



MATIAS MASCITTI

Doctor en Derecho – Universidad de Buenos Aires (UBA)

EL AZAR COMO LÍMITE EN EL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

Para qué llamar caminos a los surcos del azar?
Antonio Machado. (1875-1939)

El hombre tiene mil planes para sí mismo. El azar, sólo uno para cada uno. Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.)

SUMARIO: 1. *El azar y las bases trialistas.* – 2. *La causalidad, el funcionamiento conjectural y la toma de decisión con relación a la previsibilidad.* – 3. *El Derecho privado patrimonial y su tutela de lo predictible.* – 4. *Conclusión.*

1. – Según el Diccionario de la Real Academia Española el azar consiste en 1. m. causalidad, caso fortuito.¹ A su vez, causalidad significa 1. f. combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar.²

El azar es una causalidad presente, teóricamente, en diversos fenómenos que se caracterizan por causas complejas, no lineales y sobre todo que no parecen ser predictibles en todos sus detalles.³

La palabra “azar” viene del árabe zha’r (azahar, en castellano) término éste que designaba a una flor que se pintaba en una de las caras de los dados usados para jugar.⁴ Sin embargo, a lo largo de los siglos la palabra ha sacrificado algo de su sentido lúdico para entrar a formar parte en muchas de las circunstancias de nuestra vida.⁵

¹ <https://dle.rae.es/?id=4dukUoz>, fecha de consulta: 30/5/2019.

² <https://dle.rae.es/?id=7sUUvUU>, fecha de consulta: 30/5/2019.

³ https://es.wikipedia.org/wiki/Azar#cite_ref-1

⁴ Joan COROMINAS, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3era. Ed., Gredos, Madrid, 1987, p. 76.

⁵ Juan SONODA, “Pérdida de chances de curación y sobrevida”, 1999, <http://www.derecho.uba.ar/>



JUS CIVILE

Un mundo azaroso es inquietante pues las eventos parecen ocurrir sin causa aparente. El azar nos resta comodidad, inteligibilidad y quietud. A lo largo de su historia, el hombre se da cuenta del poder del azar y de que su seguridad depende, en gran medida, de acontecimientos fortuitos de enorme gravedad que no puede controlar. Por ello, surge nuestro deseo de controlar al azar, de no sentirnos desamparados ante acontecimientos impredecibles; así la humanidad intenta controlar al azar: ⁶ a) interpretando el azar; b) rindiendo culto a los dioses de la buena suerte; c) jugando con el azar; d) calculando probabilidades y e) rentabilizando el azar.⁷

El azar no es controlado por el Derecho o Mundo jurídico,⁸ que según la Teoría Tri-

publicaciones/lye/revistas/72-73-74/perdida-de-chances-de-curacion-y-sobrevida.pdf, fecha de consulta: 23/5/2019.

⁶ Desde una perspectiva de juridicidad imaginaria, Borges, en el cuento “La lotería en Babilonia”, desarrolla el principio inverso: el azar controla toda la vida social.

El cuento “La lotería en Babilonia”, contiene la exposición de una teoría del azar escondida en un relato autobiográfico de un personaje de ficción. Edgardo GUTIÉRREZ, *Borges y los senderos de la filosofía*, 1era. Ed., Las cuarenta, Bs. As., 2009, p.121. Si la Compañía es la institución que tiene a su cargo la organización de la vida de los babilonios, queda negada toda posibilidad de libertad y de autodeterminación. Si todo se atribuye al azar, éste pasa a ser el orden social y natural. El azar se torna necesario. Donde todo es casual, nada lo es. Beatriz SARLO, *Borges, un escritor en las orillas*, Ariel, Bs. As., 1995, <http://www.borges.pitt.edu/bsol/bse0.php>, 01-04-2015, fecha de consulta: 24/5/2019, Ps. 172, 173 y 174.

⁷ Cuando juegan su papel los grandes números, el azar desaparece en cierto sentido. Y aparece la regularidad, la ley. El azar, aliado con los grandes números, hace aparecer la ley. En esto consiste la fuerza del azar.

Aunque azar y determinismo parecen ideas contrarias, sin embargo de fenómenos puramente aleatorios, como es el movimiento caótico de las partículas de un gas, surge una ley como la segunda de la termodinámica; y a su vez de situaciones perfectamente determinadas puede surgir el azar, como por ejemplo en la rotación terrestre.

Cuando se observan a pequeña escala fenómenos deterministas, el azar muestra su imperio. El azar y el determinismo se manifiestan juntos en nuestro trato con la naturaleza. De lo aleatorio surge lo determinado (la ley de los grandes números) y en lo determinado, a pequeña escala, aparece el azar.

Javier DEL REY, “La fuerza del azar. Entre la probabilidad y la incertidumbre”, 2017, <http://umer.es/wp-content/uploads/2017/03/Cuaderno-99.pdf>, fecha de consulta: 23/5/2019.

⁸ El Derecho flota sobre un océano de contingencias, reglamenta la vida social que es un entramado de ellas. Está plagado de disposiciones, prescribiendo reacciones ante la continua embestida de lo imprevisible. Contingencias que a veces ocurren del modo deseado y otras no, dependiendo de la “suerte”, vocablo que según algunos deriva de “sortes”, pequeñas cuentas de cerámica empleadas en la antigua Roma para adivinar el futuro, por ejemplo en los sortis, mecanismos usados (sorteo) para premiar a los soldados asignándoles lotes de tierra en recompensa por sus servicios; lotes que, aunque podían ser de igual tamaño, no necesariamente lo eran en calidad o ubicación; de las sortes dependía allegarse un buen lote (lotería). Moisés TELIS SANTOYO, “El azar y el Derecho”, en *Homenaje a Miguel Ángel Zamora y Valencia por el Colegio de profesores de Derecho civil*, Facultad de Derecho UNAM, coord. por Ángel Gilberto Adame López, México, 2017, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5040/16.pdf>, fecha de consulta: 24/5/2019.



JUS CIVILE

lista está compuesto por un conjunto de adjudicaciones de potencia e impotencia, o sea de lo que favorece o perjudica al ser, y a la vida en particular (dimensión sociológica), captados, es decir descriptos e integrados, por normas (dimensión normológica), y valorados, las adjudicaciones y las normas, por la justicia (dimensión dikelógica).⁹

Estas adjudicaciones pueden provenir tanto de repartos como de distribuciones. Los primeros son aquéllos que derivan de conductas humanas, en cambio las distribuciones pueden clasificarse, con miras a la naturaleza de la fuerza adjudicataria, en distribuciones de la naturaleza, distribuciones del azar y distribuciones de las influencias humanas difusas. La mayor parte de las distribuciones se debe a la actividad u omisión de la naturaleza. Y en lo tocante al azar, éste puede desarrollarse dentro de la naturaleza o dentro de la esfera humana; existiendo azar humano espontáneo y azar humano provocado.¹⁰

“Las distribuciones dimanantes de la naturaleza forman un orden cuyo modo constitutivo son las leyes de la naturaleza, de cierta manera el plan del gobierno divino.” A su vez, las distribuciones provocadas por el azar parecen no formar ningún orden. Empero, es menester recordar el cálculo de probabilidades que modera tanto las irregularidades de causas deducidas de la experiencia, como de los datos proporcionados por la estadística.¹¹ Por úl-

⁹ Sobre la Teoría Trialista ver, