por una parte, que en esta materia cada caso particular determina la razonabilidad de las medidas adoptadas por la víctima y, por otra, la imposibilidad de calificar a priori que ciertas medidas sean razonables y que otras no lo sean”*⁶³².

Notamos que, tanto en el orden jurídico argentino como en el derecho comparado, la definición de las medidas de mitigar el daño evitable se nutre de fórmulas de textura abierta, a fin de que en cada asunto se ausculten y se subsuman en el tejido individual que lo integra.

Desde una perspectiva funcional, resulta aconsejable que, dentro de los límites delineados por los principios jurídicos del orden argentino, el legislador confíe una cuota de discrecionalidad al intérprete, de ordinario al juez de la causa, con el propósito de que, con mejores elementos de juicio, propios del asunto evaluado, y no de otros, tome la decisión que en derecho corresponda para determinar cuáles hubiesen sido las medidas

⁶³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, sentencia del 16 de Diciembre de 2010.

aplicables, luego de haber ponderado todos los intereses, tensiones y circunstancias en juego.

Sin embargo, lo anterior no se opone, como ya lo hemos anticipado, a que se pueda aludir a puntuales coordinadas y notas típicas, de alguna forma decantadas por la práctica, y validadas en el foro y la judicatura, siempre con la advertencia de que no son forzosas y predicables en la totalidad de los asuntos. En respaldo de lo afirmado, Albán sostiene: *“La determinación de las medidas que resulten razonables es una cuestión de hecho que dependerá tanto de los usos, como de las prácticas establecidas entre las partes y de la conducta de lo que haría o hubiese hecho en una situación similar una persona de la misma posición y similares circunstancias que el que está en el deber de tomar las medidas”*⁶³³.

De acuerdo al tipo de acción que importa la medida de mitigación, Domínguez Águila ensaya la siguiente clasificación: medidas conservatorias, medidas reparatorias y medidas sustitutivas⁶³⁴.

Las primeras son aquellas que tienden a evitar la agravación del daño mediante la neutralización de sus efectos sobre el bien o derecho afectado. La Convención de Viena de 11 de abril de 1980, en sus artículos 85, 86, 87 y 88, se refiere a ellas. Un ejemplo ilustrativo es el del vendedor de mercancías que ha ordenado su desplazamiento al puerto de embarque convenido y dentro del plazo contractual acordado, deberá procurar su debido manejo y mantenimiento con el propósito de evitar su deterioro y así cumplir con lo pactado. En tales circunstancias, ese mismo vendedor deberá, ante el conocimiento de la no llegada del buque, disponer de las mercancías negociadas, ya sea procurando su venta a un tercero interesado o adoptando las medidas necesarias para mantener las mismas en óptimas condiciones⁶³⁵.

Las de reparación apuntan derechamente a la mitigación del daño evitable mediante la reconstitución estructural y funcional del bien o derecho afectado. En la práctica cotidiana, encontramos múltiples situaciones de este tipo. Por ejemplo, en un contrato de construcción sería propio de la diligencia razonable que el dueño de la obra, ante problemas surgidos por esos vicios, tome por sí mismo medidas para mitigar el daño, sin

⁶³³ OVIEDO ALBÁN, Jorge, La mitigación de daños en la compraventa internacional de mercaderías, publicado en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2012.

⁶³⁴ Cf. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, Notas sobre el deber de minimizar el daño, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, 2005, pag. 93.

⁶³⁵ Cf. RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 130.

esperar que intervenga el constructor con riesgo de agravar el daño en el intermedio⁶³⁶.

Finalmente, las medidas de sustitución tienden o pueden tender a ambos fines mediante el reemplazo del bien dañado o la prestación incumplida. Por ejemplo, ante la falta de entrega de una maquinaria que debía suministrar el proveedor, el actor no debe cruzarse de brazos y paralizar la producción de su fábrica durante un período de tiempo considerable, sino que debe procurar, al menos, la contratación sustituta de otro bien intermedio similar que cumpla el fin económico perseguido, en punto a evitar el aumento de las pérdidas⁶³⁷.

Nos permitimos añadir las medidas informativas a esta clasificación, entendidas como aquellas que apuntan a brindar información útil al responsable o a un tercero respecto al daño para que proceda a mitigar el daño evitable. En este supuesto, la conducta exigible a la víctima no operaría directamente sobre el daño real, sino sólo en forma indirecta, a través del suministro de información necesaria o conveniente para que otro sujeto pueda aminorar el perjuicio. El artículo 38 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercadería tipifica este supuesto: *“el comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias”*. A lo cual el artículo 39 agrega: *“el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierta”*.

Según el tipo de efecto que provoque la medida de mitigación, podemos distinguir entre medidas materiales o jurídicas.

Las primeras son aquellas cuya ejecución apunta a producir un efecto material, una transformación tangible en el mundo exterior. Por ejemplo, la medida de reparar un automóvil que ha sido averiado por otro, a fin de evitar la inutilidad del bien durante un período prolongado⁶³⁸.

Las segundas son aquellas encaminadas directamente a la producción de efectos jurídicos. Por ejemplo, el titular de una biblioteca que presta un libro a un cliente y, vencido el plazo de devolución, deja transcurrir dos años sin siquiera intimarlo a la

⁶³⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, op. cit., pag. 93. También hay variados ejemplos en el área de la responsabilidad aquiliana. En tal sentido, ver Cam. Nac. Civ., Sala A, in re *“Martinetto, Lorenzo L. c. Cortese Hnos. y otros.”*, Agosto 19-963, La Ley t. 113, pag. 215. Análisis de fallo en el título 4.1. del capítulo I de la parte A de esta tesis.

⁶³⁷ Cam. Nac. Civ., Sala B, in re *“Argiró Hnos. c. Abelenda y Gravino”*, 16 de mayo de 1956. Ver análisis de fallo en el título 4.2. del capítulo I de la parte A de esta tesis.

⁶³⁸ Cam. 2°, sala 2°, de La Plata, 07/04/1958, Diario de Jurisprudencia Judicial. Ver análisis de fallo en título 4.1. del capítulo I de la parte A de esta tesis.

devolución y luego pretende cobrar íntegramente los daños e intereses desde el día en que se venció el plazo para restituirlo hasta el día de la efectiva restitución. En tal sentido, la intimación al cliente moroso en un plazo prudencial constituye una medida jurídica –por cuanto tiende a producir un efectos de este tipo- para evitar el agravamiento del daño⁶³⁹.

Según la naturaleza del derecho afectado, podemos distinguir entre medidas de mitigación de daños patrimoniales, de daños morales y mixtas. Las primeras se dirigen a morigerar detrimentos de valores patrimoniales derivados de la lesión a derechos de contenido económico⁶⁴⁰. Por ejemplo, el retiro de materiales de construcción de la terraza de un inmueble por parte del propietario, que habían caído paulatinamente desde el edificio lindero, a fin de evitar el taponamiento de las vías de desagüe de su propiedad, constituye una medida de mitigación de daños patrimoniales⁶⁴¹. Las segundas apuntan a mitigar una minoración en la subjetividad de una persona de existencia visible derivada de la lesión a un interés no patrimonial. Quedan excluidas, en tal sentido, las personas jurídicas. Por ejemplo, en el caso precitado en el título 4.11. del capítulo I de la parte A, sobre el reclamo resarcitorio tardío de la progenitora por daño moral por falta de reconocimiento oportuno del progenitor, una medida de mitigación del daño moral podría haber sido, entre otras, haberle informado al progenitor sobre la existencia del embarazo. Las medidas mixtas, de acuerdo a este criterio clasificatorio, son aquellas que tienden a evitar daños patrimoniales y morales. Volvemos al ejemplo de la víctima de un accidente que se resiste a someterse a un tratamiento no riesgoso con altas posibilidades de recuperación por los daños sufridos en el accidente y, en virtud de tal negativa, se agravan los perjuicios físicos –lo cual desencadena daños patrimoniales por imposibilidad para trabajar y generar ingresos- y se intensifica el cuadro depresivo desatada por su minusvalía –circunstancia que repercute como agravamiento del daño moral de la víctima-.

Con una metodología menos tipológica y más casuística, Bianca alude a ciertos casos típicos de intervención del damnificado encaminados a evitar el daño: “a) *el reemplazo de la prestación*, b) *la reutilización de los bienes y servicios de la parte*

⁶³⁹ Cam. Nac. Com., sala 2da., E.D. 108-365. Ver análisis de fallo en título 4.1. del capítulo I de la parte A de este trabajo.

⁶⁴⁰ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 640.

⁶⁴¹ CN.CCom., sala 2º, E.D. 108-365 (no hay otro datos disponibles) citado por VENINI, Juan Carlos, *El deber de la víctima de mitigar el daño*, Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni,, 2008, pag. 93.

incumplidora, c) la reparación, d) las acciones legales, e) el aviso del daño⁶⁴², f) los cuidados médicos y g) la aceptación de la prestación parcial y defectuosa”.

Finalmente, desde un punto de vista cuantitativo, cabe señalar que, en virtud de las particularidades del caso concreto, podría ocurrir que la víctima deba adoptar varias medidas tendientes a mitigar el daño evitable para que, mediante su eficacia individual o complementaria, se alcance el objetivo de la minimización del daño evitable. Asimismo existe la posibilidad de que la víctima disponga de varias medidas de mitigación aplicables en forma alternativa.

En resumen, podemos afirmar que el contenido de las medidas de mitigación del daño evitable es amplísimo tanto a nivel cuantitativo como cualitativo. Que la naturaleza, modalidad y demás características que asuman estas medidas se revelan en el caso concreto, por lo que no puede formularse un catálogo cerrado y apriorístico de todas las medidas de mitigación del daño.

Que, allende tal circunstancia, es factible reconocer determinadas tipologías o especies de medidas de mitigación del daño evitable que se agrupan en función de distintos patrones comunes, e incluso también determinadas medidas típicas que usualmente deben arbitrarse ante ciertos daños evitables.

9. Límites.

En el título precedente, nos hemos explayado sobre el vasto universo de las medidas de mitigación del daño evitable. En estas líneas, procuraremos explicar cuáles son los límites que demarcan el contenido del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

En primer término, corresponde aclarar que, cuando nos referimos a los límites del instituto, estamos haciendo referencia a las causas que excluyen la antijuridicidad de la

⁶⁴² Sobre este punto, Rodríguez Fernández plantea la necesidad de que se le comunique a la parte que incumple alguna de sus obligaciones sobre el estado y la naturaleza de su incumplimiento cuando éste se origina en la falta de conformidad de las mercaderías entregadas, como sucede en aquellos casos que tratan sobre compraventa internacional. El art. 38 de la Convención de Viena de 1980 dispone: *“el comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto”*. De manera tal que el comprador deberá notificar de tal situación al vendedor para que éste adelante las medidas necesarias para subsanar la falta de conformidad si fuere posible (Cf. RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 132).

conducta de la víctima que no mitiga el daño evitable, ya sea por agravación efectiva o por no adopción de medidas tendientes a aminorarlo.

Todos los límites al deber de mitigar el daño evitable reconocen su fundamento y contenido en un principio jurídico fundamental, cuál es el principio de razonabilidad. La razonabilidad constituye una regla que forma parte de la juridicidad material, allende su vinculación positiva con el orden normativo argentino en los arts. 1, 28, 33 y 75 inc. 22 de la CN.

En perspectiva funcional, la razonabilidad se expresa como un criterio que debe ser ponderado en el caso concreto. No es matemático, plano ni uniforme, sino que se integra y completa en su adaptación hermenéutica al caso concreto.

Lo razonable es lo justo, proporcionado, equitativo, en oposición a lo irrazonable, arbitrario, injusto. En tal aspecto, se entiende que hay razonabilidad “*cuando la conducta de la víctima puede ser tenida como una actuación de buena fe de una persona razonable en la posición del afectado en las mismas circunstancias*”⁶⁴³.

En cuanto a su alcance material, la razonabilidad comprendería aquellas conductas, comisivas u omisivas, que siendo aptas para mitigar el daño evitable, no entrañan un riesgo grave o un sacrificio excesivo para la víctima.

Los límites jurídicos genéricos o comunes a ambas modalidades expresivas del deber de mitigar el daño evitable son: el ejercicio regular de un derecho, el cumplimiento de una obligación legal, el estado de necesidad, la legítima defensa y el consentimiento del responsable. Estos límites genéricos aparecen regulados tanto en el Código de Vélez como en el Código Civil y Comercial, tal como lo veremos seguidamente.

El ejercicio regular de un derecho como causa de justificación se verifica cuando la víctima ejerce una facultad propia dentro de los límites del ordenamiento jurídico. Quien ejerce un derecho actúa con la autorización del orden jurídico. Hace uso de la libertad hasta el límite de lo que se le permitió (art. 1071 del Código Civil; art. 1718 inc. a del Código Civil y Comercial; cf. art. 34 inc. 4 del Código Penal)⁶⁴⁴. En tales casos, aunque el ejercicio regular derive en un agravamiento del daño causado por el responsable, la actuación de la víctima no podrá ser calificada como antijurídica. Por ejemplo, la víctima que se resiste a recibir un tratamiento médico que importe la imputación de su mano, aún cuando tal abstención la conduzca, con un grado elevadísimo de probabilidad, a perder el

⁶⁴³ RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 134.

⁶⁴⁴ Cf. MEDINA, GRACIELA; RIVERA, JULIO, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. La Lay, 2014, pag. 1016.

brazo completo. En tal caso, la negativa de la víctima estaría justificada en el ejercicio regular de su derecho a la integridad física.

Como podemos apreciar, la ponderación del ejercicio no abusivo o regular debe integrarse con el principio de razonabilidad. Es que, para que la víctima pueda ampararse en esta causal, es preciso que el no ejercicio de su derecho le implique un grave riesgo o un sacrificio excesivo y que no disponga de otras alternativas no lesivas o riesgosas para mitigar el daño evitable.

Estamos ante una causa de justificación genérica cuyo examen se impone en todos los casos de mitigación de daños evitables por parte de la víctima. Nos atrevemos a decir que todas las demás causas de justificación que analizaremos luego no son sino especificaciones de esta pauta general.

En efecto, toda vez que la víctima adopte medidas para mitigar el daño evitable y/o se abstenga de agravarlo, se verá en la necesidad de postergar el ejercicio de derechos propios. Aunque no sea más que una cuota de libertad personal, la víctima tiene que sacrificar prerrogativas propias a los efectos de dar cumplimiento a este débito conductual. Por lo tanto, el test de razonabilidad se vuelve una tarea fundamental en orden a determinar la regularidad en el ejercicio de un derecho, en tanto causa de justificación del incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima⁶⁴⁵.

El cumplimiento de una obligación legal constituye otra causa de justificación de la conducta de la víctima que incumple con su deber de mitigar el daño evitable. En tales supuestos, el orden jurídico impone a la víctima en forma imperativa la realización de una determinada conducta (art. 1071 del Código Civil; se aplica por analogía art. 1718 inc. a).

Aquí también juega un rol fundamental el principio de razonabilidad. Entendemos que cuando la víctima cuenta con otros modos de cumplir con la obligación sin riesgos o sacrificios excesivos, esta causal no puede funcionar como excusa válida. Lo mismo cuando el daño evitable es notoriamente superior a la entidad de la obligación de la víctima. En tal caso, sería excesivo hacer lugar a esta causa de justificación. Por ejemplo, la víctima que, a fin de no incumplir el régimen de visitas judicialmente establecido, se resiste a recibir atención médica tras haber sido atropellada por un automovilista y concurre igualmente a retirar a su hijo. Y, a causa de ello, sufre una intensificación irreversible de su cuadro clínico.

La legítima defensa también se erige como una forma de dispensar el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima (art. 2470 del

⁶⁴⁵ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 500 y ss.

Código Civil, art. 1718 inc. b del Código Civil y Comercial; cf. art. 34 inc. 6 del Código Penal). En orden a la configuración de esta causal, es preciso que, amén del daño evitable, medie: 1) una agresión que tenga como blanco a la víctima y que ella recaiga sobre la persona o bienes de ella, 2) que el ataque contra las personas o bienes de la víctima sea actual y no meramente potencial, 3) que el medio utilizado para impedir o rechazar la agresión sea racionalmente proporcionado, 4) que la agresión sea ilícita y 5) que no sea provocada. Por ejemplo, la víctima que, para repeler a un sicario enviado por el responsable, genera una descarga eléctrica en su casa que le provoca serias lesiones también a ella.

El estado de necesidad configura otro límite a la exigibilidad del deber de la víctima de mitigar el daño (art. 2512 del Código Civil; art. 1718 inc. c del Código Civil y Comercial; cf. art. 34 inc. 6 del Código Penal). En plena coincidencia con la definición establecida por el Código Penal, calificamos al estado de necesidad como *“la causación de un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraña”*. Debe tratarse de 1) un mal actual o inminente, 2) que sea inevitable por otro medio, 3) que amenace al agente o un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo y 4) que el mal que se evita sea mayor al que se causa. No debe perderse de vista que es la víctima la que causa un mal para evitar otro mayor inminente al que ella misma ha sido extraña. Y ese mal que causa se manifiesta como un agravamiento del daño evitable. Por ejemplo, la víctima que, abandonada por su guía naval en plena excursión y sin medios de comunicación disponibles, se ve en la necesidad de prender fuego sobre parte de su embarcación para facilitar las tareas de localización de los rescatistas. Es claro que si tal conducta estuvo condicionada por un estado de necesidad, la víctima no perderá su derecho a ser indemnizada⁶⁴⁶.

Finalmente, señalamos al consentimiento del responsable como causa de justificación. Esto puede ocurrir cuando el responsable presta conformidad o bien le indica a la víctima los medios que debe arbitrar para mitigar el daño evitable y luego resulta que la aplicación de éstos termina agravando el estado del daño. También cuando el responsable le pide a la víctima que no adopte ninguna medida tendiente a mitigar el daño evitable o consiente la abstención, y ello termina redundando en un aumento de los perjuicios (art. 1719 del Código Civil y Comercial, aplicable por analogía).

Con todo, estimamos que esta causal no progresa cuando la víctima tiene conocimiento cierto de la nocividad de las medidas requeridas por la víctima, pues resulta contrario a la buena fe, tutelada por el instituto, que la víctima adquiera un derecho -en este

⁶⁴⁶ Cf. MEDINA, GRACIELA; RIVERA, JULIO, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. La Lay, 2014, pag. 1026.

caso el derecho a ser indemnizado por la agravación del daño- sobre la base de un obrar doloso.

A continuación, concentraremos nuestra atención en el aspecto activo del deber de mitigar, o sea en el deber de adoptar medidas positivas tendientes a mitigar el daño evitable. Y, con esa orientación, nos referiremos a los requisitos que deben observar tales medidas para resultar exigibles en el caso concreto.

Debemos prevenir que, ante una situación dañosa, suelen ser múltiples las medidas que pueden adoptarse para mitigar el daño evitable, empero no todas ellas son necesariamente exigibles. Si así lo fuesen, la víctima quedaría expuesta fácilmente a continuos incumplimientos de su deber de mitigar el daño evitable, y su derecho a ser indemnizada se tornaría ilusorio.

Como hemos repetido incansablemente, el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no rige indiscriminadamente en cualquier situación en que ésta padece un daño, sino que su exigibilidad está sujeta a una serie de límites que derivan del principio de razonabilidad.

Ni el Código de Vélez, ni el Código Civil y Comercial aportan precisiones sobre cuáles son los límites específicos de exigibilidad al deber de mitigar el daño evitable y, menos aún, sobre cómo funcionan. Por lo que la determinación de este punto es materia de integración judicial.

El principio de razonabilidad, receptado por vía del art. 16 del Código Civil y por vía del art. 2 y, específicamente, 1710 inc b. del Código Civil y Comercial, posibilita una especificación de estas pautas. Desde tal principio, podemos perfilar algunos requisitos básicos que condicionan la exigibilidad de las medidas de mitigación.

a) Posibilidad: toda medida de mitigación del daño evitable debe ser posible. Es que no resulta razonable exigirle a la víctima una actuación que carezca de toda viabilidad.

La posibilidad debe ser fáctica y jurídica. Esto significa que la medida debe ser susceptible de realización fáctica por parte de la víctima. Por ejemplo, sería absurdo pretender que la víctima se someta a un tratamiento médico que aún no fue descubierto por la ciencia. La actuación debe ser, también, jurídicamente posible, es decir, coherente con la lógica de las instituciones jurídicas. Por ejemplo, no sería sensato exigir que un incapaz tome por sí un préstamo en el banco para costear los arreglos de su automóvil averiado, puesto que está legalmente impedido para obligarse.

Consideramos, en tal sentido, que la dificultad extrema o grave para mitigar el daño mediante la adopción de una medida determinada se asimila, a los efectos prácticos, a la imposibilidad. Por ejemplo, si bien no es materialmente imposible extraer el agua que

inunda una casa con un vaso, la enorme dificultad que ello trae aparejado en los hechos permite asimilar tal supuesto al de la imposibilidad.

Rodríguez precisa este concepto al sostener que *“la víctima no está obligada a ir y buscar lo imposible o buscar un mercado en un país o lugar distante o extraño. Tampoco podrá acusársele o culpársele de que exista un método de mitigar el daño más favorable para la parte que incumplió el contrato cuando él ha actuado de manera razonable”*⁶⁴⁷.

La regla es que, a mayor posibilidad de adoptar la medida, mayor será la razonabilidad de su exigencia, aunque obviamente este último concepto está supeditado a otras variables que podrían anularla⁶⁴⁸.

b) Juridicidad: la medida de mitigación del daño evitable cuya adopción se exige debe constituir una conducta jurídica, o sea una acción humana voluntaria que no se contraponga con el orden jurídico argentino integralmente considerado.

El fundamento es estrictamente lógico. El orden jurídico no puede caer en la crasa contradicción de exigir una conducta y, al mismo tiempo, prohibir su realización. Todo orden, incluso el jurídico, debe tener una coherencia interna para ser considerado tal, de lo contrario se desmoronaría su existencia y eficacia.

La aplicación de la medida comporta un accionar antijurídico no sólo cuando resulta contraria a una norma legal o consuetudinaria (vgr. una medida que importe acabar con la vida de un tercero), sino también cuando, pese a estar en conformidad con estas normas, violenta principios jurídicos consagrados en nuestro orden de derecho.

c) Eficacia: las medidas de mitigación deben tener aptitud objetiva para minimizar el daño evitable en el caso concreto.

No cabe imponerle a la víctima la adopción de una medida que carezca de virtualidad para neutralizar la realidad del daño. Sería, en efecto, irrazonable gravar al damnificado con un débito conductual inútil que no redundaría en la morigeración del daño, sino, por el contrario, en un desgaste de recursos, en un aumento de las pérdidas, en una agravación del daño final.

La eficacia no supone una certeza o seguridad absoluta de que la aplicación de la medida servirá para morigerar efectivamente el daño. Este requisito tan sólo implica que debe existir una aceptable probabilidad de que la adopción de la medida posibilite alcanzar

⁶⁴⁷ RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 128.

⁶⁴⁸ CN.CCom., sala 2°, E.D. 108-365 (no hay otro datos disponibles) citado por VENINI, Juan Carlos, El deber de la víctima de mitigar el daño, Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni., 2008, pag. 93. Una de las pautas objetivas que señala la Cámara en orden a determinar la razonabilidad de la medida de mitigación como conducta positiva exigible a la víctima, es la facilidad que tiene la víctima para instrumentar la medida de morigeración. Ver análisis de fallo en título 4.1. del Capítulo 1 de la parte A de esta tesis.

dicho fin. Por ejemplo, no cabría reprochar a la víctima que sufrió graves heridas en un accidente ferroviario no haber consumido aspirinas para curarse⁶⁴⁹.

d) Necesidad: este requisito apunta a determinar si la actuación de la víctima es indispensable para lograr la mitigación del daño evitable. Esta circunstancia se verifica cuando el responsable no se encuentra en condiciones de proceder a la mitigación del daño evitable sin la colaboración de la víctima. Por ejemplo, la víctima que se resiste injustificadamente a someterse al tratamiento médico⁶⁵⁰.

Entendemos que, por aplicación del principio de buena fe y razonabilidad, corresponde predicar una interpretación flexible de este requisito y, en consecuencia, tenerlo por verificado también cuando el responsable puede mitigar el daño sin recibir cooperación por parte de la víctima, pero a un alto costo que no sería tal –ni para el responsable, ni para la víctima- en caso de contar con la ayuda de la última.

Es cierto que el principal obligado a erradicar las consecuencias dañosas derivadas de un incumplimiento u hecho ilícito es el responsable de tales consecuencias, por lo que la necesidad de la intervención de la víctima para mitigar el daño es un requisito ineludible. Empero, una lectura literal del requisito conllevaría a limitar los incentivos en orden a la colaboración que, de acuerdo a estos principios y valores jurídicos, consideramos debe existir entre la víctima y el responsable.

Cabe precisar, finalmente, que el requisito de necesidad no impone ineluctablemente que la medida sea la única posible para mitigar el daño evitable, sino que es suficiente con que ésta se encuentre dentro del elenco de medidas posibles para mitigar el perjuicio, por lo que si no se la adopta, deberá ejecutarse forzosamente otra de las medidas posibles, so pena de que se tenga por incumplido el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Salvo, claro está, que estemos frente a medidas de aplicación conjunta o acumulativa, en cuyo caso corresponderá la ejecución de todas ellas sin que corresponda la sustitución de una por otra.

e) Proporcionalidad relativa: la medida debe guardar cierta adecuación con el daño evitable. Aun cuando la acción sea apta para mitigar las consecuencias dañosas, es preciso que exista una razonable proporción entre la entidad de ésta y del daño. En sustento de esta idea, expresa Benítez Caorsi que *“únicamente se concederá la indemnización cuando los*

⁶⁴⁹ Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala II, J.A., 1979-IV-1972. Este es otro caso en el que los jueces dejan en claro que no cualquier medida de mitigación puede considerarse una medida razonable para mitigar el daño evitable y tener por cumplida dicha exigencia.

⁶⁵⁰ Cf. CASTRO DURAN, Ricardo Manuel, El hecho o culpa de la víctima como eximente. La agravación de los daños. La negativa al tratamiento médico. El no arreglo del automotor. Revista de Derecho de Daños, Eximentes de responsabilidad, (II): 218-219.

remedios adoptados se correspondan con la pérdida evitada, es decir, se exige una equivalencia o proporcionalidad entre la medida ejecutada y el daño prevenido”⁶⁵¹.

El orden jurídico no puede exigir, sin comprometer su coherencia interna, que la víctima arbitre medidas que sean más gravosas que el daño mismo. Por ejemplo, en el caso de un buque de transporte marítimo de pasajeros, que se aproxima a un puerto de aguas peligrosas y se encuentra impedido de anclar en el muelle por un defecto técnico en los instrumentos de maniobra no debidamente controlados, no cabría exigirles válidamente a los pasajeros que se arrojen al mar y naden hasta la orilla.

Lógicamente, el requisito de la proporcionalidad debe ser entendido en el sentido de que la medida de mitigación no puede ser más gravosa que los perjuicios a evitar. No compromete la exigibilidad de la medida el hecho de que el daño evitable presente una dimensión notoriamente superior al costo de adopción de la acción mitigadora. Al contrario, mientras más fácil y económica resulte para la víctima la implementación de la medida de mitigación del daño evitable, y más significativo sea el daño a evitar, mayor será su exigibilidad.

Es evidente que a la parte que ha sufrido las consecuencias del incumplimiento no cabe exigirle que adelante costosas medidas desde el punto de vista de tiempo y recursos. Las medidas que deberá adoptar la parte insatisfecha estarán limitadas por la extensión del daño o perjuicio causado, por lo que tales medidas no podrán significarle al acreedor más que lo que le representa el daño o perjuicio mismo.

A los efectos de evaluar la proporcionalidad de una medida de mitigación, el análisis económico del derecho nos aporta una pauta de suma utilidad práctica. Nos referimos puntualmente a la fórmula de Hand, que permite afinar la idea de proporción entre la medida de mitigación y el daño evitable. De acuerdo con esta técnica, una actuación es razonable y, de contera, diligente, cuando se observa, desde la perspectiva de los costos, que el costo de evitación de un suceso infortunado (daño), es menor que el valor del daño esperado, esto es, menor que el producto de la multiplicación entre el monto del daño por la probabilidad de ocurrencia.

No debemos perder de vista que la función del instituto es la prevención ex post del daño evitable. Resultaría antifuncional, en efecto, imponerle a la víctima un débito conductual que implique más costos que evitación probable de pérdidas, más allá de quien deba soportar el costo final de las medidas de mitigación del daño evitable⁶⁵².

⁶⁵¹ BENITEZ CAORCI, Juan J., La obligación de minimizar el daño, publicado en RC, S2009 (VI), pag 7.

⁶⁵² RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano, op. cit. 134.

f) No lesividad y ausencia de riesgos graves para la víctima: se trata, por cierto, de uno de los requisitos que mejor representa la identidad específica de la figura. Este requisito de exigibilidad de la medida importa que la diligencia requerida no comporte un sacrificio o riesgo excesivo para la víctima. Al decir de Alterini y López Cabana, el límite está marcado por la no exigibilidad de la asunción de altos riesgos ni pérdidas sustanciales⁶⁵³.

Aun cuando las medidas sean proporcionadas, no se puede exigir a la víctima que realice una actuación heroica que comprometa sus intereses, de lo que se colige que la cooperación tiene fronteras objetivas que no cabe soslayar. Es que, sin perjuicio de la solidaridad y buena fe que deben imperar en las relaciones jurídicas, no podemos obviar que el responsable es el primer obligado a mitigar el daño, y que la víctima carga ya con una vulnerabilidad concreta que es la generada por el propio daño que ha sufrido.

La Corte Colombiana, precursora en el reconocimiento de este instituto, ha sostenido: “(...) resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales”⁶⁵⁴.

En cuanto al límite del esfuerzo requerido a la víctima, cabe señalar que el deber de mitigar comprende únicamente aquellas medidas razonables que puede adoptar la víctima sin exceder el umbral del sacrificio normal⁶⁵⁵. La reducción del daño no abarca a todas las medidas que puedan adoptarse. Deben excluirse, en tal aspecto, los esfuerzos muy onerosos o peligrosos para la integridad de la víctima, so riesgo de incurrir en una concepción maximalista de la exigencia de minimizar el daño⁶⁵⁶. Es decir que, bajo el nombre de este deber, no cabe exigir al damnificado que despliegue una actividad extraordinaria y gravosa, que implique gastos relevantes, riesgos y/o apreciable sacrificio.

Por otra parte, consideramos que, en virtud de este requisito, tampoco cabe exigirle a la víctima la adopción de medidas que lesionen o pongan en grave riesgo los intereses o derechos de terceros. Como sostuvimos al referirnos al requisito de la antijuridicidad,

⁶⁵³ Cf. ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pag. 330.

⁶⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sentencia del 16 de Diciembre de 2010.

⁶⁵⁵ Cf. TREINTEL, G. H., An outline of the law of contract 5th edition, London, Ed. Butterworths, 1995, pag. 375 y 376.

⁶⁵⁶ Cf. DE ÁNGEL YAGÜES, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, 3era edición, Madrid, Ed. Deusto-Civitas, 1993, pag. 845.

importa un verdadero contrasentido que el orden jurídico pretenda evitar una ilicitud mediante otra ilicitud, un daño mediante otro daño. Aun cuando el proceder de la víctima encuadre en el estado de necesidad como causa de justificación de la conducta, nos parece excesivo que el orden jurídico exija a la víctima obrar una conducta que, aunque no sea antijurídica, resulte claramente ilícita.

En un intento sistemático, y sin pretensiones taxativas, procuraremos enumerar las limitaciones más relevantes que impone este requisito⁶⁵⁷. Cabe aclarar que puntualizaremos pautas limitativas meramente orientadoras que deben modularse en la realidad del caso concreto y que, de ningún modo, agotan los supuestos de lesividad y riesgo: 1) la víctima no debe someter a riesgos excesivos su dinero ni está obligada a endeudarse⁶⁵⁸; 2) no debe generar un peligro inusitado o desproporcionado para su persona; 3) no debe exponerse a tratamientos dolorosos o degradantes⁶⁵⁹, 4) no se le exige que asuma la contingencia incierta de un litigio contra un tercero; 5) no es preciso que menoscabe, destruya o perjudique sus intereses -bienes y derechos-; 6) no se le exige tampoco que tenga consideración frente a las personas que le han irrogado el daño, en lo referente a intentar su resarcimiento; 7) no debe poner en vilo su reputación moral o comercial; 8) no debe dañar a otros inocentes⁶⁶⁰; 9) no debe llegar a la incapacidad

⁶⁵⁷ A tal fin, nos basamos en los aportes realizados por MC. GREGOR, Harvey, *On damages*, London, 1980, pág. 169.

⁶⁵⁸ Al respecto, Brox señala que no se puede llegar al extremo de exigir que la víctima se endeude o tome un crédito para financiar la reparación o sustitución del bien dañado. Ver BROX, Hansm, Wolf-Dietrich *Allgemeines Schuldrecht*, 28° Auflage, München, Ed. C.H. Beck, 2002, pag. 347. Soler Presas, con un criterio más riguroso, plantea que la víctima sólo está dispensada de financiar la actividad mitigadora cuando ello suponga una limitación importante de su nivel de vida. Ver SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en *Anuario de Derecho civil*, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 960. La jurisprudencia argentina ha incluido en el deber de mitigar la asunción de gastos que estén al alcance de la víctima en la medida en que ello no implique endeudamiento. Ver *Cam. Nac. Civ.*, Sala A, in re "*Martinetto, Lorenzo L. c. Cortese Hnos. y otros*", Agosto 19-963, La Ley t. 113, pag. 215, analizado en título 4.1. del capítulo 1 de la parte A de esta tesis.

⁶⁵⁹ Gamarra señala que el rechazo es válido tratándose de una operación grave, riesgosa, que impone al paciente sufrimientos serios y no asegura que el estado de la víctima ha de mejorar. En contraposición, la negativa de la víctima a someterse a una intervención es injustificada cuando conlleva riesgos mínimos y existe alta probabilidad de éxito. El criterio transita por la gravedad de la intervención. Ver GAMARRA, Jorge Luis, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXIII, Fcu, Montevideo, 1991, pag. 40.

⁶⁶⁰ Este límite tiene un doble fundamento: la juridicidad y la no lesividad, pues no debe perderse de vista que el daño a un inocente es apto para comprometer la responsabilidad de la víctima y, en consecuencia, transformarse en deudora de una obligación indemnizatoria que no haría otra cosa más que menoscabar su patrimonio.

financiera solo por el hecho de cumplir con las labores de mitigación⁶⁶¹, 10) no cabe exigirle la adopción de medidas que violen sus creencias religiosas⁶⁶².

En materia contractual, se plantea ante el incumplimiento del deudor que la víctima, como medida de mitigación del daño, debe aceptar la oferta de un nuevo contrato o resolverlo anticipadamente para minimizar las pérdidas.

Otra posición, avalada por la jurisprudencia belga, sostiene que sólo excepcionalmente el acreedor debe aceptar la oferta hecha por el deudor de rescindir el contrato a fin de restringir razonablemente el daño.

Consideramos, sobre el punto, que no existe una solución invariable acerca de cómo deberá proceder el acreedor frente a un incumplimiento del deudor. Estimamos más sensato adecuar la pauta general de mitigación del daño evitable a la realidad del caso y enfatizar en la prohibición de abuso del derecho que pesa sobre el acreedor damnificado, en orden a obtener un beneficio a costa de la agravación de la situación del deudor.

Sobre la base de tal directriz, resulta más sencillo identificar las medidas de

⁶⁶¹ Este límite precisa la extensión de la pauta nro. 1.

⁶⁶² Un problema delicado se plantea cuando la aplicación de las medidas de mitigación del daño evitable entra en contradicción con las creencias religiosas de la víctima. De acuerdo a una posición, sostenida aisladamente por la Corte de EEUU en el caso *Montgomery v. Terminal Railroad Association*, no corresponde aplicar la doctrina de la mitigación cuando la víctima se niega a mitigar por creencias religiosas. Para los que apoyan este enfoque el derecho de la persona a practicar su religión libremente, sin que nada o nadie infrinja ese derecho, debe prevalecer en todos casos. Los defensores de este enfoque enfatizan en que este derecho está tutelado constitucionalmente, por lo que puede ni debe infringirse o violentarse. En el caso referido, se le sugirió a un empleado de ferrocarril que se sometiera a una operación de espalda, que se había lastimado por un accidente que sufrió en el trabajo. Este se rehusó debido a que su religión no le permitía operarse. La compañía alegó que el demandante podía mitigar sus daños sometiéndose a la operación. Al hacer su determinación, el Tribunal señaló que el empleado no tenía obligación alguna para mitigar, porque al fin de cuentas, sólo le correspondía al sujeto decidir si quería operarse o no.

En suma, esta postura plantea que las creencias religiosas constituyen un tipo de excepción a la doctrina de la mitigación del daño evitable. Lo contrario supondría, según sus corifeos, que la víctima tendría que ir en contra de sus creencias para poder ser compensados.

Con un criterio opuesto, Gamarra considera que la justificación de la incoercibilidad de la decisión del damnificado no alcanza para imponer al responsable la indemnización de un daño que no ha causado, no debe hacerse cargo de consecuencias evitables porque su existencia responde a una decisión consciente de la víctima y no a la producción misma del hecho dañoso. Es que, en tal caso, se verifica una fractura del nexo causal que obsta a la resarcibilidad del daño. Ver GAMARRA, Jorge Luis, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXIII, Fcu, Montevideo, 1991, pag. 40.

Por nuestra parte, nos oponemos a las respuestas radicales. Consideramos que corresponde analizar caso por caso la razonabilidad de la negativa de la víctima. Pero esto no debe entenderse como una intromisión del Estado en la religión, pues el juicio de razonabilidad no debe expresarse como un cuestionamiento al contenido del dogma, sino más bien como una ponderación de los intereses en juego, de las circunstancias del caso concreto, de la extensión del daño que podría ser evitado, de la gravedad de la afectación de la libertad religiosa de la víctima. Más que de un problema de causalidad de lo que se trata es de determinar si en el caso concreto resulta antijurídica la no adopción de la medida de mitigación del daño evitable.

mitigación que resultan exigibles en el caso concreto.

Por ejemplo, en un contrato de depósito oneroso de cosa por un plazo determinado, si el dueño no acude a retirarla en término ni aún lo hace pasado un tiempo prudencial, podrá ser, en el caso concreto, una medida exigible de mitigación del daño por parte del depositario dar aviso al depositante para que retire la cosa⁶⁶³.

En caso de incumplimiento de la contraparte de un contrato de compraventa de maquinaria industrial, podrá constituir una medida razonable de mitigación la contratación de una prestación sustituta en la medida de que exista disponibilidad en el mercado a un precio asequible al comprador insatisfecho –o, al decir de Soler Presas, que el objeto del contrato sea accesible en el mercado–, a fin de no paralizar la producción de bienes⁶⁶⁴.

En tal sentido, creemos que el derecho argentino, más próximo a la solución belga y alemana que al criterio del common law, puede llegar a exigir al acreedor la celebración de un negocio sustituto o de cobertura en forma excepcional. Es preciso, a tal fin, que la sustitución pueda realizarse sin dificultad y que el objeto del contrato sean bienes o servicios sumamente fungibles cuya adquisición pueda minorar de forma importante la pérdida, o bien cuando el acreedor del resarcimiento realice con frecuencia dada su profesión o ámbito de negocio contratos de ese tipo. Todo ello sin perjuicio de la indemnización por daños que el vendedor incumplidor deberá abonar⁶⁶⁵.

Respecto a la aceptación de una nueva oferta por el deudor o la resolución anticipada de un contrato, no descartamos de plano que puedan configurar medidas de mitigación exigibles a la víctima. Si bien la jurisprudencia argentina no registra antecedentes de ese tipo, creemos que, por vía de los principios y reglas aplicables al instituto, si en el caso concreto éstas se perfilan como las únicas medidas razonables para mitigar el daño y, fundamentalmente, no perjudican los derechos del acreedor, podrían resultar exigibles. Con todo, el criterio para determinar la exigibilidad de tales medidas ha de ser sumamente riguroso, pues su implementación supone una limitación sustancial de la autonomía de la voluntad en relación a los medios que la ley acuerda al acreedor frente al incumplimiento del deudor y, al mismo tiempo, obliga al acreedor damnificado a sostener una relación jurídica con quien ya ha dado muestras de no ser diligente en el cumplimiento⁶⁶⁶.

⁶⁶³ Cam. Nac. Com., sala 2da., E.D. 108-365.

⁶⁶⁴ Cf. SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en Anuario de Derecho civil, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 964.

⁶⁶⁵ Cam. Nac. Civ., Sala B, in re “*Argiró Hnos. c. Abelenda y Gravino*”, 16 de mayo de 1956.

⁶⁶⁶ Incluso el realismo económico debe tener en cuenta el desagrado que supone hacer nuevas concesiones o continuar relacionándose con quien se ha comportado injustamente, de forma que,

Otro supuesto particular se produce cuando el propio responsable es el que indica a la víctima los pasos que debe verificar para restringir el daño. En ese caso, aquél no podrá imputarle a éste el incumplimiento de la exigencia con fundamento en que las medidas adoptadas no fueron las más adecuadas.

Recapitulando, el cumplimiento de los requisitos enumerados determina la razonabilidad de la medida de mitigación del daño evitable por parte de la víctima. Ya no se tratará de un deber genérico de mitigar el daño evitable, sino del deber particularizado de adoptar una medida de mitigación concreta del daño evitable.

La verificación de estos requisitos tiene, pues, la virtualidad de precisar el deber de mitigar el daño evitable con referencia a una medida concreta, calificar tal medida como razonable y activar su exigibilidad.

En caso de que exista una pluralidad de medidas de mitigación que cumpla con las condiciones apuntadas, corresponderá distinguir si se justifica una aplicación simultánea o alternativa.

En el primer caso, al tratarse de medidas que se complementan o integran entre sí en su acción mitigadora del daño, resultarán todas igualmente exigibles. Por ejemplo, la víctima que sufre lesiones en un accidente y, en orden a su recuperación, se le indica la realización de una intervención quirúrgica y de un tratamiento de rehabilitación.

En el segundo caso, tratándose de medidas que se yuxtaponen en su acción funcional, resultará exigible aquella que resulte más eficaz en orden a la mitigación del daño. Por ejemplo, ante la falta de entrega de la mercadería prometida, el comprador si puede acceder a varias prestaciones sustitutas para morigerar el daño que satisfacen las condiciones de exigibilidad, deberá inclinarse por aquella que acuse mayor razonabilidad.

Finalmente, nos referiremos a la otra modalidad expresiva del instituto, cuál es el deber de no agravar el daño evitable.

La regla general determina que el campo de las abstenciones debidas por la víctima se predica respecto a todas aquellas conductas que importan una agravación del daño.

Así como dijimos que el damnificado debe arbitrar medidas razonables para mitigar

cuando el interés en juego no sea excesivamente cuantioso, debe considerarse razonable lavarse las manos y negarse a continuar negociando con el incumplidor. Pero cuando esta política de indiferencia (*"hands of policy"*), impulsada por la indignación o el resentimiento, pueda perjudicar intereses de una magnitud absolutamente desproporcionada con la leve humillación que pueda provocar la concesión, el agraviado debe tragarse su orgullo y cooperar con el causante del daño para reducir la pérdida. Ver SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en "Anuario de Derecho civil", t. XI.VIII, enero-marzo 1995, pag. 967.

el daño evitable, también afirmamos que debe abstenerse de adoptar conductas positivas y, específicamente, medidas irrazonables que incrementen la pérdida.

La adopción de medidas irrazonables por parte de la víctima se reputa como incumplimiento del deber de no agravar el daño cuando tales medidas aumentan, extienden o intensifican los perjuicios evitables.

Por aplicación de la regla de analogía, reiteramos, con carácter amplio, que la exigibilidad de las abstenciones debidas por la víctima en orden a la mitigación del daño evitable, amén de estar limitada por las causas generales de justificación, presupone el cumplimiento de los requisitos señalados para las medidas de mitigación. A saber: posibilidad, juridicidad, eficacia, necesidad, proporcionalidad relativa, no lesividad y ausencia de riesgo grave.

Lógicamente, la aplicación traslativa de los requisitos de exigibilidad, relativos a las medidas positivas de mitigación, debe hacerse con las adaptaciones del caso, teniendo en cuenta el carácter omisivo de la conducta debida por la víctima

En suma, la determinación de los límites de exigibilidad del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima constituye una actividad interpretativa que debe equilibrar las exigencias conductuales del mentado deber y la esfera de derechos de la víctima. A tales fines, el operador del derecho deberá echar mano al principio señero de la razonabilidad para poder determinar, en el caso concreto, hasta qué punto es justo exigirle a la víctima una actuación tendiente a la mitigación de los daños evitables.

10. Pautas de valoración de la conducta de la víctima.

Hemos podido comprobar que el contenido y los límites del instituto constituyen parámetros jurídicos que sirven para determinar objetivamente la conducta exigible a la víctima frente al daño evitable.

En este título, focalizaremos el análisis en las pautas de valoración de la conducta de la víctima. Mientras que el contenido y los límites incardinan aspectos que atañen al presupuesto específico de la antijuridicidad de la conducta de la víctima, las pautas de valoración recaen sobre el presupuesto del factor de atribución, apuntan a determinar la reprochabilidad subjetiva del proceder del damnificado.

A los efectos de formular el juicio de reproche referido, se torna necesario apreciar la conducta obrada por la víctima. Esta operación estimativa debe tener en cuenta las notas

típicas de la situación planteada. Entre las más relevantes, cabe mencionar: que el deber de mitigar el daño evitable recae sobre quien ha sufrido el daño, que quien se beneficia con la exigencia es el responsable y que el fundamento del instituto es la buena fe.

En consonancia con las postulaciones precedentes, brindaremos una serie de pautas orientadoras acerca de cómo debe valorarse la conducta de la víctima, y el modo en que corresponde evaluar la razonabilidad de las medidas de mitigación del daño evitable y de las abstenciones exigibles a la víctima.

a) Ex ante: la conducta de la víctima debe ser ponderada desde la posición en que ésta se hallaba durante la agravación del daño. Bien refiere Soler Presas que, una vez que la emergencia ha pasado, resulta fácil criticar las medidas que se han tomado para hacerle frente, pero dicha crítica no es bien recibida de aquellos que han creado la emergencia.

No corresponde que los operadores del derecho evalúen la situación desde un punto de vista diferente al que tuvo la víctima en la etapa crítica. Sería ilógico pretender, con base en una visión ex post de los hechos, que la víctima realice una actuación que no estuvo en condiciones de prever desde la posición en que se encontraba en la fase agravatoria del daño.

Esta pauta eleva una directiva precisa a los jueces para que evalúen la conducta de la víctima con base en las circunstancias concretas que rodearon el hecho en el momento en que se verificó. Su juicio debe ubicarse contemporáneamente a la producción del daño evitable.

b) Contextual: significa que el intérprete no debe apreciar la conducta de la víctima en forma individual, aislada o inconexa, sino de acuerdo al contexto global. Igualmente conductas pueden resultar razonables o irrazonables según el ámbito en que tengan lugar, la condición de los sujetos que las ejecutan, el momento histórico, las costumbres sociales imperantes, etc.

Con claridad meridiana, San Martín afirma: *“lo razonable o irrazonable depende del caso concreto (...). Por consiguiente, parece necesario considerar que, amén de un concepto jurídico indeterminado, la razonabilidad constituye un estándar social de valoración de la conducta”*. De esto se sigue que, en orden a la valoración de la razonabilidad de la conducta de la víctima, deberán contemplarse todas las circunstancias que integran la realidad del caso⁶⁶⁷.

Un fallo de la Corte Suprema Colombiana brinda un ejemplo magistral de la valoración contextual de la conducta de la víctima: *“Es decir que las actividades que se*

⁶⁶⁷ SAN MARTÍN, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pag. 389.

espera realice el transportador han de tener una ponderación, de acuerdo con lo que para el caso particular sea concreto o adecuado, atendiendo factores diversos, tales como la naturaleza de la mercancía transportada, el valor de la retribución pactada, la situación de la región en la que ha de llevarse a cabo la actividad, los antecedentes particulares entre las partes, o la conducta adoptada por el transportador en casos semejantes, entre otros ⁶⁶⁸.

En el análisis global de esa conducta ulterior es menester tener en consideración las circunstancias objetivas y subjetivas del caso y, sobre esa base fáctica, establecer si podía (luego debía) haber actuado el demandante para mitigar las consecuencias que del mismo daño-base podían derivarse a futuro ⁶⁶⁹.

Entre la actuación del damnificado y el contexto general existe una relación dialéctica mediante la cual ambos factores se re-significan a partir de su respectiva interrelación. Por ende, el juez deberá considerar la conducta de la víctima a la luz de todas las circunstancias del caso.

c) Diligencia ordinaria: hete aquí el criterio más relevante para determinar si la conducta obrada por la víctima en contradicción objetiva con el deber de mitigar el daño evitable merece reproche subjetivo.

La pauta de valoración ex ante y contextual conforman técnicas de captación de la conducta de la víctima. La pauta de la diligencia ordinaria aporta, en cambio, un parámetro jurídico material para valorar la conducta de la víctima y determinar, en definitiva, si cabe imputarle a ésta el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable.

Esta pauta se sustenta en la naturaleza del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Es que, al tratarse de un deber de medios y no de resultado, el cumplimiento de este débito conductual se verifica, no tanto por la mitigación efectiva del daño evitable, sino más bien por la diligencia empleada por la víctima para erradicar, en la medida de lo razonable, los perjuicios existentes en la etapa del post daño.

La pregunta fundamental está dirigida a conocer el grado de diligencia exigible a la víctima en punto a la mitigación del daño evitable. En tal sentido, consideramos que el parámetro aplicable es el de la diligencia ordinaria con adecuación a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso.

Esto significa que existe una norma general de prudencia media que se impone a todos, pero que debe ser calibrada en la realidad del caso concreto. Con un criterio

⁶⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, sentencia del 16 de Diciembre de 2010.

⁶⁶⁹ Cf. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, Tratado de Responsabilidad civil, 3a de., Madrid, Ed. Civitas, 1993, p. 845).

depurado, Reifegerste asevera que la pauta de la razonabilidad media trasunta una referencia abstracta que debe circunscribirse y completarse con la situación de hecho⁶⁷⁰.

Esta pauta de apreciación abstracta-concreta es la que adopta el orden jurídico argentino. El juez debe examinar la realidad del caso, ponderando la situación personal de la víctima, y luego confrontarla con la diligencia que en tales circunstancias habría observado un hombre prudente (cf. arts. 512, 902, 1107 del Código Civil; art. 1725 del Código Civil y Comercial).

Lógicamente, a la hora de modular el grado de prudencia exigible a la víctima, será preciso considerar la situación de inferioridad en que ésta se encuentra como consecuencia de haber sufrido el daño resarcible, es decir como consecuencia de su propia condición de víctima (art. 909 del Código Civil; arts. 1725 del Código Civil y Comercial).

Sin embargo, esto no debe conducirnos a pensar que la observancia de una diligencia atenuada o mínima por parte de la víctima es condición suficiente para enervar cualquier reproche jurídico contra su conducta. O, lo que es igual de inexacto, a requerir de modo invariable que la víctima obre con culpa grave para poder tener por comprobado el juicio de imputación subjetivo de la conducta antijurídica.

Por el contrario, el sistema argentino de responsabilidad civil únicamente nos insta a considerar la vulnerabilidad real que el padecimiento del daño resarcible le genera a la víctima en el caso concreto. En esa medida, corresponderá moderar el grado de prudencia exigible en función de dicha circunstancia. De ahí que, cuando la situación dañosa no limite ni agrave las posibilidades concretas de la víctima para mitigar el daño, no habrá razón para modificar el estándar de diligencia en virtud de tal condición⁶⁷¹. Incluso podrá exigirse a la víctima un grado de diligencia superior a la media cuando, por su superioridad cognocitiva, económica y/o de otra índole jurídicamente relevante, deba obrar con mayor cuidado y previsión. Por ejemplo, cuando el proveedor sufre un daño por el incumplimiento de un consumidor (art. 902 del Código Civil; y art. 1725 del Código Civil y Comercial).

Es importante puntualizar que la proyección de la regla de diligencia abarca diferentes aspectos de la conducta de la víctima. Esto significa que el juicio de reproche subjetivo está vinculado a si ésta adoptó o no las medidas positivas razonables para mitigar

⁶⁷⁰ Cf. STHEPHAN, REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Marseille, Ed. Puam, 2002, pag. 278 y ss.

⁶⁷¹ CN.CCom., sala 2°, E.D. 108-365 (no hay otro datos disponibles) citado por VENINI, Juan Carlos, *El deber de la víctima de mitigar el daño*, Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni., 2008, pag. 93. Ver análisis de fallo en título 4.1. del Capítulo I de la parte A de este trabajo.

el daño evitable en el caso concreto, o a si se abstuvo de obrar en un determinado sentido a fin de no agravar el daño. Sin perjuicio de la trascendencia de tales cuestiones en orden a la aplicación correcta del instituto, también existen otros aspectos de la conducta de la víctima que no escapan al deber de mitigar.

Desde tal perspectiva, creemos que todos los límites objetivos de razonabilidad de la conducta omisiva y/o comisiva de la víctima –posibilidad, juridicidad, eficacia, necesidad, proporcionalidad relativa, no lesividad y ausencia de riesgo- deben ser juzgados y apreciados a la luz de la pauta de la diligencia media ajustada a la realidad del caso concreto. De modo tal que si, por ejemplo, la víctima adopta medidas ineficaces para mitigar el daño evitable pero percibe sin culpa –conforme al estándar abstracto-concreto de diligencia exigible- que sus acciones resultarán útiles para minimizar las consecuencias dañosas, no corresponderá tener por incumplida la exigencia aludida. O, inversamente, si la víctima ejecuta acciones que terminan agravando positivamente el daño porque entiende inculpablemente que, de haberse abstenido de obrar, hubiese puesto en grave peligro su vida o patrimonio, aunque luego esto no ocurra, tampoco será lógico reprocharle el incumplimiento del deber de mitigar el daño.

Con mayor especificidad, podemos comprobar que la regla nos conduce a apreciar la diligencia que empleó la víctima para tomar conocimiento de la realidad del daño evitable. Es obvio que cuando la víctima ignora la existencia del daño, o de los bienes propios afectados por el daño, no cabe imputarle falta de diligencia por la inobservancia de las acciones eficaces para mitigarlo o de las abstenciones necesarias para no agravarlo. Pero sí podrá ser pasible de reproche por la indiferencia, incuria, o grave desatención que exteriorice al momento de percibir la manifestación del daño posterior, en circunstancias en que era razonable esperar que la víctima tomara conocimiento de la extensión de las consecuencias dañosas mencionadas.

De este modo, si la víctima no estuvo en condiciones adecuadas para percibir o conocer la posibilidad fáctica -no jurídica, pues el derecho se presume conocido (art. 20 del Código Civil; art. 8 del Código Civil y Comercial)- de adoptar las medidas positivas o negativas de mitigación del daño evitable, su eficacia en orden a tal fin, la necesidad de su aplicación, su proporcionalidad relativa en el caso concreto y la no lesividad y ausencia de riesgo para la víctima o terceros, no corresponderá recriminarle la no realización de la medida respectiva. Ahora bien, si el desconocimiento de tales circunstancias responde a una falta de diligencia jurídicamente relevante por parte de la víctima, corresponderá imputarle a ésta la agravación del daño. Por ejemplo, la víctima de un accidente que sufre lesiones internas y que, a pesar de los síntomas manifiestos de dolor, se demora

considerablemente en hacerse un chequeo médico, provocándole tal tardanza una agravación seria del daño, no podrá alegar luego que no tuvo conocimiento oportuno de esas lesiones y, con base en ello, pretender eximirse de la agravación del daño ocurrido a causa de dicha dilación.

En fin, estimamos que esta solución es la que mejor armoniza con el sistema abstracto-concreto que implementa el Código Civil y el Código Civil y Comercial, y la situación especial de la víctima de un daño resarcible, pues posibilita una aplicación flexible y adecuada a la realidad del caso concreto y, a su vez, ofrece un parámetro orientativo para que el operador de derecho pueda formular un juicio de reproche subjetivo de la conducta de la víctima.

11. Efectos del cumplimiento.

Los efectos jurídicos del cumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no son otra cosa que las consecuencias que el orden de derecho argentino determina, para la víctima y el responsable, frente a la observancia regular de esta exigencia.

Los efectos principales del cumplimiento del deber de mitigar son: 1) la satisfacción del interés del responsable y la sociedad que demandan una colaboración razonable de la víctima en orden a la mitigación de los daños evitables, 2) la conservación plena de los derechos de la víctima a ser indemnizada por la totalidad del daño resarcible que se halla en relación de causalidad jurídicamente relevante con el hecho productor atribuible subjetiva u objetivamente al responsable, 3) y el derecho de la víctima a reembolsar los gastos razonables en que incurrió para mitigar el daño evitable.

Respecto a este último efecto, nos interesa apuntar que, en pro de una política legislativa promotora de la conducta diligente, solícita, cooperante, solidaria, leal, proba, coherente y oportuna, entre otras manifestaciones más, se tiene establecido que cuando la víctima-acreedora se comporta cabalmente, siguiendo estas coordinadas conductuales, tiene derecho a que los gastos incurridos para tal efecto le sean reembolsados, comoquiera que a su condición de damnificado no le puede agregar más perjuicios a los ya experimentados o potencialmente por experimentar⁶⁷².

⁶⁷² GOMEZ CALLE, Esther, La contribución de la víctima a la causación del daño, en Derecho de daños, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pág. 258.

El panorama normativo coincide ampliamente en que la víctima tiene derecho al reembolso de los gastos en que incurrió para mitigar el daño evitable. Sin embargo, no hay consenso generalizado sobre la naturaleza jurídica del título de la víctima para obtener ese reembolso, circunstancia que repercute sobre los alcances de sus derechos para recobrar el valor de las medidas de mitigación del daño.

De acuerdo a una posición minoritaria, por no decir solitaria, en el derecho nacional y comparado⁶⁷³, el reembolso procedería por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. La lógica sería la siguiente: si el responsable del daño originario no restituye a la víctima el valor de las medidas que mitigaron el daño evitable, operaría un desplazamiento patrimonial injustificado, con el consiguiente empobrecimiento de la víctima y enriquecimiento del responsable. El enriquecimiento sin causa genera, con fundamento en la equidad, una obligación restitutoria a cargo del responsable para que reembolse a la víctima el valor del enriquecimiento percibido por la reducción del daño resultante de la aplicación de la medida hasta el efectivo empobrecimiento sufrido por la víctima.

Es oportuno recordar, en tal sentido, que el enriquecimiento sin causa puede manifestarse como un incremento patrimonial del enriquecido, ya sea por aumento del activo o reducción del pasivo, o bien como una no disminución patrimonial en casos en que ésta debía producirse. Es precisamente esta última modalidad la que se verifica en el supuesto de referencia. No hay dudas de que, cuando la víctima adopta medidas para mitigar el daño, evita una disminución del patrimonio del responsable, debido a que, sin la intervención de ésta, el daño habría sido mayor y, en consecuencia, la obligación indemnizatoria, a cargo del responsable, habría sido más gravosa. Correlativamente, la víctima sufre un empobrecimiento de su patrimonio, por cuanto termina afrontando el costo de medidas de mitigación que no habría tenido que sufragar de no haber mediado el hecho dañoso atribuible al responsable.

Tampoco existe una causa jurídica que justifique el traspaso de valores económicos de un patrimonio al otro. El principio de buena fe funciona como fundamento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, pero no es suficiente para imponerle a ésta la obligación de soportar el costo económico de las medidas de mitigación del daño. Sería, incluso, contrario a la buena fe que el responsable pretendiera no hacerse cargo del costo

⁶⁷³ Hemos identificado dos fuentes que adscriben a Código Civil y Comercial que prevé la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa para disponer el reembolso de los gastos en que hubiese incurrido la víctima para mitigar el daño evitable; y el artículo 1180 del Código de Comercio chileno que, a propósito de los seguros marítimos, señala: “(...) *Por los gastos incurridos con el fin de evitar que el objeto asegurado sufra un daño o para evitar sus efectos, siempre que el daño evitado o disminuido este cubierto por la póliza. En todo caso, los gastos señalados no podrán exceder el valor de los daños evitados*”.

de las medidas adoptadas para mitigar el daño.

El otro requisito de procedencia de esta tesis anida en la necesaria correlación que debe existir entre el enriquecimiento del responsable y el empobrecimiento de la víctima. O sea, lo primero debe ser causa de lo segundo, y a la inversa. Esto significa que si el empobrecimiento de la víctima, materializado en el costo de las medidas adoptadas para mitigar el daño evitable, no repercutió en un enriquecimiento del responsable, patentizado en la minimización del daño final con la consecuente reducción del quantum de la indemnización, no habrá obligación de restituir a la víctima los valores económicos con los que el responsable se benefició. Del mismo modo, si la aplicación de las medidas de mitigación del daño evitable no representa un costo para el responsable, no cabría, por falta de empobrecimiento del actor, restitución alguna de valores⁶⁷⁴.

Esta es la posición adoptada por el art. 1710 del nuevo Código Civil y Comercial: *“...si tales medidas [las de mitigación del daño evitable] evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste les reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa”*. De acuerdo con esta postura, el reembolso del valor de los gastos efectuados por la víctima está supeditado a la verificación previa de los requisitos de procedencia de la acción in rem verso. La consecuencia práctica más relevante de esta tesis, insistimos, es que la víctima sólo tendrá derecho a recuperar el importe de los gastos realizados para mitigar el daño evitable en la medida de que éstos hayan enriquecido al responsable, ya sea por haber servido para reducir efectivamente la extensión del daño indemnizable o bien por haberle reportado a éste una utilidad o beneficio cierto. En otras palabras, si las medidas de mitigación no redujeron efectivamente el daño evitable o enriquecieron al responsable, no procederá el reembolso de los gastos efectuados a tales fines, aun cuando las medidas adoptadas hubiesen sido razonables e, incluso, exigibles para la víctima.

Discrepamos contra la solución aplicada por el Código Civil y Comercial, por cuanto entendemos que subordinar el reembolso de los gastos al éxito o eficacia de las medidas de mitigación del daño evitable implica poner en cabeza de la víctima el riesgo derivado de la adopción de tales acciones, cuando el generador real de ese riesgo ha sido el responsable, es decir el sujeto a quien se le atribuye el hecho dañoso que colocó a la víctima frente a la necesidad de aplicar tales medidas.

Nuestra conclusión crítica se sustenta en la propia naturaleza jurídica del deber de mitigar el daño evitable que, como deber de medios, exige a la víctima la adopción de las

⁶⁷⁴ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 109.

medidas positivas y/o negativas que sean razonables para mitigar el daño evitable, más no le impone a ésta asegurar la mitigación efectiva del daño evitable como resultado debido.

En efecto, no puede asignársele al acreedor obligaciones, cargas o deberes sin contraprestación alguna. Por ello, si bien hemos hecho hincapié en que sus deberes de conducta referidos a la evitación y la mitigación descansan en férreos pilares como la buena fe objetiva, y que por tanto la víctima no puede cruzarse de brazos, sino actuar (opus), en particular mediante la adopción de las medidas necesarias y razonables para el logro del precitado fin (officium), ello no puede tener cabida sin que se le reconozcan los gastos y expensas en que para su atención y cumplimiento realizó⁶⁷⁵.

Con incuestionable realismo económico, San Martín expresa: *“Adoptar medidas para evitar o mitigar los daños frecuentemente conlleva gastos, como aquellos necesarios para concluir un contrato de reemplazo, subsanar defectos o restituir las mercaderías. En síntesis, la diligencia tiene un costo y hay consenso en que él debe ser soportado por el responsable. Tal situación es conocida como derecho al reembolso, expresión que tiene la virtud de dar exactamente la idea de la situación: el perjudicado debe adelantar sumas que luego serán sufragadas por quien resulte responsable”*⁶⁷⁶.

En caso contrario, sobre él recaería un pesado lastre, un yunque que minaría aún más su situación, de por sí difícil, pues no olvidemos que, tratándose de la hipótesis de la mitigación, ya es víctima de un daño, al que le sumaría otro si no mediare el reembolso en mención. En estos supuestos no puede demandarse una actuación ad honorem, escoltada por la gratuidad y por la filantropía.

Existe otra postura, de mayor predicamento en el mundo jurídico⁶⁷⁷, que parte de la consideración de que el reembolso de los gastos en que hubiese incurrido la víctima en orden al cumplimiento de este deber, procede a título de indemnización. Dicho de otro modo, la totalidad de las erogaciones que hubiese realizado la víctima para mitigar razonablemente el daño evitable forma parte de la extensión del resarcimiento y queda, en consecuencia, sujeta a las reglas y principios aplicables a la responsabilidad civil.

⁶⁷⁵ Cf. GOMEZ CALLE, Esther, La contribución de la víctima a la causación del daño. Publicado en Derecho de daños, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pág. 258.

⁶⁷⁶ SAN MARTÍN, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pag. 403 y ss.

⁶⁷⁷ Ver arts. 7.4.8. los Principios de Unidroit, art. III del Marco Común de referencia, art. 85 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, art. 1344 del Código Civil Francés, HARRIS, Donald; CAMPBELL, David; HALSON, Roger, Remedies in Contract and Tort, Suffolk Butterworths, 2002, pags. 110 -111., SOLER PRESAS, Ana María, La valoración del daño en el contrato de compraventa, Pamplona, Ed. Editorial Aranzadi, 1998, pag. 63 y ss.

Con una lógica implacable, Ramón Domínguez Águila puntualiza: *“Si el deudor o el causante del daño debe repararlo en su integridad y esa obligación resulta aliviada por la víctima que adopta las medidas para mitigar el perjuicio que sufre, la reparación será, en definitiva, menor con provecho para aquél”*. El único modo de asegurar la plenitud del resarcimiento es incluyendo el valor de los gastos razonables asumidos por la víctima dentro del daño indemnizable⁶⁷⁸.

En este orden de cosas, el agente del daño será el responsable no sólo del pago de la indemnización del daño principal, sino también de los gastos razonables que perseguían la evitación del daño, o su aminoración, con independencia del resultado finalmente obtenido, que es asunto que trasciende al referido reembolso. Esto significa que el reconocimiento de los gastos no está indisolublemente ligado a la efectividad del laborío o gestión del acreedor o víctima, esto es de la eficacia de las medidas adoptadas para evitar o paliar el daño, pues, como hemos dicho anteriormente, no constituye un débito de resultado. Benítez Caorsi lo sintetiza magistralmente, al aseverar que el damnificado *“[...] tiene derecho a recuperar todos las pérdidas en que incurrió como consecuencia del intento (razonable) para evitar el daño, aun cuando no haya tenido éxito y el daño se haya agravado”*⁶⁷⁹.

En nuestro ordenamiento, encontramos un fundamento normativo que incorpora esta solución a un ámbito particular, y que podría ser extendida por analogía a otras situaciones no regladas. Nos referimos, sin más, al artículo 85 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercadería que dispone: *“Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado”*.

El artículo es contundente. El acreedor damnificado por el incumplimiento tiene derecho al reembolso de los gastos razonables que haya realizado. No se establece como condición del reembolso que los medidas adoptadas hayan mitigado efectivamente el daño. Únicamente se exige que los gastos realizados hayan sido razonables.

⁶⁷⁸ RODRIGUEZ AGUILA, Ramón, Notas sobre el deber de minimizar el daño. Publicado en Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, 2005.

⁶⁷⁹ Cf. BENITEZ CAORSI, Juan, La obligación de minimizar el daño, op. cit., pag. 2.

Lo relevante estriba, entonces, en determinar cuál es el criterio de razonabilidad de los gastos realizados por la víctima. Entendemos que los parámetros para definir si un gasto es o no razonable se diferencian de los parámetros que determinan la razonabilidad de las medidas de mitigación exigibles a la víctima. Es decir, el concepto de razonabilidad se proyecta de distinto modo según la naturaleza de la cuestión analizada.

Si bien es cierto que todas las medidas de mitigación exigibles a la víctima le otorgan a ésta el derecho de reembolso de los gastos en que hubiese incurrido para implementarlas, no todas las medidas que dan derecho al reembolso de los gastos son necesariamente exigibles. Vrg., si la víctima se expone a una intervención quirúrgica de alto riesgo para restablecer su salud tras un accidente sufrido por causa del responsable, no cabe duda de que tendrá derecho a recuperar los gastos médicos derivados de la operación, como tampoco resulta dudoso que tal medida de mitigación del daño no resulta exigible a la víctima en virtud de los elevados riesgos que implica para su vida.

En este orden, consideramos que los gastos efectuados por la víctima para mitigar el daño evitable son razonables y, por ende, reembolsables, cuando las medidas de mitigación solventadas resultan jurídicas, eficaces y relativamente proporcionadas.

Conviene efectuar una relectura de estos requisitos, dado que, como decíamos antes, la razonabilidad se predica de un modo diferente según analicemos la exigibilidad de las medidas de mitigación del daño o el reembolso de los gastos en que hubiese incurrido la víctima para mitigar tal daño.

En primer término, debemos apuntar que la eficacia supone que las medidas deben ser a priori aptas para reducir la extensión del daño evitable en la situación de que se trate o que, sin revestir ad initio dicha condición, terminen redundando en una disminución efectiva de los daños evitables.

No sería razonable que el ordenamiento jurídico garantizase la restitución de los gastos efectuados en la adopción de medidas inútiles, puesto que en tal caso se desvirtuaría la función preventiva ex post del instituto que reclama actuaciones idóneas –aunque no sean exitosas- para mitigar el daño evitable.

Sin embargo, es dable matizar que, aún cuando las medidas adoptadas no hayan servido para mitigar efectivamente el daño, este requisito se considera igualmente cumplido si las mismas se presentaron a la víctima como acciones u omisiones idóneas en orden a la consecución de tal objetivo.

Dicho de otro modo, si la víctima percibió inculpablemente –es decir con la diligencia que le era exigible conforme a las circunstancias de modo, tiempo, lugar y

persona- que las medidas resultaban idóneas para mitigar el daño evitable cuando carecían objetivamente de tal eficacia, el requisito aludido deberá tenerse por verificado.

La razonabilidad del gasto, como condición del derecho de reembolso, impone también que la medida de mitigación aplicada sea conforme a derecho. La víctima no puede pretender el reembolso de un gasto ordenado a financiar una medida de mitigación que se halla en contradicción con el ordenamiento jurídico.

El fundamento radica en un principio elemental de derecho según el cual el orden jurídico no debe tutelar la conducta antijurídica. Por ejemplo, si el titular de un automóvil, que ha sido averiado por la acción del responsable, decide robar un vehículo para no verse privado del uso de su propio rodado durante la etapa de reparación, no puede luego pretender que el responsable le reembolse los gastos provocados por el hecho ilícito aludido.

Finalmente, debe existir una proporcionalidad relativa entre el gasto realizado y el daño evitable. Esto significa que el reembolso de los gastos no puede proceder sino hasta la concurrencia del monto representado por el daño evitable. No puede pretenderse la restitución de un valor mayor al daño evitable. De modo tal que si el gasto en que hubiese incurrido la víctima fuese superior al daño evitable, corresponderá hacer lugar al reembolso hasta la concurrencia del daño evitable.

Es importante señalar que este requisito debe flexibilizarse frente a los daños a la persona. En tales supuestos, podría justificarse el reembolso de un gasto superior al monto del daño evitable, teniendo en cuenta la gravedad de la afectación, la naturaleza del derecho vulnerado, las circunstancias objetivas y subjetivas en que se encontraba la víctima, etc.

Recapitulando, la postura que plantea que el reembolso de los gastos razonables en que hubiese incurrido la víctima para mitigar el daño evitable procede a título de indemnización, armoniza con el actual sistema de responsabilidad civil basado en el principio a la reparación integral del daño. Asimismo, encuentra sustento normativo en el art. 85 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y el art. 16 del Código Civil y los arts. 2, 9, 729, 961, 991 y 1061 del Código Civil y Comercial. Responde adecuadamente a la naturaleza de la exigencia como deber de medios y con la función preventiva ex post del instituto al brindar cobertura integral a los esfuerzos razonables de la víctima por mitigar el daño evitable. Y, sobre todo, se deduce como una consecuencia necesaria del derecho a la reparación integral del daño (arts. 15, 17 y 19 de la CN y 21 inc. 2 y 29 inc. c de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Por nuestra parte, suscribimos a estas ideas con base en las razones explicadas.

De lege lata, consideramos que esta es la solución que se impone en el Código de Vélez. Si bien dicha normativa no se pronuncia expresamente sobre la cuestión, entendemos que, por vía de principios y analogía, corresponde aplicar la tesis expuesta.

En el Código Civil y Comercial, la cuestión se torna más compleja. El art. 1710 del nuevo Código dispone la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa: “... si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa”. Esto significa que, prima facie, la posibilidad y la medida del reembolso de los gastos estará condicionada al éxito de las medidas de mitigación del daño evitable. Sin embargo, existen derechos y principios de rango constitucional que se oponen a una aplicación literal de la norma precitada.

No debemos perder de vista que los gastos efectuados por la víctima para mitigar el daño evitable le significan a ésta un detrimento patrimonial. De manera que si tales erogaciones se hallan en relación de causalidad adecuada con el hecho atribuible al responsable y resultan razonables, tales dispendios deben formar parte del daño indemnizable. Insistimos, se trata de una consecuencia derivada del derecho a la reparación integral que tiene el damnificado para que le sean indemnizados todos los daños jurídicos sufridos en un determinado suceso dañoso.

Este derecho a la reparación integral opera como límite jurídico de rango constitucional e impone una interpretación restrictiva del texto legal, toda vez que exista una solución normativa que menoscabe el contenido del derecho mencionado. Sobre la fundamentación constitucional de este derecho, remitimos al título 6 del capítulo I de la parte B.

La Corte Suprema ha defendido invariablemente el principio de supremacía constitucional: “El art. 28 de la Constitución enuncia el principio de supremacía de aquélla, al disponer, claramente, que los principios, garantías y derechos reconocidos constitucionalmente, no podrá ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Asimismo los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto lo proporciona”⁶⁸⁰. Por tal razón, nuestro Máximo Tribunal ha sido conteste en afirmar, en relación a la interpretación de las normas legales, que: “debe tener en cuenta el principio de hermenéutica jurídica según el cual debe preferirse la interpretación que concuerda y favorece –antes que aquella que prescinde y dificulta- los fines perseguidos por las

⁶⁸⁰ CSJN, Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A., 14/09/2004. Fallos 327:3677. Publicado en suplemento especial LA LEY, 2004

normas constitucionales”⁶⁸¹. Con lo cual queda claro que la pauta de interpretación constitucional, tal como lo ha venido aseverando la Corte en forma inveterada, apunta primeramente a lograr una adecuación armónica de las normas legales a la Constitución y, sólo de no ser ello posible, conduce a inaplicar la norma legal en la medida de la incompatibilidad constitucional: *“La interpretación de la ley comprende no sólo la pertinente armonización de sus preceptos, sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente (y) tal interpretación armónica alcanza a la Constitución Nacional, a cuyos principios y garantías ha de adecuarse la hermenéutica jurídica de las normas legales, en tanto lo permita la letra y su espíritu”*⁶⁸².

Por los argumentos expuestos, corresponde encauzar la interpretación del art. 1710 del nuevo Código dentro del marco de posibilidades regulatorias de la CN y, en particular, del derecho constitucional a la reparación integral del daño.

En tal sentido, resulta evidente que si la víctima empleó medidas razonables para mitigar el daño evitable –máxime si las mismas resultaron exigibles en virtud de este deber- tiene derecho a que el responsable le reintegre el costo de tales medidas, aun cuando las mismas no hayan reducido efectivamente el daño, toda vez que tales erogaciones reflejan la subsistencia del perjuicio en el patrimonio de la víctima. Lo contrario, supondría un resarcimiento tan sólo parcial del daño y, por ende, una restricción injustificada al derecho constitucional a la reparación integral.

En otros términos, ante esta situación, el juez se enfrenta a tres alternativas posibles: 1) adhiere a la interpretación literal del texto legal aunque resulte manifiestamente contraria a la Constitución Nacional. 2) Desestima la disposición del art. 1710 inc. b e integra pretoriamente el régimen jurídico aplicable al reintegro de los gastos derivados de las medidas de mitigación del daño. 3) Interpreta la norma del Código Civil y Comercial en armonía con el plexo constitucional, aun cuando, para ello, deba restringir el alcance literal del artículo precitado. La jurisprudencia de la CSJN se inclina decididamente por esta última opción.

Entendemos que la consecuencia práctica del método hermenéutico propuesto no es otra que la aplicación principal de la acción resarcitoria clásica y la aplicación subsidiaria de las reglas del enriquecimiento sin causa como fuente regulatoria del derecho de reintegro de los gastos efectuados en la adopción de las medidas de mitigación del daño evitable. Con esto queremos decir que en aquellos casos en los que no sea posible

⁶⁸¹ CSJN, I-HsingNi, 23/06/2009 – Fallos: 332:1466-. Publicado en LA LEY, 2009-E, 339 – La Ley On line, AR/JUR/15361/2009.

⁶⁸² CSJN, Puloil S.A., 06/03/1964 – Fallos 258:75. Publicado en LA LEY, 116-13.

efectivizar el reembolso de los gastos mediante la articulación de la acción resarcitoria – por ejemplo, por prescripción- deben aplicarse supletoriamente las reglas del enriquecimiento sin causa para decidir el reintegro de los gastos en que hubiese incurrido la víctima hasta la concurrencia de la evitación del daño efectivamente evitado.

A mayor abundamiento, es dable tener presente que esta interpretación se compadece con una característica típica de la acción in rem verso: la subsidiariedad. En rigor, se trata de una acción de cierre, sólo ejercitable para cubrir una laguna legal⁶⁸³.

Cabe precisar que la subsidiariedad de la acción debe entenderse con criterio relativo. Esto significa que la carencia de la acción resarcitoria debe ser valorada al momento en que se articula la acción de reembolso fundada en el enriquecimiento sin causa. En otras palabras, es preciso que, al momento de accionar, la víctima no disponga de otra acción, aunque la haya tenido con anterioridad y la misma se haya extinguido.

En conclusión, el derecho de reembolso de los gastos realizados por la víctima es una consecuencia jurídica derivada del derecho a la reparación integral que tiene toda aquella persona que sufre un daño resarcible. Será la entidad y extensión del gasto razonable lo que determine la medida del reintegro de los gastos. En caso de que la acción resarcitoria se haya extinguido, procederá el reintegro de los gastos conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa.

12. Efectos del incumplimiento.

En lo que concierne a los efectos derivados de la inobservancia de este deber conductual, es menester señalar que las secuelas emergentes del quiebre o inexecución de la exigencia estudiada son prueba diamantina del papel asignado en el orden jurídico al instituto.

Sabemos que la mitigación del daño evitable constituye un deber para la víctima. Ahora bien, ¿cuáles son los efectos reactivos que el ordenamiento jurídico dispone frente a

⁶⁸³La tesis de la subsidiariedad se explica del siguiente modo: el enriquecimiento sin causa es doctrina legal praeter legem; el conjunto de normas del sistema legal la limita negativamente; no se aplica secundum legem; donde hay ley aplicable queda excluido. Mucho menos contra legem: el enriquecimiento sin causa no puede perturbar las soluciones de derecho positivo, no siquiera mitigarlas en nombre de la equidad, el derecho natural o la moral. Es que, aunque es equitativo que nadie se enriquezca a expensas de otro, el derecho positivo se ve forzado, con frecuencia, por razones de seguridad, de sistema y lógica jurídica o por muchas otras consideraciones, a autorizar, como consecuencia de ciertos hechos o negocios jurídicos, el enriquecimiento por un sujeto a expensas de otro.

todo aquel damnificado que se aparta de estas directivas de comportamiento?.

Es claro que la desatención, desidia o especulación de la víctima no puede quedar impune, y que el deudor comportamental en sentido lato, debe asumir las consecuencias derivadas de estas conductas desaprensivas.

Dichas secuelas tienen asignado un campo específico de acción, concretamente el relativo a la indemnización o resarcimiento del daño. Es que no todo daño, sólo por el hecho de su floración material, deviene indemnizable, total o parcialmente. Por ello, el daño resarcible en sí mismo, será el corolario de un proceso encaminado a su liquidación (posterius), típica manifestación de la denominada dimensión cuantitativa y cualitativa del daño. En este puntual sentido se alude con frecuencia al *quantum respondeatur*, por oposición al *an respondeatur*, categorías que son igualmente relevantes, dado que como bien lo subraya el profesor De Cupis: “[...] *el iter de la justicia conduce a la mitad del destino, cuando es definida la existencia de la obligación de resarcir pero sin establecerse aún la entidad de esta obligación, en cuyo caso la dosis correcta de dicha entidad exige una sensibilidad jurídica y una prudencia no menor de la que requiere la verificación de tal existencia*”⁶⁸⁴.

Desde esta perspectiva, Gómez Calle pone de relieve que: “*Quien padece un daño debe tomar las medidas razonables, a la vista de las circunstancias del caso, para limitar en la medida de lo posible su alcance, pues el daño no evitado por la víctima pudiendo haberlo sido no se considera indemnizable*”. Concluye, al respecto, que: “*el incumplimiento por parte de la víctima de la carga de mitigar el daño sufrido excluye la indemnización de los daños que hubiera podido evitar cumpliendo con esa carga porque no son objetivamente imputables al agente*”⁶⁸⁵.

Por tal motivo, insistimos que, en materia de efectos, el más importante en el citado plano cuantitativo tiene que ver con la disminución del monto del perjuicio resarcible. Por ello, este tema está íntimamente ligado al daño indemnizable. Si la víctima no evitó el daño, pudiendo hacerlo racionalmente, o no lo minimizó, conforme a las circunstancias del caso concreto, el agente del daño no estará obligado a resarcir la totalidad del monto del perjuicio experimentado por aquella, siendo procedente entonces una reducción en el quantum indemnizatorio (*quantum respondeatur*) en función del aporte causal de la conducta de la víctima –violatoria del deber de mitigar- en la mayor extensión del daño.

⁶⁸⁴ DE CUPIS, Adriano, Il problema giuridico del ‘quantum respondeatur’. Publicado en *Rivista di Diritto Civile*, 1967, págs. 519 y 520.

⁶⁸⁵ GÓMEZ CALLE, Esther, La contribución de la víctima a la causación del daño, en Derecho de daños, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pág. 258.

Con un criterio similar, Alterini y López Cabana sostienen que el incumplimiento de este deber de colaboración del dañado que le impone adoptar todas las medidas razonablemente útiles para mitigar el daño determina que la cuota de daño que se deriva causalmente de tal inobservancia deba ser considerado como “*provocada*” por él y, en esa medida, no resulta indemnizable. Este plus de daño, evitable o pasible de minoración, de haberse incumplido el deber en cuestión, debe ser considerado “*causado*” por éste y no por el autor del daño primitivo. Más que reducción del daño resarcible, hay aquí un supuesto de exclusión de daño⁶⁸⁶.

Troncoso coincide con una fórmula breve que sintetiza el efecto de la inobservancia de este deber: “*reducción de la indemnización de forma proporcional a la fracción de daño que hubiera podido ser evitada*”⁶⁸⁷.

En consonancia con estas ideas, Reifegerstey y WeIszberg afirman que si la víctima “[...] no toma todas las medidas razonables[...], ella será privada de la reparación en aquella parte del perjuicio que ella hubiera podido evitar”, habida cuenta que conforme lo explica gráficamente el referido profesor —desde la perspectiva de la autorresponsabilidad— “[...] el dañado debe observar, [...] dentro de su propia esfera jurídica, un determinado estándar de diligencia dirigida a evitar o aminorar la consecuencia del daño. Caso contrario, es decir, si negligentemente descuida sus propios intereses, se colocará en situación de autorresponsabilidad con lo que ya no podrá pretender que la carga del daño se desplace, en todo o en parte, sobre otro patrimonio”⁶⁸⁸.

Por consiguiente, si se acredita la inobservancia de los mencionados deberes de conducta por parte del acreedor (víctima), en asocio de las demás exigencias de rigor, la indemnización del daño no podrá tornarse incólume o intangible y, de contera, plena, precisamente porque en las circunstancias indicadas no resulta ni equitativo, ni razonable, ni justificado un reconocimiento íntegro.

Es importante señalar que, en orden a determinar la medida de la exclusión del perjuicio evitable de la extensión del resarcimiento, habrá que estar a la repercusión o incidencia causal del incumplimiento del deber de mitigar por parte de la víctima en la mayor extensión del daño final. Esto significa que no corresponde quitar del daño indemnizable todas las consecuencias dañosas posteriores con relación al perjuicio

⁶⁸⁶ Cf. ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pag. 327.

⁶⁸⁷ TRONCOSO, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño, Paris, Ed. DSU Droit Civil Paris I, 2003, pag. 355.

⁶⁸⁸ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Los deberes..., pag. 195.

originario, sino sólo aquellas que se hallen en relación de causalidad jurídicamente adecuada con la conducta omisiva y/o positiva de la víctima, que resulta violatoria de esta exigencia.

Proceder en otra dirección, es decir, reparando la totalidad del daño sin ningún miramiento, sería desconocer, en su orden, el papel asignado a la mitigación del daño y, de paso, vulnerar el postulado nuclear del enriquecimiento sin causa, con todo lo que ello conlleva, lato sensu, habida cuenta que estaría recibiendo más de lo que en derecho —o si se prefiere en justicia— debería recibir, en la medida en que la deuda de indemnidad, en esta hipótesis, no sería por la totalidad, sino por una parte. Del mismo modo, la exclusión total del daño posterior de la extensión del resarcimiento debido implicaría desbordar el radio de acción de la figura, toda vez que sólo corresponde marginar -del concepto de daño indemnizable- aquella porción del daño posterior que se halla en relación de causalidad jurídicamente relevante con la conducta de la víctima que resulta violatoria del deber de mitigar el daño a su cargo.

Con mayor rigor técnico, podemos afirmar que el efecto medular derivado del incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima estriba en la afectación del *quantum respondeatur*. De ahí que, como reflejo causal, se hable de daño resarcible, que no equivale, necesariamente, al daño sufrido, como lo anticipamos. Uno y otro, forzosamente, no tienen porqué coincidir a rajatabla, menos si el acreedor, pudiendo, no conjuró la realización del daño, o su extensión ulterior, negativa que no puede resultar intrascendente y, por ende, carente de efectos patrimoniales⁶⁸⁹.

Desde la perspectiva de la relación jurídica obligatoria, cabe señalar que el acreedor de la indemnización tiene derechos pero también deberes. Y es lógico que cuando los desatiende injustificadamente, no pueda pretender idéntica suma a la que en otras condiciones, propias de un comportamiento impoluto, fraterno, solidario y leal, hubiera recibido.

Es en la etapa de determinación del contenido de la obligación resarcitoria, y específicamente en la instancia de selección de los daños resarcibles, en la que corresponde aplicar esta figura como límite negativo del daño resarcible. Se trata de no propiciar injusticias, habida cuenta de que el deudor, no por serlo, deja de tener derechos: uno de ellos, atinente a desembolsar menos, es decir lo justo, cuando el acreedor, en óptimas condiciones de actuar de cara a la gestación o a la extensión del daño, no actuó, por manera

⁶⁸⁹ LEON, José María, Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil. Publicado en Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge, Salamanca, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2002, pag. 23.

que no puede, no debe resultar premiado.

Como regla, el quebrantamiento del deber de conducta precitado acarreará una disminución de la suma que se debe indemnizar, pero no indefectiblemente una pérdida integral del derecho de ser resarcido. Por eso no es de recibo, en línea de principio, la conocida máxima de todo o nada, en razón de que la suma puede ser modulada, conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar⁶⁹⁰.

En orden a determinar la conducta violatoria del deber de mitigar el daño evitable como causa adecuada del daño posterior, será fundamental ponderar el contenido, los límites y, especialmente, las pautas de apreciación del comportamiento de la víctima. Por ejemplo, si a la víctima se le imputa haber agravado el daño por omisión, no sólo habrá que determinar si efectivamente omitió una conducta determinada, sino también si la conducta omitida era razonablemente exigible conforme a las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Y, consecuentemente, si la no adopción de la conducta razonablemente exigible tiene relación causal adecuada con la mayor extensión del daño resarcible.

El ordenamiento jurídico argentino adopta estos lineamientos fundamentales.

El Código de Vélez no se pronuncia expresamente sobre este deber y menos aún contiene disposiciones que regulen las consecuencias de su incumplimiento.

El Código Civil y Comercial reconoce expresamente la existencia del deber de mitigar el daño evitable por parte de toda persona (art. 1710). Empero, el texto legal tampoco reglamenta los efectos jurídicos derivados de la inobservancia del deber aludido.

Ante el silencio de la norma general, debemos recurrir a otras fuentes normativas que refieren a la cuestión tratada para analizar su traslación al ámbito de referencia, por medio de la técnica de analogía, de los principios jurídicos rectores del orden argentino y de la jurisprudencia nacional e internacional.

En tal sentido, advertimos que el art. 77 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercadería, incorporado al derecho argentino mediante la ley 22.765, establece, en su parte pertinente, que: *“Si no se adoptan tales medidas [las de mitigación del daño evitable], la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”* (el encorchetado nos pertenece). Esta norma que regula el deber de mitigar el daño evitable en el ámbito comercial internacional puede ser válidamente extendida por vía analógica (art.

⁶⁹⁰ SAN MARTÍN, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pag. 372.

16 del Código Civil y arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial) a otras situaciones no regladas o parcialmente regladas en las que se verifican los presupuestos del instituto.

A mayor abundamiento, podemos afirmar que la exclusión del daño evitable de la extensión del resarcimiento surge también como una exigencia implícita del principio de reparación integral del daño. El responsable debe reparar todo el daño que ha causado. Ni más. Ni menos. Esto significa, pues, que debe reparar la totalidad del daño jurídico dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Sería antijurídico incluir en el contenido de la indemnización daños y perjuicios el monto de la pérdida que pudo ser razonablemente evitada, ya que ésta excede el límite impuesto por el principio de buena fe y, en consecuencia, queda fuera del principio de reparación integral del daño.

Por tal motivo, interpretamos que la exclusión del daño evitable como daño indemnizable no configura técnicamente una excepción al principio de reparación integral, sino una consecuencia forzosa de la aplicación correcta de tal principio en su faz negativa o limitativa.

Además, encontramos en el orden jurídico argentino un cúmulo de decisiones judiciales –que han sido materia de análisis en el título 4 del capítulo I de la parte B- que disponen la exclusión del daño evitable de la extensión del resarcimiento como efecto derivado del incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima⁶⁹¹.

Respecto a la posibilidad de interponer la acción preventiva (art. 1711 del Código Civil) como efecto del incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, nos inclinamos por la negativa. Consideramos que el planteo de esta acción con fundamento en el deber aludido resulta inviable. Es que la legitimación para el ejercicio de la acción preventiva tiene reglas y requisitos propios que son independientes del radio de actuación de este deber; se vincula más bien al deber de evitación tal como lo hemos puntualizado en el título 7 del capítulo III de la parte A.

Además, en vistas a que el supuesto aludido se centraría en la amenaza de agravación del daño, el responsable o los terceros no tendrían estrictamente un interés razonable para fundamentar la procedencia de la acción preventiva contra la víctima.

En el caso del responsable, no hay interés razonable, dado que la evitación o no del daño que amenaza a la víctima no compromete su responsabilidad. Si la adopción de las

⁶⁹¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, in re “*Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación*”, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930; SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, López, Miguel A. c. Gabrielli, María C., sala I, 15/06/2006; CSJN, in re “*Albano c/ Transporte de Buenos Aires s/ liquidación*”, 23/05/68. E.D. 23-17.

medidas preventivas para avertir el post-daño deviene exigible, y la víctima omite aplicarlas en forma injustificada, el responsable no quedará expuesto a una obligación resarcitoria más gravosa, toda vez que el mayor daño causado por la acción u omisión de la víctima no formará parte del daño indemnizable en virtud de haber violado el mentado deber. Del mismo modo, si tales medidas no resultasen razonablemente exigibles, no procedería ni la acción preventiva ni la exclusión de los daños posteriores.

En el caso de los terceros, insistimos en que tampoco hay interés razonable para ejercer la acción preventiva como efecto de la figura en cuestión, puesto que el deber de mitigar el daño por parte de la víctima refiere al perjuicio evitable que afecta únicamente a ésta. Incluso, si el tercero alegase que la conducta antijurídica de la víctima amenaza causar o agravar un daño propio, la acción preventiva quedaría justificada, más no como un efecto de la exigencia aludida, sino como un modo de tutela preventiva que titulariza directamente ese tercero (ya no “tan tercero”) con prescindencia del deber que nos ocupa.

A modo de síntesis global de los efectos del instituto⁶⁹², podemos poner de relieve que la cuestión del daño evitable incide sobre la entidad y extensión del resarcimiento a través de tres reglas: 1) la víctima no es resarcida por los daños evitables, 2) tampoco debe serlo por los daños que evitó y 3) en cambio, sí tiene derecho a recuperar las pérdidas en que incurrió como consecuencia del intento razonable para evitar el daño, aún cuando no haya tenido éxito y el daño se haya agravado.

13. Carga de la prueba.

En este punto, nos ocuparemos de una cuestión procesal que, a nuestro entender, define gran parte de la suerte de la figura. Nos referimos, lisa y llanamente, a la carga de la prueba entendida como distribución judicial de la actividad probatoria de los hechos controvertidos y conducentes que integran la litis.

Es preciso tener en cuenta que la regla de la carga de la prueba es más bien una regla de juicio que una regla de prueba, poniéndose de manifiesto su real importancia cuando no concurre prueba o ella es insuficiente, porque en tal caso se debe fallar contra la

⁶⁹² Cf. GAMARRA, Jorge Luis, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXIII, Fcu, Montevideo, 1991, pag. 40 y ss.

parte que corría el riesgo de no probar. Más que distribuir la prueba, reparte las consecuencias de la falta de prueba o certeza⁶⁹³.

Con mayor exactitud, cabe precisar que las normas de distribución de la carga de la prueba no apuntan a determinar quién debía probar determinado hecho, sino que establecen cuál de las partes corre con el riesgo procesal de que cierto hecho no resulte probado o de que la prueba colectada sea insuficiente. Es que la prueba en cuestión puede ser proporcionada por el accionar oficioso del tribunal y aún por el proceder de la contraparte quien, por ejemplo, puede admitir expresa o tácitamente cierta aseveración fáctica de su contrincante⁶⁹⁴.

Desde una perspectiva panorámica, consideramos que la carga de la prueba no puede ser reducida a un aspecto procesal aislado e impoluto. Un régimen jurídico justo e equilibrado no puede ser escindido de un anclaje procesal apropiado. En apoyo de estas ideas, Jaramillo se refiere a la prueba y, con ella, a su carga, no como “[...] un aspecto privativamente adjetivo, propio de prácticos, supuestamente huérfano de la cientificidad del teórico o del dogmático. Hoy la prueba, sin distingo, es patrimonio iuris; es piedra sillar del Derecho; es un instituto de la mayor riqueza y penetración jurídicas, consustancial a la ciencia del Derecho procesal —y con inescindible connotación sustancial—”⁶⁹⁵.

El Código Civil y Comercial es tributario de una visión integracionista del derecho sustantivo y procesal, tal es así que el art. 1734 de dicho cuerpo dispone: “*Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega*”. Con similar inteligencia, el art. 1736 prevé: “*Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca*”. Y, finalmente, el art. 1744 completa: “*Prueba del daño. El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos*”.

La regulación de aspectos procesales en la ley de fondo ha sido recibida con beneplácito por la mayoría de la doctrina argentina, toda vez que disminuye la litigiosidad

⁶⁹³ Cf. PEYRANO, Jorge W., Teoría de las cargas probatorias, clase regular de Posgrado de Especialización para la Magistratura, 2010, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, Argentina.

⁶⁹⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, Prueba y verdad en el Derecho, Madrid, Ed. Editorial Marcial Pons, 2002 página 82.

⁶⁹⁵ La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica, Bogotá, Ed. Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pag. 184.

y confiere seguridad jurídica sobre la cuestión regulada. Con gran agudeza conceptual, los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial señalan, con relación a estas disposiciones, que no estaríamos ante un tipo de norma procesal, sino más bien frente una directiva sustantiva dirigida al juez, que hace posible el dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas. En tales casos, se establece cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién debe adjudicarlo, con lo cual no habría técnicamente violación de la competencia provincial a propósito de lo establecido por el art. 75 inc. 12 de la CN.

En cuanto a las reglas instauradas, podemos afirmar, sin titubeos, que el Código Civil y Comercial determina como criterio rector que la carga de la prueba de un hecho corresponde a quien lo alega.

Respecto al instituto estudiado, si bien hemos sostenido que el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no es una eximente en sentido estricto sino un límite jurídico negativo a la extensión del resarcimiento, lo cierto es que, a los efectos prácticos, ambos operan de modo similar por cuanto cercenan el contenido de la obligación indemnizatoria. Ergo, deben ser equiparados vía analógica en punto a la aplicabilidad del artículo 1734 del Código Civil y Comercial.

La secuencia procesal es la siguiente: el actor de una demanda indemnizatoria tiene, en primer lugar, la carga de la prueba respecto a los presupuestos generales de la responsabilidad: hecho generador, daño resarcible (daño originario + daño posterior o agravación del daño), relación de causalidad y factor de atribución de responsabilidad, dado que éstos constituyen los fundamentos afirmativos de su pretensión resarcitoria. La ausencia de prueba respecto a alguno de los presupuestos aludidos impide, en principio, la declaración judicial de responsabilidad del demandado.

Acreditados estos extremos, el demandado tendrá la carga de probar los hechos que obstan la configuración válida de los presupuestos de responsabilidad referidos (vrg. eximentes, causas de justificación, falta de autoría o participación, inexistencia del hecho generador, ausencia de factor de atribución de responsabilidad) para liberarse de toda responsabilidad. Y, en los que aquí resulta pertinente, tendrá la carga de probar que la víctima no ha cumplido con el deber de mitigar el daño evitable toda vez que pretenda excluir la agravación del daño de la extensión del resarcimiento debido a la víctima.

Al respecto, observa Jaramillo⁶⁹⁶: *“(...) la carga de la prueba en torno al incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable... recae en cabeza del demandado,*

⁶⁹⁶ LEON, José María, Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil. Publicado en Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge, Salamanca, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2002, pag. 23.

esto es del agente del daño, quien para poder amortiguar el petitum, debe demostrar que la víctima o el acreedor de la indemnización no puede pretender una reparación integral, justamente por no haber observado, pudiendo, los deberes de evitación o mitigación”.

En otras palabras, si el efecto principal de la inobservancia del deber de mitigar el daño por parte de la víctima estriba en una disminución del *quantum respondeatur*, conforme se examinó, al demandado le corresponde probar que no debe lo que el demandante asevera en su libelo, dado que en virtud del incumplimiento de la mentada exigencia por parte de la víctima no tiene que responder por la totalidad del daño experimentado, sino sólo por una parte, disminución que *recta via* favorece su posición⁶⁹⁷. Hete aquí una aplicación directa de la regla de distribución de la carga probatoria según la cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En respaldo de esta interpretación, Fuentes asevera que: “[...] en lo que dice relación al peso de la prueba del deber de mitigar el daño, podemos decir que, en términos generales, corresponde su carga al demandado, ya que será él quien en definitiva se beneficie de una disminución del monto a indemnizar por aplicación de este criterio limitativo”⁶⁹⁸.

En similar sentido, Troncoso afirma: “*incumbe a la parte que incumplió sus obligaciones probar que se encontraba en circunstancias de tomar las medidas para evitar la expansión del daño y no lo hizo, es decir, que la víctima fue negligente en la gestación del daño que le fue causado y se quedó pasiva pudiendo haber evitado el surgimiento de perjuicios derivados del daño*”⁶⁹⁹.

Desde el punto de vista práctico, y en relación a la modalidad positiva de la exigencia aludida, esto significa que el responsable tendrá la carga de alegar y demostrar las acciones que el perjudicado habría podido adoptar y no adoptó, o bien que las adoptadas no fueron razonables, como así también la agravación del daño como consecuencia de tal omisión, conforme a los presupuestos específicos del deber de mitigar tratados ut supra. Dicho de otro modo, cuando el deudor alegue que el acreedor no ha observado la carga de evitación o mitigación, deberá demostrar cuáles eran las actividades

⁶⁹⁷ CUBIDES CAMACHO, Jorge, Los deberes de la buena fe contractual, Bogotá, Ed. Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2010, pag. 281.

⁶⁹⁸ FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, El deber de evitar o mitigar el daño, op. cit., pág. 229.

⁶⁹⁹ Cf. TRONCOSO, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño, Paris, Ed. DSU Droit Civil Paris I, 2003, pag. 378.

que, con verosimilitud rayana, habrían evitado o mitigado el perjuicio y en qué medida su no realización incidió en la mayor extensión del daño⁷⁰⁰.

Con mayor rigor analítico, podemos precisar que el demandado tendrá que demostrar: 1) la entidad y extensión del daño evitable posterior como daño agravado y diferenciado respecto al perjuicio originario, 2) la conducta antijurídica omisiva de la víctima consistente en la violación del deber de mitigar el daño evitable a cargo de ésta con fundamento en la buena fe objetiva, 3) la relación de causalidad adecuada entre la conducta de la víctima y la no disminución del daño evitable, 4) la imputabilidad subjetiva de primer (voluntariedad del acto) y de segundo grado (culpa o dolo) atribuible a la víctima en su obrar contrario a derecho.

Si se trata de la modalidad negativa del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, es decir aquella que exige a la víctima la no agravación del daño, resultan aplicables similares consideraciones. La diferencia estriba que, en estos supuestos, la prueba de la conducta antijurídica se expresa, no ya como prueba de la omisión de las medidas razonables tendientes a mitigar el daño evitable, sino de la agravación positiva del daño. Consecuentemente, la prueba de la relación de causalidad adecuada importará la demostración de la conexión causal jurídicamente relevante entre la conducta comisiva de la víctima y el daño evitable. Con todo, acreditados todos estos extremos, el actor tendrá la posibilidad de demostrar las causales impeditivas ya señaladas en el párrafo anterior.

En caso de que el demandado acredite todos los extremos referidos, al actor sólo le quedará la posibilidad de demostrar la existencia de alguna de las causas impeditivas que obstan la verificación de los presupuestos específicos del deber de mitigar el daño evitable. En tal caso, tendrá que probar: 1) la inexistencia del daño evitable, 2) su falta de autoría o participación con relación a la conducta antijurídica, 3) la ruptura del nexo causal entre su propia conducta y la no disminución del daño evitable –vrg. por constituir el hecho del responsable la causa exclusiva del daño-, 4) la existencia de un vicio de la voluntad (error, dolo o violencia física o moral) y/o 5) la falta de culpa o dolo de la víctima en el obrar antijurídico de la víctima.

En el caso de los aseguradores como así también de todos aquellos citados en garantía y/o terceros interesados que pretendan hacer valer los efectos del incumplimiento del deber de la víctima de mitigar el daño evitable, recaerá también sobre ellos la prueba de tal extremo con los mismos alcances que tiene para el demandado. Al respecto, señala Jaramillo que: “...en regímenes especiales como el concerniente al contrato de seguro,

⁷⁰⁰ Cf. SAN MARTÍN, Lillian C., La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, op. cit., pág. 414.

entre otros más, conviene tener presente que la mencionada tesis es la adoptada por la propia ley, comoquiera que será el asegurador, cuando se formule una reclamación judicial y se compruebe que el asegurado incumplió los deberes de evitación y mitigación del siniestro, el llamado a enrostrar dicha situación al contestar la demanda, por la vía de una excepción”⁷⁰¹.

No es ocioso mencionar que, en el derecho comparado, existe un sector de la doctrina que considera que la carga de la prueba recae sobre el demandante, vale decir la víctima o el acreedor de la obligación indemnizatoria. Ergo, no será suficiente con que se limite a exigir el pago de la indemnización aportando la prueba afirmativa de los presupuestos generales de la responsabilidad civil, sino que, a sabiendas de que aparte de ser acreedor también es un deudor conductual, deberá acreditar que ha cumplido con el deber de mitigar el daño evitable.

En esta línea, se despacha Suescún Melo: “[...] quien demanda la indemnización tiene la carga de la prueba para demostrar las actuaciones diligentes que llevó a cabo, enderezadas a reducir los daños, así como su oportunidad y resultados o en su defecto deberá probar por qué no pudo adoptar medidas efectivas de mitigación, o por qué las tomadas resultaron fallidas”⁷⁰².

Por nuestra parte, consideramos que tal interpretación, amén de resultar excesiva y desacorde con principios jurídicos fundamentales, no resulta aplicable de lege lata en el orden de derecho argentino.

Las reglas de distribución de la carga de la prueba son claras y contundentes: cada parte tiene la carga de probar los hechos que afirma. Luego es lógico que la carga de la prueba del incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima recaiga sobre el demandado y los terceros interesados –si los hubiere- en acreditar este hecho. En efecto, el demandado es el primer interesado en que se apliquen los efectos derivados del instituto: la disminución del quantum a su cargo.

Complementariamente, interpretamos que imponer al actor la carga de la prueba del cumplimiento de su deber de mitigar el daño evitable constituye una reglamentación irrazonable del derecho a la reparación integral del daño, toda vez que le adiciona a esta prerrogativa un requisito no previsto por la ley: la prueba del cumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Lo que, indirectamente, conlleva la presunción iuris tantum de que el actor ha incumplido con este deber.

⁷⁰¹ JARAMILLO, Carlos Ignacio, El deberes...op. cit., pag. 202 y ss.

⁷⁰² SUESCÚN MELO, Jorge, La obligación de mitigar los propios daños, Bogotá, Legis, 2003, pag. 210.

Empero, esto no impide que, según las particularidades del caso, el juez pueda, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga de la prueba, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La mejor posición para probar puede producirse por la cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por un estado de indefensión o de incapacidad en el cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias.

El Código Civil y Comercial contempla tal posibilidad en el artículo 1735: *“Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”*.

En los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se expresa que, atento a que *“esta regla [las de atribución de la carga de la prueba previstas en los arts. 1734, 1736 y 1744] puede resultar rígida en algunos casos en los que existen dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la presentación de la misma, y es por eso que se habilita una corrección para mitigar estos efectos. En particular, con relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, el juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Existe entonces una regla general legal que adjudica la carga probatoria a quien invoca el factor de atribución o la eximente”*⁷⁰³.

En el caso *“Pinheiro”*⁷⁰⁴, la Corte Suprema receptó la teoría de las cargas probatorias dinámicas y admitió, en tal sentido, hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Los magistrados justificaron la adjudicación dinámica aludida en 3la mayor facilidad probatoria y disponibilidad de los medios probatorios en que se encuentre la parte a la que originariamente -y según las reglas típicas, rígidas o legales- no le

⁷⁰³ A su vez, se precisa que *“uno de los problemas que se ha discutido en relación a esta última posibilidad, es que las partes recién conocen esta decisión del juez al dictar sentencia, con lo cual puede ocurrir que la parte demandada sufra un resultado adverso por incumplir una carga que no sabía que tenía (...) Por esta razón se señala que el juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas, debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio”*.

⁷⁰⁴ C.S.J.N., in re *“Pinheiro”*, Fallos, Tomo: 320 Folio: 2715, 10.12.1997.

correspondía la carga de la prueba⁷⁰⁵.

La consecuencia práctica de lo afirmado es que si el actor llegase a estar en mejores condiciones de acreditar determinado hecho, en función de las circunstancias y particularidades del caso concreto, la carga le será trasladada a él, lo cual, a priori, no luce para nada improbable en la práctica, tratándose de la dinámica inherente al deber de mitigación.

Finalmente, nos ocuparemos de la cuestión relativa a la carga de la prueba concerniente a los gastos de mitigación.

Cabe destacar que la pretensión indemnizatoria por los gastos en que incurrió el actor para mitigar el daño evitable presenta matices diferentes a los anteriores. Sin perjuicio de ello, el criterio rector sigue siendo la atribución de la carga de la prueba a la parte que afirma el hecho que fundamenta su posición, conclusión a la que se arriba por aplicación analógica de los artículos 1734, 1736 y 1744 del Código Civil y Comercial.

En tal orientación, es preciso señalar que la referida compensación exige, a nivel procesal, una nueva petición relativa al pago de una suma de dinero, esta vez enfocada en el reembolso de los gastos de mitigación. En rigor, el objeto de la solicitud es el reembolso de unos gastos específicos, razón por la cual dicha compensación debe figurar en el *petitum* de la demanda que formule la víctima, a fin de que el juez que conozca en la causa pueda reconocer el mencionado rubro.

Caso contrario, es decir, si los gastos no son específicamente solicitados y acreditados por la víctima demandante, el sentenciador no podrá reconocerlos, atento a que el principio de congruencia, en estricto rigor, lo impediría. Es que la concesión de un rubro específico que no fue solicitado en la demanda, a priori constituiría un fallo *extra petita* violatorio de los límites objetivos que impone el principio de congruencia procesal.

En segundo término, y adentrándonos en el tema del presente título, el actor tiene la carga de la prueba respecto a los gastos de mitigación invocados en la demanda como petición indemnizatoria autónoma. En concreto, esto supone la acreditación de la existencia, cuantía y razonabilidad de los gastos de mitigación del daño evitable.

Debemos destacar, al respecto, que la razonabilidad del gasto se verifica no sólo cuando éste resulta justificado ante la situación de hecho existente, sino también cuando la aplicación y uso de las erogaciones realizadas también reviste dicha nota. En suma, la prueba de la razonabilidad exige acreditar -en el modo señalado en el título 9 de este

⁷⁰⁵Del mismo modo, operan los criterios jurisprudenciales de flexibilización del rigor probatorio en los casos de prueba difícil. Vgr. hechos antiguos, hechos íntimos, hechos psicológicos, prueba extinguida, prueba imposible.

capítulo- la eficacia, juridicidad y proporcionalidad relativa de los gastos de mitigación del daño evitable.

En concordancia con lo antedicho, Jaramillo advierte que: “... *tratándose de una partida indemnizatoria adicional, la víctima que la reclama debe acreditar que efectivamente, ha incurrido en determinados gastos y, adicionalmente, que estos cumplen con los lineamientos de razonabilidad, equilibrio y proporcionalidad que se exigen para su indemnización. A falta de esta acreditación, no podrá accederse a la petición de pago que se eleva, toda vez que, en línea de principio, este tipo de pretensiones no admiten un reconocimiento que no esté cimentado en el material probatorio que obre en el plenario*”⁷⁰⁶.

De todas maneras, es preciso referir que ante situaciones reales, y no especulativas o forzadas, de imposible o muy difícil tasación, es decir, ante casos en los que esté demostrado fehacientemente que se ha incurrido en gastos de mitigación, pero que en definitiva no sea factible para la víctima acreditar su cuantía o entidad específica, el juez, con suma prudencia, debe acudir a las reglas hermenéuticas de integración probatoria (reglas de las cargas probatorias dinámicas, reglas aplicables a la prueba difícil, principio de normalidad y reglas de la sana crítica racional) y, en base a ellas, estimar la existencia y extensión del gasto cuyo restitución se pretende.

El Código Civil, a diferencia del nuevo Código, no contiene disposiciones relativas a la distribución de la carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad ni de las eximentes.

Ante la ausencia de normas de fondo que regulen esta cuestión, es preciso recurrir a las reglas establecidas por la legislación adjetiva, motivo por el cual las soluciones normativas variarán de acuerdo al entorno normativo de cada provincia o de la Nación en caso de que resulte competente la justicia federal.

El gran problema del Código de Vélez es la falta de uniformidad en el régimen probatorio aplicable, toda vez que deja librado a los sistemas procesales provinciales la regulación de un aspecto del proceso que determina la suerte de derechos sustanciales de gran significancia, en particular del derecho a la reparación integral del daño.

14. Aplicación judicial.

⁷⁰⁶JARAMILLO, Carlos Ignacio, El deberes...op. cit., pag. 212.

Otro de los interrogantes procesales que surge en torno al instituto está vinculado a la forma de efectivizarlo en el proceso judicial. El punto conflictivo es si la aplicación del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima requiere petición de parte interesada, o bien puede ser aplicado de oficio por el juez.

La pregunta es si el juez, *ex officio*, puede determinar, a resultas de lo que surja de la prueba producida, si hubo o no trasgresión de los deberes de evitación o mitigación y, en consecuencia, reducir la indemnización del perjuicio en consideración al señalado quebranto conductual, con independencia de la invocación que hicieran las partes de la figura y/o sus presupuestos de hecho.

En el derecho comparado, hay dos grandes tesis. Una, expuesta por Rosello, que propone que debe mediar alegación de parte como condición necesaria para la aplicación judicial del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, so riesgo de vulnerar el principio de congruencia procesal⁷⁰⁷.

La otra tesis plantea que no existe inconveniente para que el juez se pronuncie oficiosamente al respecto. Sus partidarios consideran que el daño evitable incide sobre la cuantía del resarcimiento, que es determinada por el tribunal cuando acoge la acción indemnizatoria y para que ésta pueda prosperar es preciso establecer, por los medios legales de prueba, la existencia y el monto de los perjuicios que se cobran, o cuanto menos las bases que deben servir para su liquidación.

De lege lata, consideramos que el ordenamiento jurídico argentino adscribe a la tesis que convalida la aplicación oficiosa del instituto.

En virtud del principio *iura novit curia* (cf. art. 15 del Código Civil; art. 3 del Código Civil y Comercial; art. 34 inc. d 4 del CPCC de la Nación; cf. fallos “*Mill de Pereyra*”⁷⁰⁸ y “*Banco Comercial de Finanzas*”⁷⁰⁹), los jueces tienen amplias facultades para apreciar la prueba, aplicar el derecho y resolver las pretensiones planteadas por los litigantes, aún con independencia de los fundamentos fácticos o jurídicos que éstas hayan o no invocado.

En este punto, el Código de Vélez y el Código Civil y Comercial mantienen una regulación concordante respecto a la obligación de los jueces de resolver las cuestiones

⁷⁰⁷ ROSELLO, Carlos, *Il danno evitabile*, Padova, Ed. Cedam, 1990, pag. 78.

⁷⁰⁸ CSJN, *Mill de Pereyra*, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes, 27/09/2001, Fallos 324:3219. Publicado en LA LEY, 2001, F, 891 – La Ley Online, AR/JUR/615/2001.

⁷⁰⁹ CSJN, *Banco Comercial Finanzas –en liquidación Banco Central de la República Argentina- s/ quiebra*, 19/08/2004. Publicado en LA LEY, 2005-F, 453 – La Ley On line, AR/JUR/1630/2004.

traídas para su decisión. Es decir que, una vez configurada la relación jurídica litigiosa, el juez debe aplicar el derecho, y tal obligación no está sujeta a las alegaciones que hagan las partes. El nuevo Código agrega expresamente que dicho cometido se integra también con el deber de fundar razonablemente su decisión⁷¹⁰.

La Corte Nacional ha expresado: “*De conformidad con la regla iura novit curia, el juzgador tiene la facultad y el deber de analizar los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando de modo autónomo la realidad fáctica y subsumiéndolas en las normas jurídicas que la rigen con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes*”⁷¹¹.

El juez debe controlar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la pretensión deducida. Cuando dicha pretensión está dirigida al reconocimiento de un derecho, en el caso del derecho a la reparación de un daño determinado, el deber del juez consistirá en controlar el cumplimiento de las condiciones formales y sustanciales a las que el ordenamiento jurídico subordina la adquisición de ese derecho. La alegación o no que hagan las partes respecto a los requisitos constitutivos, modificativos o extintivos de tal derecho no puede condicionar de ningún modo esta atribución inherente a la función judicial.

De modo tal que si de la prueba de los hechos relativos al objeto de la litis surgen circunstancias fácticas vinculadas a requisitos positivos u obstativos del derecho pretendido, el juez deberá merituar dichas probanzas, aunque las partes no se hayan referido específicamente a tales hechos o requisitos. No debemos olvidar, en tal sentido, que toda pretensión indemnizatoria apunta de suyo a legitimar la afectación del derecho de propiedad (art. 17 de la CN.NC.) del presunto responsable mediante la imposición a éste de una obligación determinada. Por lo que el control judicial de los requisitos de procedencia de lo pretendido se convierte en una exigencia indeclinable del debido proceso (art. 18 de la CN) y, claro está, no puede quedar supeditada a las invocaciones que hagan las partes.

En el supuesto de hecho que nos ocupa, será función del magistrado verificar, de acuerdo a la prueba producida durante el proceso, el cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil y de la reparabilidad del daño que condicionan el reconocimiento del derecho a ser indemnizado por parte de la víctima. Esto último significa determinar, entre otras cuestiones, si el daño efectivamente sufrido por la víctima y, por razón del cual

⁷¹⁰ Cf. BUERES, Alberto, Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pag. 70.

⁷¹¹ CSJN, in re Nación Argentina (Secretaría de Estado de Justicia) c/ S.A. Las Palmas del Chaco Austral. JA, T. 308, p. 778.

se declaró la responsabilidad del demandado, respeta total o parcialmente los límites jurídicos con los que el orden jurídico define la extensión del resarcimiento y, en consecuencia, es o no indemnizable.

Como hemos explicado, uno de estos límites es el principio de buena fe que excluye del concepto de daño indemnizable a todos aquellos perjuicios posteriores al daño base, que no fueron razonablemente evitados por la víctima, ya sea por una agravación positiva del daño o por la no adopción de las medidas necesarias para mitigarlo.

Creemos que esta tesis no contradice el principio de congruencia procesal, habida cuenta de que es la propia pretensión indemnizatoria la que le proporciona al juez un límite suficientemente elástico para introducir dentro de la litis la consideración de todos aquellos argumentos fácticos y jurídicos que condicionan la procedencia de lo peticionado, esto es el cumplimiento de los requisitos positivos y negativos de la pretensión jurídica.

En otros términos, dicho principio no es ni puede ser un valladar infranqueable para el adecuado y justo reconocimiento del derecho sustancial, norte de la ciencia procesal moderna. De ahí que si el juez encuentra, de oficio, que se ha trasgredido el mencionado deber de evitación o de mitigación y, en ese orden de ideas, procede a reconocerlo de tal modo en la sentencia, no puede por ello aseverarse que se ha atentado contra el consabido postulado de la congruencia.

El caso “*Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación*” contiene una feliz aplicación del criterio aludido. Aún cuando el demandado no invocó expresamente el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, el Tribunal valoró de oficio la conducta de la víctima como causal de exclusión del daño agravado⁷¹².

Por todos estos motivos, arribamos a la conclusión de que la aplicación oficiosa del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no es sino una consecuencia lógica del principio *iura novit curia* que impone al juez la aplicación del derecho que, en la especie, supone examinar oficiosamente los requisitos condicionantes de la pretensión deducida.

Desde una perspectiva axiológica jurídica, Jaramillo asevera que: “... *la tesis correcta, a la vez que sintonizada con una lectura democrática, garantista, paritaria, equilibrada y eficiente del proceso, es aquella que aboga por dotar de poderes al juez para que, si lo estima procedente, con suma prudencia, intervenga de oficio, en guarda de*

⁷¹² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, in re “*Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación*”, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930.

evitar que el quantum de la indemnización de perjuicios se distorsione: se infle o se ensanche, injustificadamente. Tal es la importancia de que el quiebre de los deberes de conducta, cuando tenga lugar, no quede impune, que creemos conveniente que el juez proceda ex officio, justamente para que él no haga lo que hemos reprochado a ese acreedor que, pudiendo, no actúa, permanece inmóvil e indiferente, como un espectador cruzado de brazos, presenciando la flagrante vulneración de derechos legítimos de los justiciables”.

Con gran elocuencia, continúa: “(...) Si el juzgador es quien debe pronunciarse sobre la existencia, tipología y la cuantía del daño en la sentencia, necesariamente debe tener todas las herramientas y mecanismos racionales disponibles para facilitar dicha tarea; luego si encuentra que la cuantía del perjuicio no debe ser la peticionada, en atención a diáfanos hechos que inciden causalmente en la dimensión del quantum respondeatur, en concreto la violación de los deberes de evitar y mitigar el daño, cómo atarse ciegamente a ella, en contravía de principios superiores: un orden justo, la equidad, la prevalencia del derecho sustancial, entre otros, y de paso, favoreciendo un enriquecimiento sin causa, emergente de la circunstancia de permitir que la víctima, que no cooperó con el objeto de evitar el daño, o de mitigarlo, estando en condiciones de hacerlo, tenga pleno derecho a recibir un valor que, en justicia no le corresponde, ni pertenece, pues la inacción, la omisión, la conducta rayana en la pasividad, merecida y fundadamente tienen un costo, en esta hipótesis de índole y repercusión económica”.

Es que no puede desconocerse la imperiosa necesidad de que el juez valore el alcance cualitativo y la extensión cuantitativa de las pretensiones indemnizatorias (su realidad, su justeza, y onerosidad). Por tal motivo, pierden fuerza argumental los planteos que niegan la posibilidad de que el magistrado oficiosamente reconozca el quiebre del deber de mitigar el daño, a sabiendas de que ello incide directamente en el quantum de la indemnización⁷¹³.

⁷¹³ Cf. JARAMILLO, Carlos Ignacio, *El deberes...* op. cit., pag. 208. Expresa el autor: Como lo expresamos recientemente, “[...] depositar la confianza en el Estado, en su representante que por antonomasia es el juez, es fundamental. No desconocemos que en algunos estadios de la historia se ha desconfiado de los juzgadores, y se ha querido limitar su intervención, hasta el punto de expresar que «La mejor ley es la que reduce al mínimo el arbitrio judicial; y el mejor juez es el que reduce al mínimo el suyo» (*Otímaestlex, quaeminimumrelinquit arbitrio iudici; Optimusiudex, quiminimumsibi*). De hecho, en el Derecho prerrevolucionario francés y en la Escuela de la Exégesis fue notoria dicha limitación (...), dado que se le consideraba como boca de la ley, en prueba de la fuerza y valor a ella asignado (concepción legalista), idea ésta que tuvo eco en buena parte del siglo xx, incluso, y que fue enarbolada ardorosamente para inhibir la procedencia de figuras justicieras, como el abuso del derecho, la lesión subjetiva, la teoría de la imprevisión —o de la cláusula rebus sic stantibus—, la objetivación —prudencial y excepcional— de la responsabilidad civil, entre otros ejemplos indicativos de los reparos al arbitrium iudice o a la

En suma, el juez que se inhibe de actuar, so pretexto de que no fue alegado el incumplimiento de los deberes en cita, hace culto de un formalismo a ultranza que, en la hora actual, no resulta de recibo, máxime cuando en temas como éste se evidencia una constante tendencia a depositar confianza en el juez contemporáneo, garante y custodio del Estado Constitucional de derecho.

15. Costas.

Las costas no son otra cosa que las erogaciones o desembolsos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la tramitación del proceso.

La justificación del instituto radica en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a favor de la cual se realiza. Hace a la intangibilidad de los bienes jurídicos que los derechos tengan un valor puro y constante.

A fin de poder dimensionar adecuadamente el problema planteado, es preciso realizar una somera contextualización normativa del régimen de las costas en el orden procesal nacional como parámetro de análisis. El art. 68 del CPCCNC dispone que *“la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aún cuando ésta no lo hubiere solicitado”*.

El CPCCNC consagra el principio derivado del hecho objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe del litigante vencido. De ahí que la condena en costas se conciba como una restitución de los gastos a los que la parte vencedora se ha visto obligada a efectuar para obtener el reconocimiento judicial de su derecho.

La segunda parte del artículo 68 prescribe: *“... sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento bajo pena de nulidad”*.

Esto significa que los jueces tienen la posibilidad de eximir del pago de las costas al litigante vencido, circunstancia que no se traduce en una eximición de todas las costas del

ampliación de los poderes judiciales, siendo de resaltar que finalmente dichas figuras, de una u otra forma, en el siglo XXI cuentan con sólida acogida, ora normativa, ora jurisprudencial y obviamente doctrinal (...) Sin embargo, tampoco podemos soslayar que en el último siglo se ha hecho aún más evidente que, con las salvaguardas necesarias, por cuanto su rol no es omnímodo, claro está, es conveniente, mejor necesario, permitir que el iudex tenga una mayor injerencia en la aplicación del Derecho, no para que lo sustituya, o suplante al legislador, sino para que, por el contrario, pueda hacer tangible su genuino ideario, en todo aquello que abogue por la dignidad del ser humano y por el respeto de sus mínimas garantías. Al fin y al cabo, no todo puede ser previsto por la ley, ni menos desarrollado con explicitud y detalle”.

proceso, sino solamente de las del litigante vencedor. De allí que el vencido deba pagar las propias y la mitad de las comunes.

La eximición de las costas está condicionada “*a que el juez encuentre mérito para ello*”, con lo cual la legislación adjetiva deja librado el punto al arbitrio judicial, aunque exige, bajo pena de nulidad, que el pronunciamiento respectivo sea fundado. En tal sentido, la jurisprudencia suele justificar tal eximición en la “*existencia de razón probable o fundada para litigar*”, concepto amplio y elástico que remite, en definitiva, a la conducta del vencido, que resulta aplicable cuando, por las circunstancias del caso, puede considerarse que aquél actuó sobre la base de una convicción razonable acerca de la existencia de su derecho.

Complementariamente, el art. 71 establece: “*Si el resultado del pleito o incidente fuere parcialmente favorable a ambos litigantes, las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos*”.

Excepcionalmente las costas pueden imponerse al vencedor cuando las constancias del proceso demuestren la total inutilidad de la pretensión o planteamiento en términos notoriamente exagerados (art. 70).

Tal como lo expusimos, la imposición de las costas es una cuestión altamente sensible a la casuística, motivo por el cual creemos conveniente sentar determinados criterios generales, sin dejar de observar que las peculiaridades del caso podrían llegar alterar las directivas que a priori podamos sentar.

En relación al tema que nos ocupa, cabe mencionar los siguientes supuestos:

- 1) Declaración de responsabilidad del demandado con rechazo de la defensa basada en el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En este caso, resulta evidente, por aplicación del principio general de costas al vencido, que la imposición de éstas recaerán sobre el demandado, salvo que proceda lo dispuesto en el art. 68 segundo párrafo o concurra alguna de las situaciones de excepción previstas art. 70.
- 2) Declaración de responsabilidad del demandado y acogimiento parcial de la defensa basada en el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Aquí, corresponderá, en principio, distribuir las costas en forma proporcional al éxito obtenido por cada una de las partes. A tal fin, habrá que ponderar conjuntamente el monto de la obligación indemnizatoria judicialmente reconocida, y el monto de los daños excluidos como consecuencia de la defensa interpuesta.

- 3) Rechazo de la demanda. En este caso, corresponde, como regla, la imposición de las costas al actor (art. 68).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe prevenir que, en el orden provincial, habrá que estar a la normativa adjetiva vigente en la jurisdicción de cada provincia, con lo cual la solución expuesta podría no coincidir con la descrita.

16. Sentencia. Fórmulas y parámetros para determinar la extensión del resarcimiento.

La sentencia es la resolución judicial que dirime una relación jurídica sustancial controvertida.

De acuerdo a su finalidad típica, podemos reconocer diferentes tipos de sentencias: declarativas, determinativas, constitutivas, ejecutivas, etc.

Al referirnos al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, no cabe duda de que nuestra atención estará volcada sobre una sentencia declarativa de condena. Declarativa, por cuanto elimina la falta de certeza acerca de la existencia, eficacia, modalidad y/o interpretación de una relación o estado jurídico. De condena, porque reconoce la responsabilidad de la parte demandada y, sobre esa base, le impone a ésta la obligación de satisfacer una prestación de dar, hacer o no hacer⁷¹⁴.

Más precisamente, podemos señalar que el cumplimiento o no de este deber constituye una circunstancia relevante para determinar la extensión de la obligación resarcitoria. Es que el deber de mitigar el daño evitable, como ya hemos dicho en forma recurrente, presupone la declaración de responsabilidad del demandado y la condena a cumplir con una obligación determinada.

Declarada la responsabilidad del demandado, el juez debe determinar el contenido de la obligación indemnizatoria, equiparando la medida del resarcimiento con la medida del daño jurídico en relación de causalidad adecuada con la conducta de acuerdo al factor de atribución reconocido, lo que más comúnmente se conoce como determinación de la extensión del resarcimiento debido a la víctima.

⁷¹⁴ PALACIO, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, décimo octava edición actualizada, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004, pag. 526 y ss.

Esta etapa de definición judicial de la obligación indemnizatoria comprende, a su vez, dos tramos funcionales: 1) determinación cualitativa de los daños jurídicos que integran la obligación resarcitoria por un lado, y 2) la cuantificación de tales daños resarcibles con miras a traducirlo en una indemnización. Se trata de dos instancias lógicas distintas que conforman la etapa de determinación del contenido de la obligación resarcitoria⁷¹⁵.

La consideración judicial del cumplimiento o no del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima repercute primariamente en la etapa de determinación cualitativa de los daños resarcibles y, de manera derivada, sobre la cuantificación del daño indemnizable.

En la primera etapa, el juez tendrá que excluir del *quantum respondeatum* aquellos daños sufridos por la víctima en relación de causalidad jurídicamente adecuada con el hecho productor, que se hubieran podido evitar o mitigar si ésta hubiera desplegado alguna actividad dirigida a contrarrestar los efectos del hecho dañoso y/o aquellos que se manifiestan como agravamiento derivado de una conducta positiva por parte de la víctima⁷¹⁶. Se trata de una cuestión de hecho que dependerá de la prueba rendida en autos, y que deberá ser resuelta conforme a las pautas de valoración de la conducta de la víctima –que analizamos anteriormente– teniendo en cuenta el contenido, los límites y el fundamento del instituto en cuestión.

En la segunda, la tarea del juzgador consistirá en cuantificar la extensión, magnitud e intensidad de los perjuicios calificados como resarcibles en la instancia anterior. En orden a tal cuestión, será preciso recurrir a las reglas de cuantificación del daño vigentes en el ordenamiento jurídico.

A nivel procedimental, el juez deberá, ante todo caso de responsabilidad que se le presente, precisar si existió o no agravación del daño posterior por conducta positiva de la víctima, y/o por no adopción de las medidas tendientes a disminuirlo.

⁷¹⁵ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Tomo 3, op. cit., pag. 182. Distingue el autor: “(...) una cosa es determinar la existencia del daño y hasta dónde se extiende la obligación resarcitoria y otra, diferente, es medir ese daño, con miras a traducirlo en una indemnización. Se trata de dos operaciones distintas, a las que se ha asociado frecuentemente este principio de la reparación plena o integral, aunque muchas veces sin tener en cuenta aquella necesaria distinción. En efecto, una vez determinados los daños que el sistema considera resarcibles, el principio de reparación plena o integral suele ser invocado, ya de una manera más precisa y rigurosa, como la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación, presuponiendo de tal modo una evaluación en concreto”.

⁷¹⁶ SAN MARÍN NEIRA, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, [INTERNET], (<http://books.google.com.ar/books?id=xIaks3uPvGIC&pg>), 14/10/13.

En caso negativo, procederá a la determinación de la extensión del resarcimiento conforme a las reglas jurídicas tradicionales mediante el cómputo de la totalidad del daño jurídico.

En caso afirmativo, tendrá que determinar cuál ha sido el aporte causal de la víctima en virtud de la conducta agravatoria del daño y/o de la omisión de la medida de mitigación de que se trate, conforme a los requisitos generales y específicos del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Si se tratase de un supuesto de daño progresivo, el juez deberá determinar a partir de qué momento tales medidas u omisiones se han tornaron exigibles, pues a partir de allí comienza a manifestarse el daño evitable.

Acto seguido, el juez deberá determinar la entidad del daño evitable. En caso de conducta comisiva de la víctima, éste se expresará en la mayor extensión del daño originario como consecuencia de la conducta agravatoria observada por la víctima. Y en caso de conducta omisiva de la víctima, el daño evitable se traducirá como extensión probable del daño evitado en caso de que se hubiese adoptado la medida exigible de mitigación del daño evitable.

Finalmente, el daño evitable en uno y otro caso deberá deducirse del daño jurídico indemnizable.

A los efectos de facilitar estas operaciones, hemos ideado una serie de fórmulas actuariales que combinan funcionalmente las variables comprometidas en los diferentes supuestos básicos que pueden presentarse. Sin perjuicio de que pueden merecer algunos ajustes y modificaciones en determinadas situaciones concretas, consideramos que proporcionan un procedimiento preciso, accesible y prolijo para modular la extensión del resarcimiento debido a la víctima.

No es ocioso resaltar que la aplicación de fórmulas actuariales no excluye ni se opone a una valoración jurídica de la conducta humana, sino que simplemente ordena los resultados de tal valoración conforme a criterios lógicos. Así las cosas, podemos establecer que el juicio de razonabilidad de las omisiones y medidas exigibles de mitigar el daño evitable será anterior a la aplicación de tales fórmulas. Juicio que estará fundado en la apreciación jurídica de los hechos probados en la causa conforme a los procedimientos legales establecidos.

Aclarada esta cuestión, consideramos que la fórmula principal y primaria es la siguiente: el daño indemnizable es igual al daño jurídico en relación de causalidad adecuada con el hecho productor, con deducción del daño evitable resultante del incumplimiento del deber de mitigar a cargo de la víctima.

$$\text{DAÑO INDEMNIZABLE} = \text{DAÑO JURIDICO}^{*1} - \text{DAÑO EVITABLE}^{*2}$$

717

*¹: por daño jurídico aludimos al que deriva de la lesión patrimonial o extrapatrimonial a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico del damnificado en relación de causalidad adecuada con el hecho productor. En este concepto, englobamos al daño jurídico evitable y no evitable.

*²: por daño evitable aludimos a aquella porción del daño jurídico que se halla en relación causal adecuada con el incumplimiento del deber de mitigar a cargo de la víctima.

Esta fórmula primaria nos reconduce a dos fórmulas derivadas, según nos hallemos frente a un daño evitable por conducta agravatoria de la víctima u omisión de adoptar las medidas de mitigación del daño evitable.

Para la determinación del daño evitable por omisión de la víctima de arbitrar las medidas razonables de mitigación, es menester recurrir a una operación más compleja, debido a la necesidad de incorporar diversas variables de cálculo.

- Daño jurídico (X): nos remitimos a la definición aportada ut supra.

- Porcentaje posible de reducción del daño jurídico (PPRDJ): la determinación de esta variable exige precisar por vía hipotética la potencialidad estimada de la medida exigible para mitigar el daño evitable. No siempre la medida en cuestión tiene aptitud para desmantelar la totalidad de las consecuencias dañosas derivadas del perjuicio base. En ocasiones, sólo es capaz de neutralizar una porción de los daños.

- Probabilidad de reducción del daño jurídico (PRDJ): aquí el meollo de la cuestión no estriba en determinar cuál es el porcentaje posible de reducción del daño, sino de establecer, hipotéticamente, qué probabilidad existe de que la aplicación de la medida exigible de mitigación del daño evitable morigere efectivamente aquel porcentaje reductible del perjuicio.

- Costo global de la medida exigible de mitigación del daño evitable en el caso concreto (CGMEMDE): nos referimos, en este punto, a la totalidad de gastos, daños y esfuerzos -valorables económicamente- que representa para la víctima la adopción de las medidas de mitigación del daño evitable. Cuando hablamos de costo lo hacemos desde un

⁷¹⁷ Se agradece a Alvaro Pre por la consultoría técnica ofrecida para el diseño de las fórmulas actuariales expuestas.

concepto amplio e integral. Por ejemplo, si la mitigación del daño evitable por falta de entrega de una maquinaria exige, como medida paliativa, la contratación sustitutiva con otro proveedor, el costo de la medida de mitigación no se limitará exclusivamente al precio de venta de la maquinaria sustituta, sino que también tendrá que abarcar el tiempo invertido, el esfuerzo y los gastos que para el acreedor implicó la búsqueda de esa alternativa.

$$\text{DAÑO EVITABLE} = [(X \cdot \text{PPRDE}) \cdot \text{PRDE}] - \text{CGMEMDE}$$

(por omisión)

La fórmula, aquí, consiste en multiplicar el daño jurídico por el porcentaje posible de mitigación del daño evitable mediante el empleo de la medida exigible. Y luego el resultado que arroje dicha operación debe ser multiplicado por la probabilidad que tiene esa medida de mitigar tal porcentaje posible de mitigación del daño evitable. Finalmente, a la cifra resultante, que expresa la potencialidad reductora del daño por aplicación de la medida referida, deberá restársele el costo global de ésta, lo cual nos representará el daño evitable por no adopción de la medida exigible para mitigarlo.

En supuestos de pluralidad de medidas razonables para mitigar el daño evitable, habrá que precisar, en primer término, si resulta fáctica y jurídicamente posible la aplicación de las medidas en forma acumulativa, o bien la aplicación de una excluye la de la otra.

Tratándose de medidas de mitigación aplicables en forma conjunta, habrá que readecuar la fórmula precedente, mediante la inclusión de la potencialidad reductora del daño de todas las medidas exigibles aplicables conjuntamente en la situación de hecho de que se trate.

$$\text{DAÑO EVITABLE} = \{ [(X \cdot \text{PPRDE}) \cdot \text{PRDE}] + [(X \cdot \text{PPRDE}) \cdot \text{PRDE}] \} - \text{CGMEMDE}$$

(pluralidad de medidas de aplicación conjunta)

Cabe prevenir que la utilización de la fórmula expuesta sólo conduce a resultados válidos cuando las medidas de mitigación del daño evitable actúan sobre segmentos

diferentes, no coincidentes, del daño jurídico. Caso contrario, no sería correcto sumar el daño evitable resultante de la aplicación de cada una de las medidas aludidas.

Si las medidas de mitigación del daño evitable son aplicables en forma disyuntiva, la medida exigible será aquella que sea de mayor eficacia posible para reducir el daño evitable conforme a las pautas de valoración de la conducta de la víctima que hemos analizado ut supra.

Finalmente, para determinar el daño evitable por conducta agravatoria de la víctima, podemos valernos de un procedimiento más sencillo que el anterior.

Aquí las variables a considerar son tan sólo dos:

1) Porcentaje de agravación del daño jurídico provocado por la conducta posterior de la víctima (PADJCPV). Esta variable refleja el mayor daño que la conducta posterior de la víctima ha provocado por encima del perjuicio base, ya sea como expansión o intensificación de éste, como aumento de sus consecuencias dañosas o como nuevo daño derivado de aquél.

2) Daño jurídico (X) –en el sentido antes indicado-.

3) Costo global de la omisión exigible para mitigar el daño evitable (CGOMDE): resume la pérdida que le significa a la víctima la omisión de la conducta agravadora del daño. Podría ocurrir que la omisión razonable por parte de la víctima le implique a ésta un costo, ya sea porque debe abstenerse de realizar una actividad lucrativa, ya sea porque la abstención le origina molestias significativas, le representa una erogación, etc. Por ejemplo, el comprador de un automóvil que presenta fallas eléctricas y debe abstenerse de utilizarlo hasta tanto se lo reparen, debe soportar el costo de dicha omisión.

En este caso, el cálculo se determina multiplicando el daño jurídico por el porcentaje de agravación del daño que tuvo la conducta positiva de la víctima, lo que reflejará la mayor extensión del daño por la intervención de ésta. A la cifra resultante habrá que restarle el costo global de la omisión exigible para mitigar el daño evitable y entonces tendremos el daño evitable por conducta agravatoria de la víctima.

$\text{DAÑO EVITABLE} = X \cdot \text{PADJCPV} - \text{CGOMDE}$ <p>(por comisión)</p>

A fin de calcular el reembolso exigible del costo global de las medidas razonables para mitigar el daño evitable, habrá que recurrir a una nueva fórmula que contemple las

reglas propias de este derecho.

De acuerdo a la posición a la que adscribimos con base en principios y normas constitucionales y convencionales, el reembolso del costo derivado de la aplicación de las medidas de mitigación del daño evitable presenta como límite objetivo que el costo de éstas no sea superior al daño que razonablemente podría llegar a ser evitado mediante su implementación respectiva.

Esto nos sitúa ante tres situaciones posibles:

1) La medida de mitigación del daño evitable presenta una potencialidad reductora del daño jurídico $[(X.PPRDE).(PRDE)]$ mayor al costo global de la medida de mitigación del daño evitable (CGMEMDE). En tal caso, el reembolso (R) sería igual al costo global de éstas.

2) Ambas variables resultan equivalentes. En tal caso, el monto del reembolso también coincide con el costo global de ésta.

3) El costo global de la medida es superior a la potencialidad reductora del daño. En tal caso, el reembolso es igual al primero hasta la concurrencia de la segunda.

$\begin{aligned} \text{Si } [(X.PPRDE).(PRDE)] > \text{CGMEMDE} &\text{ ---> } R = \text{CGMEMDE} \\ \text{Si } [(X.PPRDE).(PRDE)] = \text{CGMEMDE} &\text{ ---> } R = \text{CGMEMDE} \\ \text{Si } [(X.PPRDE).(PRDE)] < \text{CGMEMDE} &\text{ ---> } R = \text{CGMEMDE} - \{ \\ &\quad \text{CGMEMDE} - [(X.PPRDE).PRDE] \} \end{aligned}$
--

De acuerdo a la posición adoptada por el art. 1710 inc. b del Código Civil y Comercial –cuya interpretación literal consideramos inconstitucional, como ya lo hemos explicado en el título 11 de este capítulo-, el derecho al reembolso de los gastos asumidos por la víctima presenta un límite más severo: la víctima sólo podrá exigir la restitución del costo global de la medida razonable de mitigación del daño evitable hasta la concurrencia del daño efectivamente evitado.

Aquí también se presentan tres situaciones posibles:

1) Si el daño efectivamente evitado (DEE) mediante la aplicación de la medida razonable de mitigación del daño evitable es superior al costo global de ésta, el reembolso (R) será igual al costo global de tales medidas.

2) Si ambas variables resultan equivalentes, el monto del reembolso también coincidirá con el costo global de éstas.

3) Si el daño efectivamente evitado mediante la aplicación de la medida razonable de mitigación del daño evitable es inferior al costo global de la medida de mitigación, el

reembolso será igual al daño efectivamente evitado.

<p>Si $DEE > CGMEMDE$ ---> $R = CGMEMDE$ Si $DEE = CGMEMDE$ ---> $R = CGMEMDE$ Si $DEE < CGMEMDE$ ---> $R = DEE$</p>

En síntesis, no pretendemos, mediante la utilización de estas fórmulas, abarcar el amplio espectro de situaciones posible de daño evitable posterior, ni siquiera consideramos que éstas trasuntan un procedimiento válido para resolver cualquier caso que presente estas características. Nuestro propósito ha sido más bien proporcionar métodos lógicos para encauzar los resultados de las valoraciones jurídicas en la fase de elaboración de la sentencia judicial.

Aspiramos a que magistrados y juristas continúen escrutando y reajustando cada una de las fórmulas propuestas sobre la base de las circunstancias del caso concreto, como así también diseñando otras capaces de procesar aspectos cuantificables del daño evitable que no hayan sido previstos en esta apartado.

17. Conclusiones particulares.

El capítulo final es en sí mismo una conclusión práctica de la obra. En rigor, cada título configura una manifestación específica del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima como idea matriz de la tesis.

Dado que la reglamentación de la materia está ausente en el Código de Vélez, y resulta escasa y predominantemente declarativa en el Código Civil y Comercial –allende que éste último contenga una regulación expresa de algunos aspectos basales del instituto–, procuramos completar los aspectos prácticos de la figura mediante una actividad compleja de interpretación e integración jurídica.

En tal sentido, propusimos un régimen positivo del deber de mitigar el daño evitable en base a una hermenéutica iniciada desde la norma legal, inspirada en principios y valores jurídicos, y confrontada permanentemente con la experiencia práctica recogida por la jurisprudencia y la costumbre como fuentes del derecho.

Desde tal perspectiva, arribamos a las siguientes conclusiones:

- La exigencia de mitigar el daño por parte de la víctima en el orden de derecho argentino constituye un deber jurídico autónomo, fundado en el principio de buena fe, y orientado a la prevención ex post del daño evitable, que exige a la víctima de un perjuicio resarcible la razonable minimización del daño evitable, mediante la abstención de agravarlo y/o la adopción de las medidas exigibles para mitigarlo, de acuerdo a las circunstancias del caso. En el Código Civil y Comercial, habrá que agregar que tal deber encuentra un basamento normativo expreso en el art. 1710 inc. b y c.

Esta es la síntesis conceptual de los desarrollos iusfilosóficos precedentes y, sobre la cual, delineamos los contornos del régimen jurídico del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

- La aplicación efectiva de este deber está condicionada a la verificación previa del ámbito subjetivo, objetivo y temporal del instituto. El primero reclama la presencia necesaria de una víctima y un responsable. El segundo presupone la ocurrencia de daños evitables. Y el tercero impone situarnos en la etapa posterior a la producción del perjuicio base.

- El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima impone un débito conductual bifronte. Por un lado, la modalidad pasiva de este deber prohíbe a la víctima agravar, intensificar o expandir el daño evitable de un perjuicio ya ocurrido. Por otro, la modalidad activa exige una actuación positiva de la víctima que se oriente, en la medida de lo razonable, a erradicar o, en su defecto, reducir el daño evitable.

- En el sistema de responsabilidad civil, la eficacia del instituto exige el cumplimiento de presupuestos generales y específicos.

Los primeros coinciden con los presupuestos generales de la responsabilidad civil, con las adaptaciones lógicas que merecen toda vez que refieren al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Estos son: el hecho generador, el daño originario, la relación de causalidad entre el hecho generador, el daño originario y el factor subjetivo u objetivo atribuible al responsable del daño.

Los segundos son propios y exclusivos de la figura en análisis, importan la previa verificación positiva de todos los presupuestos generales y están orientados a precisar si a la víctima le son atribuibles las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable. Estos son: la conducta antijurídica agravadora, el daño evitable posterior, la relación de causalidad entre la conducta de la víctima y el agravamiento o no disminución del daño evitable, imputabilidad subjetiva a la víctima (de primer y segundo grado).

- El contenido de las medidas de mitigación del daño evitable es amplísimo tanto a

nivel cuantitativo como cualitativo. La naturaleza, modalidad y demás características que asuman estas medidas se revelan en el caso concreto, por lo que no puede formularse a priori un catálogo cerrado de todas las medidas de mitigación del daño.

Empero, es factible reconocer determinadas tipologías o especies de medidas de mitigación del daño evitable que se agrupan en función de distintos patrones comunes (vgr. medidas materiales y medidas jurídicas; medidas conservatorias, reparatorias y sustitutivas; medidas de mitigación de daños patrimoniales, morales o mixtas), e incluso también determinadas medidas típicas que usualmente deben arbitrarse ante ciertos daños evitables (vgr. aviso del daño, cuidados médicos, reutilización de bienes).

- Los límites del instituto no son sino las causas que excluyen la antijuridicidad de la conducta de la víctima que no mitiga el daño evitable, ya sea por agravación efectiva o por no adopción de medidas tendientes a aminorarlo.

Todos los límites al deber de mitigar el daño evitable reconocen su fundamento y contenido en un principio jurídico fundamental, cuál es el principio de razonabilidad. En otras palabras, el deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no rige indiscriminadamente en cualquier situación en que ésta padece un daño, sino que su exigibilidad está sujeta a una serie de límites que derivan del principio de razonabilidad.

Los límites jurídicos genéricos o comunes a ambas modalidades expresivas del deber de mitigar el daño evitable son: el ejercicio regular de un derecho, el cumplimiento de una obligación legal, el estado de necesidad, la legítima defensa y el consentimiento del responsable.

Los límites jurídicos específicos, o también llamados requisitos de exigibilidad de las medidas de mitigación del daño evitable, se condensan en una serie de notas básicas: posibilidad, juridicidad, eficacia, necesidad, proporcionalidad relativa y no lesividad y ausencia de riesgos graves para la víctima. La verificación de las notas enumeradas determina la razonabilidad de la medida de mitigación del daño evitable por parte de la víctima, por lo que ya no estaremos ante un deber genérico de mitigar el daño evitable, sino ante el deber particularizado de adoptar una medida de mitigación concreta del daño evitable.

En cuanto a la modalidad negativa del instituto, el damnificado debe abstenerse de adoptar conductas positivas y, específicamente, medidas irrazonables que incrementen la pérdida.

Por aplicación de la regla de analogía, la exigibilidad de las abstenciones debidas por la víctima en orden a la mitigación del daño evitable, amén de estar limitada por las causas generales de justificación, presupone, con las adaptaciones del caso, el

cumplimiento de los requisitos señalados para las medidas de mitigación. A saber: posibilidad, juridicidad, eficacia, necesidad, proporcionalidad relativa, no lesividad y ausencia de riesgo grave.

En suma, la determinación de los límites de exigibilidad del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima constituye una actividad interpretativa que debe equilibrar las exigencias conductuales del mentado deber y la esfera de derechos de la víctima. A tales fines, el operador jurídico deberá echar mano al principio señero de la razonabilidad para determinar, en el caso concreto, hasta qué punto es justo exigirle a la víctima una actuación tendiente a la mitigación de los daños evitables.

- Las pautas de valoración constituyen reglas orientadoras acerca de cómo debe valorarse la conducta de la víctima en punto a determinar si a ésta le cabe un reproche subjetivo, y del modo en que corresponde evaluar la razonabilidad de las medidas de mitigación del daño evitable y de las abstenciones exigibles a la víctima.

La valoración de la conducta de la víctima debe ser “*ex ante*”. Es decir, la conducta de la víctima debe ser ponderada desde la posición en que ésta se hallaba durante la agravación del daño.

Debe ser contextual, lo que significa que el intérprete no debe apreciar la conducta de la víctima en forma individual, aislada o inconexa, sino de acuerdo al contexto global.

El grado de diligencia exigible a la víctima en punto a la mitigación del daño evitable es el de la diligencia ordinaria adecuada a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso.

Esta pauta de apreciación abstracta-concreta es la que adopta el orden jurídico argentino. El juez debe examinar la realidad del caso, ponderando la situación de la persona de la víctima, y luego confrontarla con la diligencia que en tales circunstancias habría observado un hombre prudente (cf. arts. 512, 902, 1107 del Código Civil; art. 1725 del Código Civil y Comercial).

- Los efectos jurídicos del cumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima no son otra cosa que las consecuencias que el orden de derecho argentino determina, para la víctima y el responsable, frente a la observancia regular de esta exigencia.

Los efectos principales son: 1) la satisfacción del interés del responsable y la sociedad que demandan una colaboración razonable de la víctima en orden a la mitigación de los daños evitables, 2) la conservación plena de los derechos de la víctima a ser indemnizada por la totalidad del daño resarcible que se halla en relación de causalidad jurídicamente relevante con el hecho productor atribuible subjetiva u objetivamente al

responsable, y 3) el derecho de la víctima a reembolsar los gastos razonables en que incurrió para mitigar el daño evitable.

Según surge de la interpretación constitucional del texto legal (art. 1710 inc. b) en el caso del Código Civil y Comercial, y conforme a una integración basada en principios jurídicos en el caso del Código de Vélez (art. 16 y 1198), el reembolso de los gastos razonables en que hubiese incurrido la víctima para mitigar el daño evitable procede a título de indemnización.

Los gastos efectuados por la víctima para mitigar el daño evitable, son razonables y, por ende, reembolsables, cuando las medidas de mitigación solventadas resultan jurídicas, eficaces -a priori apta para mitigar el daño- y relativamente proporcionadas.

En caso de que la acción resarcitoria se haya extinguido, se aplican subsidiariamente las reglas del enriquecimiento sin causa como fuente regulatoria del derecho de reintegro de los gastos efectuados en la adopción de las medidas de mitigación del daño evitable.

- El efecto medular derivado del incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima es la exclusión del daño evitable –entendido como aquel que podría haber sido razonablemente evitado mediante el cumplimiento del deber de mitigar- de la extensión del resarcimiento debido.

En orden a determinar la medida de la exclusión del perjuicio evitable de la extensión del resarcimiento, habrá que estar a la repercusión o incidencia causal del incumplimiento del deber de mitigar por parte de la víctima en la extensión del daño final. Esto significa que no corresponde quitar del daño indemnizable todas las consecuencias dañosas posteriores con relación al perjuicio originario, sino sólo aquellas que se hallen en relación de causalidad jurídicamente adecuada con la conducta omisiva y/o positiva de la víctima que resulta violatoria de esta exigencia.

En suma, la víctima no es resarcida por los daños evitables, tampoco debe serlo por los daños que evitó y, en cambio, sí tiene derecho a recuperar las pérdidas en que incurrió como consecuencia del intento razonable para evitar el daño, aún cuando no haya tenido éxito y el daño se haya agravado.

- Con relación a la carga de la prueba, se aplican las siguientes reglas: el actor de una demanda indemnizatoria tiene, en primer lugar, la carga de demostrar los presupuestos generales de la responsabilidad: hecho generador, daño resarcible (daño originario + daño posterior o agravación del daño), relación de causalidad y factor de atribución de responsabilidad, dado que éstos constituyen los fundamentos basales de la pretensión

resarcitoria. La ausencia de prueba respecto a alguno de los presupuestos aludidos impide, en principio, la declaración judicial de la responsabilidad contra el demandado.

Acreditados estos extremos, el demandado tendrá la carga de probar los hechos que impidan la configuración válida de los presupuestos de responsabilidad referidos (vrg. eximentes, causas de justificación, falta de autoría o participación, inexistencia del hecho generador, ausencia de factor de atribución de responsabilidad) para liberarse de responsabilidad. Y, en los que aquí resulta pertinente, tendrá la carga de probar que la víctima no ha cumplido con el deber de mitigar el daño evitable toda vez que pretenda excluir la agravación del daño de la extensión del resarcimiento debido a la víctima.

Desde el punto de vista práctico, y en relación a la modalidad positiva de la exigencia aludida, esto significa que el responsable tendrá la carga de alegar y demostrar: 1) la entidad y extensión del daño evitable posterior como daño agravado y diferenciado respecto al perjuicio originario, 2) la conducta antijurídica omisiva de la víctima consistente en la violación del deber de mitigar el daño evitable a cargo de ésta con fundamento en la buena fe objetiva, 3) la relación de causalidad adecuada entre la conducta de la víctima y la no disminución del daño evitable, 4) la imputabilidad subjetiva de primer (voluntariedad del acto) y de segundo grado (culpa o dolo) atribuible a la víctima en su obrar contrario a derecho.

Si se trata de la modalidad negativa del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima, es decir aquella que exige a la víctima la no agravación del daño, resultan aplicables consideraciones similares. La diferencia estriba, en estos supuestos, en que la prueba de la conducta antijurídica se expresa, no ya como prueba de la omisión de las medidas razonables tendientes a mitigar el daño evitable, sino de la agravación positiva del daño. Consecuentemente, la prueba de la relación de causalidad adecuada importará la demostración de la conexión causal jurídicamente relevante entre la conducta comisiva de la víctima y el daño evitable.

Empero, esto no impide que, según las particularidades del caso, el juez pueda, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga de la prueba, poniendo la prueba de un hecho determinado en cabeza de la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

Respecto a la carga de la prueba concerniente a los gastos de mitigación, la pretensión indemnizatoria por los gastos en que incurrió el actor pone en cabeza de éste la carga de la prueba de los gastos invocados en la demanda como petición indemnizatoria autónoma. En concreto, esto supone la acreditación de la existencia, cuantía y razonabilidad de los gastos de mitigación del daño evitable.

- En punto a la aplicación judicial del instituto, consideramos que el ordenamiento jurídico argentino adscribe a la tesis que convalida la aplicación oficiosa del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

- En relación a la determinación de las costas, debemos distinguir los siguientes supuestos:

- 1) Declaración de responsabilidad del demandado con rechazo de la defensa basada en el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En este caso, resulta evidente, por aplicación del principio general de costas al vencido, que la imposición de éstas recaerán sobre el demandado, salvo que proceda lo dispuesto en el art. 68 segundo párrafo o concurra alguna de las situaciones de excepción previstas en el art. 70.
- 2) Declaración de responsabilidad del demandado y acogimiento parcial de la defensa basada en el incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Aquí, corresponderá, en principio, distribuir las costas en forma proporcional al éxito obtenido por cada una de las partes. A tal fin, habrá que ponderar conjuntamente el monto de la obligación indemnizatoria judicialmente reconocida, y el monto de los daños excluidos como consecuencia de la defensa interpuesta.
- 3) Rechazo de la demanda. En este caso, corresponde, como regla, la imposición de las costas al actor (art. 68).

- En lo que refiere a la aplicación del deber de mitigar el daño evitable al momento de dictar sentencia, cabe precisar que el juez deberá, ante todo caso de responsabilidad por daños que se le presente, precisar si existió o no agravación del daño posterior por conducta positiva de la víctima, y/o por no adopción de las medidas tendientes a disminuirlo.

En caso negativo, procederá a la determinación de la extensión del resarcimiento conforme a las reglas jurídicas tradicionales mediante el cómputo de la totalidad del daño jurídico.

En caso afirmativo, tendrá que determinar si es razonable imponerle a la víctima la omisión de la conducta agravatoria del daño y la aplicación de la medida de mitigación correspondiente, conforme a los requisitos generales y específicos del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

Como segundo paso, el juez deberá determinar la entidad del daño evitable. En caso de conducta comisiva de la víctima, éste se expresará como la mayor extensión del daño

como consecuencia de la conducta agravatoria observada por la víctima. Y en caso de conducta omisiva de la víctima, como extensión probable del daño evitado en caso de haberse adoptado la medida exigible de mitigación del daño evitable.

Finalmente, el daño evitable en uno y otro caso deberá deducirse del daño jurídico indemnizable.

A los efectos de facilitar estas operaciones, diseñamos una serie de fórmulas actuariales que combinan funcionalmente las variables comprometidas en los diferentes supuestos básicos que pueden presentarse. Sin perjuicio de que puedan merecer algunos ajustes y modificaciones en determinadas situaciones concretas, consideramos que proporcionan un procedimiento preciso, accesible y prolijo para modular la extensión del resarcimiento debido a la víctima.

La aplicación de fórmulas actuariales no excluye ni se opone a una valoración jurídica de la conducta humana, sino que simplemente ordena los resultados de tal valoración conforme a criterios lógicos. Por lo que el juicio de razonabilidad de las omisiones y medidas exigibles de mitigar el daño evitable será anterior a la aplicación de tales fórmulas.

Conclusiones generales.

A la luz de los desarrollos que anteceden, hemos arribado a una serie de conclusiones fundamentales que no sólo responden a los interrogantes inicialmente planteados, sino que además traen consigo nuevas preguntas y planteos que se han ido decantando como eslabones de ineludible consideración para dar respuesta adecuada a las hipótesis centrales de la tesis.

Por razones de limpieza argumentativa, hemos expuesto los resultados de la investigación en forma parcial, al final de cada uno de los capítulos abordados. Esta circunstancia nos ha permitido sintetizar y luego integrar los aportes obtenidos por los distintos enfoques analíticos que hemos utilizado.

Cabe precisar, en tal aspecto, que las conclusiones no son taxativas. Hemos procurado, más bien, registrar aquellas de mayor significación, de manera clara, esquemática y lacónica, adoptando como referencia limitativa al problema central de la tesis.

En perspectiva global, podemos afirmar que las principales hipótesis de la investigación han sido respondidas en forma positiva.

Como punto de partida, nos ocupamos de comprobar que la mitigación del daño evitable por parte de la víctima constituye un problema relevante en el estado actual del ordenamiento jurídico argentino. En rigor, quedó demostrado que este tipo de daño encierra una realidad incontrastable y frecuente. Y que sus consecuencias no son ajenas a los intereses de los actores de la relación resarcitoria de que se trate, como tampoco a la sociedad argentina.

Asimismo, el desarrollo de la tesis ha sido una feliz confirmación de que el problema de investigación configura una cuestión resoluble, por cuanto ha sido susceptible de verificación empírica, pudo ser estudiado con los medios disponibles (técnica de encuestas, análisis de fallos judiciales, bibliografía general y específica sobre la materia, etc.) y, lo más importante, resultó viable de solución.

En esta dirección, justificamos la necesidad de regular legalmente la conducta de la víctima posterior a la ocurrencia del daño. Para ello, recurrimos a consideraciones de orden psicológico, sociológico, económico, político, filosófico.

En segundo término, definimos, caracterizamos y fundamentamos la existencia y vigencia del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el ordenamiento jurídico argentino, y en el sistema de responsabilidad civil en particular. Con perspectiva

general, reconocimos su fundamento iusfilosófico en el principio de buena fe objetiva, le conferimos una función preventiva ex post, y defendimos su autonomía conceptual y jurídica mediante la aplicación de diferentes métodos lógicos.

Al final, delineamos una reglamentación del instituto a través de una interpretación armónica de las reglas y principios vigentes en el orden jurídico argentino. El producto no fue otro que la integración de un régimen jurídico capaz de regular sistemáticamente la conducta de la víctima posterior a la ocurrencia del daño. Hete aquí, el auténtico corolario de la investigación que avala el carácter propositivo de nuestra tesis.

Conforme lo anticipamos en la introducción, adoptamos un enfoque jurídico dual, en la medida en que debimos reparar en cuestiones o aspectos del problema investigado que nos remitían indefectiblemente al derecho positivo argentino. Esto significa que, en cada uno de estos puntos, hicimos un análisis desde la perspectiva del Código de Vélez, y otro paralelo y comparativo desde el prisma del nuevo Código Civil y Comercial, en aras de alcanzar una comprensión integral de la problemática, como así también de facilitar una transición normativa que no está exenta de conflictos y dificultades hermenéuticas.

Desde ambos Códigos ha sido posible fundamentar la vigencia del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. Sin perjuicio de ello, no podemos soslayar que, en el Código de Vélez, la justificación del instituto ha exigido una interpretación esmerada de los alcances del principio de buena fe y de la regla de analogía, toda vez que no existen disposiciones normativas que se refieran expresamente a este deber.

En cambio, el Código Civil y Comercial, amén de asegurar un amplio reconocimiento de la buena fe, contiene una referencia textual al instituto en los arts. 1710 inc. b y c. que nos ha eximido de realizar una ardua fundamentación jurídica en pos de demostrar la vigencia de este deber. Con todo, las precisiones de la nueva codificación en relación al tema resultan, a todas luces, escasas e insuficientes, con lo cual también en este marco ha sido menester realizar una integración compleja del régimen aplicable al deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima.

No sería justo obviar que, en orden al desarrollo de las postulaciones precedentes, resultó fundamental el aporte del análisis económico del derecho. Esta disciplina nos facilitó la comprensión de las motivaciones que influyen sobre los patrones de conducta vigentes en el orden social, la predicción de los incentivos y desincentivos individuales de los diferentes sistemas resarcitorios, la estimación de los costos sociales de una política legislativa regulatoria o des-regulatoria del problema en cuestión.

El estudio histórico y comparado nos indicó las coordenadas espaciales y temporales del instituto, a partir de las cuales fue posible contemporizar y contextualizar el

régimen jurídico argentino dentro de la línea de evolución histórica y de los sistemas normativos imperantes en el escenario mundial respectivamente. Asimismo, estos saberes han sido útiles para distinguir entre los rasgos esenciales y permanentes de la exigencia en cuestión, como así también sus perfiles contingentes y mutables.

Por último, cabe señalar que la búsqueda de respuestas a los interrogantes planteados también nos ha permitido avizorar otros horizontes científicos tan interesantes como inexplorados que, en atención a los límites del marco teórico de la tesis, nos hemos abstenido de tratar. Entre ellos, hacemos mención al deber de mitigar el daño evitable por parte de terceros ajenos a la relación resarcitoria, al estudio del instituto por campos de actividad práctica (responsabilidad médica, accidentes de tránsito, relaciones de consumo, medios de comunicación), a los efectos de la figura en caso de pluralidad de víctimas, y tantos otros temas conexos que quedarán pendientes para quienes quieran seguir recorriendo el apasionante camino de la prevención ex post del daño.

Queremos dejar en claro que el instituto estudiado no pretende ser, en suma, una exhortación al heroísmo de la víctima, menos aún un premio inmerecido al responsable del daño. De lo que se trata en realidad es de fomentar, desde el universo de la juridicidad, una conducta solidaria, diligente y leal en cada uno de los actores de la relación jurídica resarcitoria.

Al definir el contenido de este deber, nos hemos cuidado de no caer en el exceso de sobrecargar a la víctima, que ya soporta el pesado lastre del daño, con una retahíla de deberes de conducta que la alejen de su legítima expectativa a ser compensada por los perjuicios sufridos. Del mismo modo, al definir sus contornos, hemos procurado ser prudentes a fin de no incurrir en el extremo opuesto de otorgar a la víctima una licencia para la pasividad, la negligencia, la indiferencia ante las consecuencias del daño o, lo que es peor aún, la oportunidad de especular con una “*indemnización lucrativa*”.

El fundamento de la exigencia no constituye en absoluto una novedad jurídica. Lo novedoso es, si se quiere, la franca exposición de este deber como instituto plenamente vigente en el ordenamiento jurídico argentino. Y, por supuesto, la integración hermenéutica del régimen jurídico aplicable a éste.

A contrario de lo que se pueda creer, el inveterado principio de la buena fe objetiva, renovado por una lectura neoconstitucionalista social, es el gran animador, árbitro y regente de los efectos de este instituto que, para no pocos, ha resultado subversivo o, cuanto menos, polémico dentro de un esquema clásico de justicia resarcitoria.

Aspiramos, en fin, a que la idea individual de enfrentamiento entre víctima y responsable le ceda el paso a la idea comunitaria de cooperación entre los sujetos que

participan de la realidad resarcitoria. Es que no existen daños tan individuales como para dejar indemne la realidad de la cual todos formamos parte. Ni tampoco daños tan colectivos como para no afectar a todos y cada uno de los sujetos particulares que integran esa misma realidad. Por eso, una víctima que mitiga el daño coadyuva a su propio bien, al del responsable y al de la comunidad toda.

BIBLIOGRAFIA

a) General:

ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, Vigésima segunda edición, (Madrid, 2014).

AGER, Jesús Pinto, Baremos, seguros y derecho de daños, (Madrid, 2000). Edit. Civitas.

AGOGLIA, María M., Boragina, Juan C. y Meza, Jorge A., Responsabilidad por incumplimiento contractual, (Buenos Aires, 1993). Edit. Hammurabi.

AGUIAR DIAS, José de, Tratado de la responsabilidad civil, t. i, (México, 1996). Edit. Editorial José M. Cajica.

ALEXY, Robert, El concepto y la validez del derecho, (Barcelona, 1997). Edit. Gedisa.

ALEXY, Robert, Teoría de la interpretación jurídica, (Madrid, 1989). Edit. Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, (Madrid, 1993). Edit. Centro de estudios constitucionales.

ALEXY, Robert, Teoría del discurso y derechos humanos, (Bogotá, 1995). Edit. Universidad Externado de Colombia.

- ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto, Enciclopedia de la responsabilidad civil, (Buenos Aires, 1996). Edit. Abeledo-Perrot.
- ALTERINI, Atilio, La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil, (Buenos Aires, 1997). Edit. Abeledo Perrot.
- ALPA, Guido, Nuevo tratado de la responsabilidad civil, Lima, 1999. Edit. Jurista Editores.
- ARISTOTELES, Lógica, (Buenos Aires, 1994). Edit. Gradifco.
- BARBERO, Domingo, Sistema de derecho privado, Tomo III, (Buenos Aires, 1967). Edit. Abeledo Perrot.
- BARBOZA, Julio, Derecho Internacional Público, (Buenos Aires, 1998). Edit. Zavalía.
- BENTHAM, Jeremy, Introducción a los principios de la moral y la legislación, Capítulo I, Sección I, (Buenos Aires, 2004). Edit. Ediciones Libertador.
- BEATSON, Jack, Good Faith and Fault in Contract Law, (Oxford, 1997). Edit. Oxford Clarendon Press.
- BELLUSCIO, Augusto; ZANNONI, Eduardo, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, (Buenos Aires, 1994), Ed. Astrea.
- BENTOLILA, Juan José, Comprensión jurídica del razonamiento justificatorio, Tesis doctoral, (doctorado), UNR, 2012.
- BETTI, Emilio, Teoría general de las obligaciones, (Madrid, 1969), Edit. Derecho Privado.
- BIANCA, Massimo, Diritto Civile, La responsabilità, Tomo V, (Milano, 1994). Edit. Giuffrè.
- BOBBIO, Norberto, Formalismo jurídico, en El problema del positivismo jurídico, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1965.
- BOBBIO, Norberto, Hacia una teoría funcional del derecho, publicado en Derecho, filosofía y lenguaje, (Buenos Aires, 1976). Edit. Astrea.

- BOOLE, George, El análisis matemático de la lógica, (Madrid, 1979). Edit. Cátedra.
- BUERES, Alberto, Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado, (Buenos Aires, 2015), Hammurabi.
- BUERES, Alberto J. (dir.) – Highton, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, (Buenos Aires, 1998). Edit. Hammurabi.
- BUERES, Alberto J., Objeto del negocio jurídico, 2º ed., (Buenos Aires, 1998). Edit. Hammurabi.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Novena Edición ampliada y actualizada, (Buenos Aires, 1997). Edit. Abeledo Perrot.
- CAFFERATA, Néstor, Daño ambiental – Problemática de su determinación causal, (Buenos Aires, 2001). Edit. Abeledo Perrot.
- CALABRESI, Guido, El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil, (Barcelona, 1984). Edit. Ariel.
- CALVO GONZALEZ, J., El discurso de los hechos, (Madrid, 1998). Edit. Tecnos.
- CARBONIER, Jean, Les obligations, 22 º Edición reformada, (París, 1997). Ed. Thémis.
- CASSAGNE, Juan Carlos, Los principios generales del derecho en el derecho administrativo, (Buenos Aires, 1988). Edit. Abeledo Perrot.
- CASTRO DURAN, Ricardo Manuel, El hecho o “culpa” de la víctima como eximente. La agravación de los daños. La negativa al tratamiento médico. El no arreglo del automotor. Revista de Derecho de Daños, Eximentes de responsabilidad, (II).
- CATECISMO DE LA IGLESIA CATOLICA, Capítulo Segundo: La comunidad humana, Artículo I La persona y la sociedad (1878 y 1879), Ed. Lumen.
- CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, 3ra edición actualizada., (La Plata, 1987). Edit. Editorial Platense.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Bases del pensamiento jurídico, (Rosario, 2012). Edit. UNR editora.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Derecho y política, (Buenos Aires, 1976). Edit. Depalma.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Estrategia jurídica, (Rosario, 2011). Edit. UNR Editora.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Aportes a la estrategia en las fuentes y el funcionamiento de las normas, publicado en Investigación y Docencia, Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social, n° 46 (82), 2012.

COMPTE, Auguste, Discurso sobre el espíritu positivo, (Barcelona, 1995). Edit. Altaya.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, Derecho y economía, (México, 2002), Edit. Fondo de cultura económica.

CORRAL TALCIANI, Hernán, Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, (Santiago, 2003). Edit. Editorial Jurídica de Chile.

COSSIO, Carlos, Radiografía de la teoría egológica del derecho, (Buenos Aires, 1987). Edit. Depalma.

CRESPO, Mariano Medina, La valoración civil del daño corporal, Bases para un tratado, Tomo III, Volumen I, Las reglas generales del sistema. (Madrid, 1999). Edit. Dykinson.

CUBIDES CAMACHO, Jorge, Los deberes de la buena fe contractual, (Bogotá, 2010). Edit. Universidad Javeriana y Editorial Temis.

DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, La responsabilidad civil, (Bilbao, 1988). Edit. Universidad de Deusto.

DE ÁNGEL YAGÜES, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, 3era edición, (Madrid, 1993). Edit. Deusto-Civitas.

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños, (Valencia, 2001). Edit. Civitas.

DE CUPIS, Adriano, El daño, (Barcelona, 1975). Edit. Bosch

DIAZ, Elías, Sociología y filosofía del derecho, (Madrid, 1971). Edit. Taurus.

DIEZ PICASO, Luis, Derecho de Daños, (Madrid, 2000). Edit. Civitas.

DIEZ PICAZO, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo II, 5º edición, (Madrid, 1996). Edit. Civitas.

DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 7º ed., (Buenos Aires, 1998). Edit. Ciudad Argentina.

DURKHEIM, Emilio, Sociología y filosofía, Buenos Aires, 2006. Edit. Ediciones Libertador.

DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, 1994. Edit. Editorial Planeta

ECHANDIA, Devis Hernando, Teoría general de la prueba judicial, (Buenos Aires, 1970). Edit. Víctor de Zavalía.

ELLACURIA, I., Filosofía de la realidad histórica, (Madrid, 1989). Edit. Trotta.

ELSTER, Jon, Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión, (Barcelona, 1989). Edit. Gedisa.

ENCICLICA “CARITAS IN VERITATE”. Carta Encíclica del Sumo Pontífice Benedicto XVI sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, Capítulo V, párrafo 55.

ESPINOSA, Benito, Ética, (Buenos Aires, 1957). Edit. Aguilar.

FABRE MAGNAN, Muriel, Les obligations, (Paris, 2004). Edit. Themis.

FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario, 3° edición actualizada y ampliada, (Buenos Aires, 2004). Edit. Astrea.

FERNANDEZ ZAMORA, Jesús Antonio; La asunción de lo biológico, lo personal y lo moral en la realidad histórica, publicado en Cuadernos de filosofía latinoamericana, Vol. 29, (N 99), 2008.

FERRER BELTRÁN, Jordi, Prueba y verdad en el Derecho, (Madrid, 2002). Edit. Editorial Marcial Pons.

FEUILLADE, Milton C., Estrategia y táctica en el derecho procesal internacional, publicado en Investigación y Docencia, Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social, n° 46 (86), 2013.

FINNIS, John, Ley natural y derecho natural, (Buenos Aires, 2000). Edit. Abeledo Perrot.

FOCAULT, Michael, La verdad y las formas jurídicas, (Barcelona, 1991). Edit. Gedisa.

FRANZONI, Massimo, Il danno al patrimonio, (Buenos Aires, 1996). Edit. Giuffré.

FRIED, Charles, La obligación contractual. El contrato como promesa. (Santiago de Chile, 1996). Edit. Editorial Jurídica de Chile.

GAMARRA, Jorge Luis, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, (Montevideo, 1991). Edit. Fcu.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo I, (Madrid, 2006). Edit. Thomson Civitas.

GAGLIARDO, Mariano, Significación actual de la responsabilidad civil, publicado en La Ley, 11/11/2011, 2011-F, 965.

GARDELLA, Lorenzo, Introducción al derecho, (Rosario, 1998). Edit. Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Argentina.

GATICA PACHECO, Sergio, Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, (Santiago, 1959). Edit. Editorial Jurídica de Chile.

- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. La regla de reconocimiento constitucional argentina. (Buenos Aires, 2007). Edit. EDIAR.
- GIORGI, J., Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, (Madrid, 1909), Edit. Civitas.
- GOLDENBERG, Isidoro H., Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación, (Buenos Aires, 1993). Edit. Hammurabi.
- GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción filosófica al derecho, 6ta edición, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1987.
- GOLDSCHMIDT, Werner, La ciencia de la justicia, (Madrid, 1958). Edit. Aguilar.
- GONZALEZ ALVAREZ, Tratado de metafísica. Ontología, (Madrid, 1961). Edit. Gredos.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen, Derecho Romano II. Obligaciones-Fuentes, (Bogotá, 2004). Edit. Universidad Externado de Colombia.
- GRANERIS, Giuseppe, Contribución tomista a la filosofía del derecho, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1973.
- GRONDONA, Mariano F. La reglamentación de los derechos constitucionales. Teoría del orden de los derechos. (Buenos Aires, 1986). Edit. Depalma.
- GUIBOURG, Ricardo, Autonomía, publicado en LA LEY 2007-E , 1361.
- HABINAVALONA, RAMPARANY – RAVOLOLOMIARANA, Le raisonnable en droit des contract, (Paris, 1994). Edit. L.G.D.J.
- HACKER, P.M.S., Hart's philosophy of law, en Law, Morality and Society, Essay in honour of H.L.A. Hart. (Oxford, 1977). Edit. Clarendon Press.
- HART, Herbert, Law, liberty and morality, (Londres, 1963). Edit. Oxford University Press.
- HIERRO, Liborio L., El realismo jurídico escandinavo – Una teoría empirista del derecho, (Valencia, 1981). Edit. Fernando Torres Editor.

HINESTROSA, Fernando, Tratado de las obligaciones, t. 1, (Bogotá, 2002). Edit. Universidad Externado de Colombia.

HUME, David, Investigación sobre el conocimiento humano, (Madrid, 1995). Edit. Altaya.

JARAMILLO, Carlos Ignacio, ETCHEVERRY, Raúl, Interpretación de los contratos atípicos y la valoración de la conducta de los contratantes, (Bogotá, 2012). Edit. Ed. Universidad de la Sabana y Grupo Editorial Ibañez.

JEROMÉ ORTSCHEIDT, La reparation du damage Dans l'arbitrage commercial International, (Paris, 1999). Edit. Dalloz.

KALINOWSKY, Georges, El problema de la verdad en la moral y en el derecho, (Buenos Aires, 1979). Edit. Eudeba.

KALINOWSKY, Georges, Sur la muabilité du concept de nature et l'immuabilité de la loi naturelle, Das Naturreschtdenken, heute und morgen, (Berlín, 1983). Edit. Duncker-Humblot.

KANT, Immanuel, Crítica de la razón pura, décima edición, (Mexico DF., 1998). Edit. Porrúa.

KELSEN, Hans, ¿Qué es la justicia?, (Madrid, 1993). Edit. Planeta Agostini.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Funciones y fines de la responsabilidad civil, en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, t. III, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, (Córdoba, 2009).

KIELMANOVICH, Jorge L., Teoría de la prueba y medios probatorios, cuarta edición, ampliada y actualizada, (Santa Fe, 2010), Ed. Rubinzal Culzoni Editores.

LACHANCE, Louis, El derecho y los derechos del hombre, (Madrid, 1979). Edit. Rialp.

LECLERQ, Hervé, Introduction au droit chinois des contract, (Paris, 1994). Edit. GLN-Joly.

LÉVI-STRAUSS, Claude, Antropología estructural, (Buenos Aires, 1977). Edit. Eudeba.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Manual de Obligaciones, Décima edición, (Buenos Aires, 1993). Edit. Perrot.

LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, Teoría de los contratos, t. 2 parte especial, (Buenos Aires, 1985). Edit. Zavalía.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones. Publicado en Revista de Derecho de daños, 2008-2, "Prevención del daño".

LORENZETTI, Ricardo, Razonamiento judicial. Fundamentos del derecho privado, (Lima, 2006). Edit. Grijey.

MARITAIN, Jacques, La persona y el bien común, (Buenos Aires, 1981). Edit. Club de lectores.

MARTINEZ GARCIA, Jesús, La teoría de la justicia en John Rawls, (Madrid, 1985). Edit. Centro de Estudios constitucionales.

MASSINI CORREAS, Carlos I., El derecho natural y sus dimensiones actuales, (Buenos Aires, 1998). Ed. Abaco.

MASSINI CORREAS, Carlos I., Los derechos humanos, (Buenos Aires, 1994). Edit. Abeledo Perrot.

MAZEAUD, Henri y LEON y TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, (Buenos Aires, 1977). Edit. EJEA.

MC.CORMICK, Handbook of the Law of Damages, (Toronto, 1987). Edit. Universidad de Toronto.

MESSNER, Johannes, El bien común, fin y tarea de la sociedad, (Madrid, 1959). Edit. Euroamérica.

MILL, John Stuart, Sobre la libertad, (Madrid, 1970). Edit. Alianza Editorial.

MOISSET DE ESPANES, Luis, Obligaciones naturales y deberes morales, (Buenos Aires, 1998). Edit. Victor P. de Zabalía.

MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, XIX, (Madrid, 1987). Edit. Tecnos.

MOORE, Michael, Causalidad y responsabilidad, (Madrid, 2011). Edit. Marcial Pons.

MORAN BOVIO, David, Incumplimiento - Comentarios a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional, (Pamplona, 1999). Edit. Aranzadi.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, (Buenos Aires, 2001). Edit. Rubinzal – Culzoni Editores S.A.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, 2da. ed., (Santa Fé, 1999). Edit. Rubinzal.

NICOLAU, Noemí Lidia, La doctrina de los actos propios y la 'Verwiesung', en Juris, t. 76 (4ª época), sección doctrina.

OLGIATI, Francisco, El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino, (Pamplona, 1977). Edit. EUNSA.

OLIVERA, Julio, Derecho económico, 2da edición, (Buenos Aires, 1980). Edit. Macchi,

OLLERO, Andrés, Interpretación del derecho y positivismo legalista, (Madrid, 1982). Edit. Revista de Derecho Privado.

OLLERO, Andrés, La eterna polémica del derecho natural, (Buenos Aires, 2000). Edit. Depalma.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, Buena fe contractual, (Bogotá, 2012). Edit. Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez.

ORGAZ, Alfredo, La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño. Publicado en LL, 55-794.

- OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales, 1era edición electrónica, (Guatemala, 2004), Edit. Dastacan.
- PALACIO, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, décimo octava edición actualizada, (Buenos Aires, 2004). Edit. Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- PALACIOS, Leopoldo, Filosofía del saber, (Madrid, 1962). Edit. Gredos.
- PALMA, J., Manual de Moral Fundamental, (Buenos Aires, 1998). Edit. Ábaco.
- PARRA RODRIGUEZ, Carmen, El nuevo derecho internacional de los contratos, (Barcelona, 2002). Edit. Bosch.
- PECES-BARBA, Gregorio, Introducción a la filosofía del derecho, (Madrid, 1983). Edit. Debate.
- PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado, (Buenos Aires, 2007). Edit. Hammurabi.
- POPINEAU, Catherine, Les remedes de justice privee a l'inexécution du contrat –étude comparative-, (Paris, 2008). Edit. Dehaullon.
- POSNER, Richard, El análisis económico del derecho, (México, 1998). Edit. Fondo de Cultura Económico.
- PUIG Brutau, Estudios de Derecho Comparado, (Barcelona, 1951). Edit. Civitas.
- RAMIREZ, Santiago, El derecho de gentes, (Madrid, 1955). Edit. Studium,
- REALE, Miguel, Teoría tridimensional do Direito, (San Pablo, 1968). Edit. Saravia.
- RODRIGUEZ GREZ, Pablo, Responsabilidad contractual, (Santiago, 2003). Edit. Editorial Jurídica de Chile.
- ROSSEAU, Jean Jaques, El contrato social, (Buenos Aires, 2005). Edit. Longseller.

- ROSS, Alf, El concepto de validez y otros ensayos, (Buenos Aires, 1969). Edit. Centro Editor de América Latina.
- ROSS, Alf, Sobre el derecho y la justicia, (Buenos Aires, 1963). Edit. Eudeba.
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge, Responsabilidad civil, t. i, (Bogotá, 2012). Edit. Universidad Javeriana y Editorial Temis.
- SANTO TOMAS DE AQUINO, Suma Teológica, (Buenos Aires, 1945). Edit. Club de lectores.
- SANTOS BRIZ, Jaime, La responsabilidad civil, Tomo 1, (Madrid, 1993), Edit. Montecorvo.
- SANTOS BRIZ, Jaime, La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal, 6° ed., (Madrid, 1991). Edit. Civitas.
- SAVIGNY, Friedrich Karl, La escuela histórica del derecho, (Madrid, 1908). Edit. Librería General de Victoriano Suarez.
- SMITH, Adam, La riqueza de las naciones, (Buenos Aires, 2004). Edit. Longseller.
- SMITH, Paul M., Medical Care, Freedom of Religion, and Mitigation o Damages, (Oxford, 1964). Edit. YALEL.
- SOLARI, Enzo, El argumento cosmológico de Zubiri, Revista de Filosofía, Volumen 25, (2009) 115-141. Edit. Universidad Católica del Norte.
- SOLER PRESAS, La valoración del daño en el contrato de compraventa, (Pamplona, 1998). Edit. Editorial Aranzadi.
- TREINTEL, G. H., An outline of the law of contract 5th edition, London, 1995. Edit. Butterworths.
- TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MEZA, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, (Buenos Aires, 2001). Edit. La Ley.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, En torno al derecho natural, (Madrid, 1973). Edit. Sala.

VAN DER MERSCH, Murielle, L'inexécution Dans les contrats du comerce internacional,
París, Edit. L.G.D.J., 2001.

VEIGA COPO, Abel, Tratado del contrato de seguro, (Pamplona, 2012). Edit. Civitas
Thomson Reuters.

VIGO, Rodolfo, De la ley al derecho, (México, 2005). Edit. Porrúa.

VIGO, Rodolfo Luis, Las causas del derecho, 2da edición, (Buenos Aires, 2010). Edit.
Abeledo Perrot.

VILLEY, Michel, Los fundamentos de la escuela moderna del derecho natural, (Buenos
Aires, 1978). Edit. Ghersi.

VILLEY, Michel, Método, fuentes y lenguaje jurídico, (Buenos Aires, 1978). Edit. Ghersi.

VINEY, Geneviève Jourdain, Patrice, Traité de Droit Civil.Paris, Les effets de la
responsabilité, 2e, (Paris, 2001). Edit. L.G.D.J.

VISINTINI, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, (Buenos Aires, 1999). Edit.
Astrea.

WEBER, Max, El político y el científico, (Buenos Aires, 2003). Edit. Prometeo Libros,

YAGÜEZ, Ricardo de Ángel, Algunas previsiones sobre el futuro de laresponsabilidad
civil (con especial atención a la reparación del daño), (Madrid, 1995). Edit. Civitas.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar.
Sancionar, (Buenos Aires, 2004). Edit. Hammurabi.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, (Buenos Aires, 2003), Ed.
Hammurabi.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M, Resarcimiento de daños, Tomo 4, (Buenos aires, 1999). Edit. Hammurabi.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Sexta edición, (Buenos Aires, 1998). Edit. Sociedad Anónima Comercial, Industrial y Financiera.

ZUBIRI, Xavier, Estructura dinámica de la realidad, (Madrid, 1989). Edit. Alianza

ZUBIRI, Xavier, Estructura dinámica de la realidad, (Madrid, 1989), Edit. Alianza.

ZUBIRI, Xavier, Sobre el hombre, (Madrid, 1986). Edit. Alianza Editorial.

ZUBIRI, Xavier, Sobre la esencia, (Madrid, 1962). Ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones.

b) Especial.

ALFONSO SANCHEZ, Rosalía, Deber y gastos de salvamento en el artículo 17 de la ley de contrato de seguro. Publicado en Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, núm. 27, 2005.

BENITEZ CAORCI, Juan J., La obligación de minimizar el daño. Publicado en RC, S2009 (VI).

CRISCIOLI, Il dovere di mitigare il danno subito. Publicado en Riv. Dir. Civile, I, (1972), 568-9.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, Notas sobre el deber de minimizar el daño. Publicado en Revista Chilena de Derecho Privado, (Santiago, 2005).

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor. En: Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, Medellín, Ed. Diké, 2012.

FUENTES GUIÑEZ, Rodrigo, El deber de evitar o mitigar el daño. Publicado en Revista de derecho de la Universidad de Concepción, (N° 217), año LXXIII, 2005.

GOMEZ CALLE, Esther, La contribución de la víctima a la causación del daño, en Derecho de daños, (Pamplona, 2013). Edit. Thomson Reuters-Aranzadi.

GÚIVAS LORENZO, Heriberto, La doctrina de mitigación de daños vis a vis el derecho constitucional a la libertad de culto, publicado en Revista de derecho puertorriqueño, num. 1, 1999, Pontificio Universidad Católica de Puerto Rico.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Funciones y fines de la responsabilidad civil, en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, t. III , Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

LIZ, Carlos Alberto, VELLA, Liliana A., La agravación del perjuicio por el damnificado, publicado en Revista jurídica argentina LA LEY, 1994 E, Buenos Aires.

LLAMBIAS, Jorge, La culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil, Publicado en JA, Doctrina, 1974-6.

LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado, (Colombia, 2007). Edit. Legis Editores S.A.

MÖLLER, Rehnard, Das Präventiosprinzip des Schadensrechts, (Berlin, 2006). Edit. Duncker & Humlot.

OVIEDO ALBÁN, Jorge, La mitigación de daños en la compraventa internacional de mercaderías”, publicado en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2012.

REIFEGERST, Stéphan, Por une obligatio de minimiser le dommage Puam, París, Ed. PUAM, 2002.

RODRIGUEZ AGUILA, Ramón, Notas sobre el deber de minimizar el daño. Publicado en Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, 2005.

ROSELLO, Carlos, Il danno evitabile, Padova, 1990. Edit. Cedam.

SAN MARTIN, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, (Bogotá, 2012). Edit. Universidad Externado de Colombia.

SAN MARÍN NEIRA, Lilian, La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, [INTERNET], (<http://books.google.com.ar/books?id=xIaks3uPvGIC&pg>), 14/10/13.

SANTA MARIA, Jorge López, Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado, (Bogotá, 2007). Edit. Legis.

SEGUI, Adela, Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental. Publicado en Revista de Derecho ambiental y daño, (Buenos Aires, 2009). Edit. La Ley.

SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en “Anuario de Derecho civil”, t. XI.VIII, enero-marzo 1995.

STHEPHAN, REIFEGERSTE, Pour une obligation de minimiser le dommage, (Marseille, 2002). Edit. Puam.

SUESCÚN MELO, Jorge, La obligación de mitigar los propios daños, (Bogotá, 2003). Edit. Legis.

TRONCOSO, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño, (Paris, 2003). Edit. DSU Droit Civil Paris I.

VENINI, Juan Carlos, El deber de la víctima de mitigar el daño, publicado Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni., 2008.

VINEY, Geneviève, JORDAIN, Patrice, Les effects de la responsabilité, 2°ed., (Paris, 2001). Edit. L.G.D.J.

c) **Documentos:**

Cámara de Los Lores, in re British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd[1912] AC 673.

CNCiv, sala K, 26-6-89, Rep. J.A. 1990-783, sum. 3, y 18-3-91, Rep. J.A. 1991-787, sum.4.

CNCom, sala E, 8-2-88, L.L. 1988-C-404; sala A, 3-6-76, Rep. L.L. XXXVII, 1240.

CCCom. de Bahía Blanca, sala II, 25-9-80, Rep. L.L. XLI, J-Z, 2410, sum. 19.

C.CCom. de Junín, 20-9-88, L.L. 1989-C-614, f.38.097-S.

CNCiv., Sala A, in re Martinetto, Lorenzo L. c. Cortese Hnos. y otros., Agosto 19-963, La Ley t. 113, pag. 215.

CNCiv.. 2°, sala 2°, de La Plata, 07/04/1958, Diario de Jurisprudencia Judicial.

CN.CCom., sala 2°, E.D. 108-365 (no hay otro datos disponibles) citado por VENINI, Juan Carlos, El deber de la víctima de mitigar el daño, Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni,, 2008, pag. 93.

C.C.Com. Azul, sala II, in re “Miñaur de Sabathie, Dora E. c. Trucco, Inés S.”, 09/03/2000.

SC Mendoza, López, Miguel A. c. Gabrielli, María C., sala I, 15/06/2006.

C.N.Civ., sala C, “MAGlione c/ Mafrirano”, L.L. 138-906.

C.N. Com., sala 2da., E.D. 108-365.

C.N. Civ., Sala B, in re Argiró Hnos. c. Abelenda y Gravino, 16 de mayo de 1956.

C.N. Fed. Civ. y Com., sala I, in re Empresa ferrocarriles Argentinos c. Dalmine Siderca, S.A., febrero 14-1984.

C.N.Fed.CCom., Sala II, J.A., 1979-IV-1972.

C.N.Fed.CCom., Sala I, LL, 1986-A, 290 (no hay otros datos disponibles).
Corte de Casación Italiana, in re “Mass. Giur.It.”, 18/02/80, n° 2633, “Foro It”, 1974, t.I,
763.

C.N.Fed.Cont. Adm., Sala III, Boletín Cam. Nac. Fed., 27 IV – 1982, nro. 66).

C.N. Civ., sala K, in re M y otro c. P, A. O., 14/6/2013.

C.Nac.Fed.CCom., sala I, in re “Soto, Lorenzo c. Gobierno nacional (D.G.I.)” Abril 29-
1983.

CNCiv, Sala I, in re “Ferrer, Néstor R. c. Polmet S.A.”, 28/03/93, Ed. La Ley , Tomo1994-
E, pag. 294-299.

C.N.Fed.C.Com., Sala II, J.A., 1979-IV-1972.

C.N.Civ., Sala B, in re Argiró Hnos. c. Abelenda y Gravino, 16 de mayo de 1956.

C.Civ. 2°, sala 2°, de La Plata, 07/04/1958, Diario de Jurisprudencia Judicial.

C.N.Com., sala 2da., E.D. 108-365. Ver análisis de fallo en subtítulo de responsabilidad
contractual civil y comercial en Capítulo I de este trabajo.

CNCiv, Sala I, in re “Ferrer, Néstor R. c. Polmet S.A.”, 28/03/93, Ed. La Ley , Tomo
1994-E.

CNCom., sala B, In re "Hager, Enrique C. c. Lloyds Bank y otro", 24/02/2006, Publicado
en La Ley Online: AR/JUR/589/2006.

CN.CCom., sala 2°, E.D. 108-365 (no hay otros datos disponibles) citado por VENINI, Juan
Carlos, El deber de la víctima de mitigar el daño, Revista de Derecho de Daños - La
prevención del daño, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni,, 2008, pag. 93.

C.N. Fed. Civ. y Com., Sala II, J.A., 1979-IV-1972.

C.N. Com., sala 2da., E.D. 108-365.

C. N. Com., Sala B, in re Argiró Hnos. c. Abelenda y Gravino, 16 de mayo de 1956.

CN.CCom., sala 2º, E.D. 108-365 (no hay otro datos disponibles) citado por VENINI, Juan Carlos, El deber de la víctima de mitigar el daño, Revista de Derecho de Daños - La prevención del daño, Volumen 2, Ed. Rubinzal Culzoni., 2008, pag. 93. Ver análisis de fallo en subtítulo de responsabilidad extracontractual civil y

Corte de Apelaciones de Alemania, 02/09/98, disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.htm].

Corte Federal de Alemania, Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate), NJW, 1994, 1592, 15 de Marzo de 1994, disponible en German and French Legal Materials at University College London.

CIDH., in re Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile (26/11/06), La Cantuta vs. Perú (29/11/06), Boyce y otros vs. Barbados, (20/11/06), Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (24/11/2006).

CIDH, in re Ximenes Lopes vs. Brasil, (04/07/06)

Corte Suprema de Colombia, Sentencia del 19 de junio de 2003, Chambre Civile II.

Corte de Casación Italiana, fallo publicado en Foro it., 12/10/67.

Corte de Casación Italiana, fallo publicado en Mass Giur. It., 13/5/68.

Corte de Casación Italiana, fallo publicado en Resp. Civ. Prev., 17/7/63.

Corte de Casación Italiana, fallo publicado en Mass Giur. It., 18/7/80, n°2589.

Corte de Casación Italiana, fallo publicado en Mass Giur. It., 17/1/59, n° 118, pag. 323.

Corte de Casación Italiana, in re “Giust. Civ.”, 12/04/80, n° 2231, “Mass. Giur.It.”, 1983.

Corte de Casación Italiana, 17/7/63, n° 1957; 14/11/78, n° 5243; 25/3/88, n° 2589.

Corte Suprema de Canada, Janiak vs. Ippolito, 1985, 16 D.L.R. (4th) I (S.C.C.).

Corte Constitucional de Colombia, sent. T-550, 1994 (no hay otros datos disponibles).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, con fecha 16 de Diciembre de 2010, con voto del Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, con fecha 16 de Junio de 2008, Sala Civil.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, con fecha 24 de Junio de 1996, con voto del Dr. Suescún.

Corte Suprema de Estados Unidos, 159 e2D 169 (2ª circ, 1947).

Corte Suprema de Estados Unidos, Booth Tank Co. Symes, 394 P2d 493 (Okla1964).

Corte Suprema de Estados Unidos, Dept. of Human Resources v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

Corte Suprema de Estados Unidos, Montgomery v. Terminal Railroad Association, 392 NE. 2d.

Corte Suprema de los Estados Unidos, Munn v Algee, 924 F 2d 568 (5 Cir. 1991).

Corte Suprema de Estados Unidos, Shebert v. Verner, 374 U.S. 398 (1962).

Corte Suprema de Puerto Rico, Odriozola v. Superior Cosmetic Distr. Corp., 116 D.P.R. 485 (1985); Aponte v. Cortés Express, 101 D.P.R. 305 (1963), Stella v. Municipio de Guayanilla, 76 D.P.R. 783 (1954).

CSJN, Albano c/ Transporte de Buenos Aires s/ liquidación, 23/05/68. E.D. 23-17.

CSJN, in re Constantinides, Teodoro E. c. Adm. Nac. De Aduanas, 24 de Agosto de 1979, JA, 1980-I, pag. 566 y ss.

CSJN, Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional, 26/03/2009 – Fallos: 332:663 –. Publicado en LA LEY, 2009-F, 470.

CSJN, “Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros”. Publicado en: LA LEY, 2006-D, 281, 20/06/2006.

CSJN, Saladeristas Podestá, Bertam Anderson, Ferrer y otros c. Provincia de Buenos Aires, 14/05/1887 – Fallos 31:273 – Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional – Director: Daniel Alberto Sabsay, Ed. LA LEY, 2005.

CSJN, “Santa Coloma”, sentencia del 05.08.1986, Fallos:308:1160. (...) El principio del "alterum non laedere" que tiene raíz constitucional (art. 19, ley fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, que deben afianzar los Tribunales "dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna" (sentencia del 05.08.1986, Fallos:308:1160).

CSJN, in re “Camargo, Martina y otros c. Provincia de San Luis y otra”, publicado en Suplemento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejemplar del 23/4/2003, pag. 70 y ss.

CSJN, in re Nación Argentina (Secretaría de Estado de Justicia) c/ S.A. Las Palmas del Chaco Austral. JA, T. 308, p. 778.

CSJN, “Pérez, Fredy c. Ferrocarriles Argentinos”, publicado en Jurisprudencia Argentina, 1998-III, síntesis.

CSJN., in re “Pinheiro”, Fallos, Tomo: 320 Folio: 2715, 10.12.1997.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACION, Estadísticas en materia de criminalidad, [INTERNET] [consulta: 16 de Agosto de 2013 www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html].

Tribunal Supremo Español, Sentencia del 15 de Noviembre de 1994, citado por SOLER PRESAS, Ana, El deber de mitigar el daño, A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/11/1994, en “Anuario de Derecho civil”, t. XI.VIII, enero-marzo 1995, p. 960.

Tribunal de Arbitramento, convocado por Aguirre Monro Asociados Ltda. y Constructora Tao Ltda., contra Autopistas del CS. A. y Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S. A. – Fideicom Autopistas del Café. Laudo arbitral del 1º de septiembre de 2011..

Tribunal de Arbitramento, Concesionaria Vial de Los Andes S. A., Coviandes S. A. v. Instituto Nacional de Vías, en Laudo Arbitral de 7 de mayo de 2001.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re “Nadal Nicolau, Carlos A. c. Departamento General de Irrigación”, 18/09/2001, Ed. LL Gran Cuyo, 2001-930.
Corte de Casación Italiana, in re “Foro it.”, 12/10/67, n° 2437.

d) Otras publicaciones:

ACIARRI, Hugo, Funciones del derecho de daños y de prevención. Publicado en LA LEY,
04/02/2003.

ALFERILLO, Pascual E., La omisión de usar el cinturón de seguridad como eximente de responsabilidad. Publicado en La Ley Gran Cuyo, Buenos Aires, 2006.

ALTERINI, Atilio Aníbal, Foresight de la responsabilidad civil. Publicado en RCyS, 2010-II, tapa.

ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto M., Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad. Publicado en La Ley 1989-C , 1186.

BERNAL, Mariana, El solidarismo contractual –especial referencia al derecho francés-. Publicado en Revista Universitas, num. 114, Bogotá, julio-diciembre de 2007.

BONFANTE, Scritti giuridici vari, III. Publicado en Riv. Dir. Civile, Torino, Ed. Scuto, 1921.

BRUTTI, Nicola, Danni patrimoniali nella r.c.a. e avoidable losses: i nuovi sintiere del duty to mitigate damages (*). Publicado en Revista Danno e Responsabilitá, Napoli Edit. Ipoa, 2007, SEZ III, 12 Iuglio.

BULYNGIN, Eugenio, Alff Ross y el realismo escandinavo. Publicado en Anuario de Filosofía jurídica y social, (Buenos Aires, 1981). Edit. Abeledo Perrot.

CARNELUTTI, Francesco, Prova testimoniale del pagamento. Publicado en Rivista di Diritto Commerciale, 1922, 2da parte.

COASE, Ronald, “The problema of the social cost”. Publicado en Journal of Law and Economics, vol 3, 1960.

COLAUTTI, Carlos E., La responsabilidad del Estado por actos lícitos. Publicado en LL, 1991-B-709.

COMPAGNUCCI DE CASSO, Rubén, Incumplimiento de un deber legal ¿contractual o extracontractual? Publicado en: LLBA 2005 (febrero) , 15 • DJ 2005-1 , 636.

DE CUPIS, Adriano, Il problema giuridico del ‘quantum respondeatur. Publicado en Rivista di Diritto Civile, 1967.

DERAINS, Yves, L’obligation de minimiser le dommage Dans a jurisprudente arbitrale. Publicado en Revue de droit des affaires internacionales.

FERNANDEZ ZAMORA, Jesús Antonio; La asunción de lo biológico, lo personal y lo moral en la realidad histórica. Publicado en Cuadernos de filosofía latinoamericana, Vol. 29, (N 99), 2008.

GAGLIARDO, Mariano, Significación actual de la responsabilidad civil. Publicado en La Ley, 11/11/2011, 2011-F, 965.

HIGHTON, Elena I., Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar", en "Derecho de Daños en homenaje a Félix Trigo Represas", Buenos Aires, Edit. La Rocca 1993.

Entrevista realizada al Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani. Publicada en Revista Jurídica Labor judicial, edición n° 16, Pergamino, 1/9/2014.

Jornadas Nacionales de Derecho Civil (IX), Conclusiones, Mar del Plata, noviembre de 1983 (no hay otros datos disponibles).

Jornadas Nacionales de Derecho Civil (XXIV), Comisión 3: “Derecho de Daños: Principios de prevención y precaución”, San Miguel de Tucumán, 2011.

JOURDAIN, Patrice, Rapport introductive. Publicado en Fault – il moraliser le droit francais de la reparation du dommage?, 20 de Noviembre, Ed. Petites affiches, 2002, nro. 232.

JUAREZ FERRER, Martín, Las fórmulas indemnizatorias y la reglamentación razonable del derecho a la reparación integral. Criterio jurisprudencial local. Publicado en La Ley On line DT 2011 (diciembre), 3361 • LLC 2011 (diciembre).

LAMMANA GUIÑAZU, Emiliano C., El deber de prevención del daño: acción preventiva: causalidad, en Análisis del Proyecto Civil y Comercial 2012. Publicado en El Derecho - Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina.

LARROUMET, Chistian, Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit francais. Publicado en Gazette du Palais, 16 de Octubre 2008, n ° 290.

LEON, José María, Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil. Publicado en Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge, Salamanca, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2002.

LLAMBIAS, Jorge J., Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes. Publicado en Estudios de Derecho civil, homenaje a Héctor Lafaille, (Buenos Aires, 1986). Edit. De Palma.

LORENZETTI, Ricardo, Análisis económico del derecho. Valoración, crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en el contexto institucional. Publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, tomo 1999 – 21. Derecho y Economía.

LORENZETTI, Ricardo, ¿Cuál es el elemento que une a las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios? --Aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo--. Publicado en La Ley, 1995-E, 1013.

LORENZETTI, Ricardo, La responsabilidad civil. Publicado en La Ley, 2003-A 973.

MESSINETTI, Davide, I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi, e pluralismo della nozione giuridica di danno. Publicado en Rivista criticadi diritto privato, 2006.

MOREA, Adrián, ¿Norma moral es igual a norma jurídica? Publicado en La Ley on line, 24/04/13.

MOREA, Adrián Oscar., La relación de causalidad en el nuevo derecho de daños. Publicado en Microiuris, cita MJ-DOC-6690-AR | MJD6690, 29 de Abril de 2014.

PATIÑO, Héctor, Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual ¿Por

qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Publicado en Revista de Derecho Privado, n° 20, Enero- Julio de 2011, Bogotá, pag. 371- 398.

PEYRANO, Jorge W., Teoría de las cargas probatorias, clase regular de Posgrado de Especialización para la Magistratura, 2010, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, Argentina.

PREVOT, J. M., La Función de la Responsabilidad Civil y los Daños Punitivos. Publicado en Revista de Derechos de Daños, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2011-2.

RODRIGUEZ, Maximiliano, Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. Publicado en Revista de Derecho Privado, Volumen 15, 2008.

SAGÜÉS, María Sofía, El análisis económico del derecho en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de Análisis Económico de Derecho de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Publicado en La Ley: Sup. Const , 01/01/2009, 13 -2009-F, 1114.

SAIDOV, D, Methods Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the international Sale of Goods en Internet, [en línea] December 2001.[consulta: 12 de Agosto de 2013 www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html].

SIMPOSIO, Alternative Compensation Schemes and Tort Theory. Publicado en California Law Review., vol. 73, 1985.

SPOTA, Alberto G., El nexo adecuado de causalidad del daño. Publicado en La Ley, 1984-D- 323.

TAVANO, María Josefina, ¿Qué es el análisis económico del derecho? Publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 1999.

TRIGO REPRESAS, Felix, Presupuestos de la responsabilidad civil. Publicado desde la Academia Nacional de Derecho en el Diario de Responsabilidad Civil y Seguros de La Ley, 2004-249.

VIDAL OLIVARES, Alvaro, La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento. Publicado en Estudios de derecho civil, (Valparaíso, 2008). Edit. Legal Publishing.

VIVES, Luis, La doctrina de los actos propios. Publicado en LA LEY 1987-B.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Función preventiva de daños, publicado en LA LEY
03/10/2011.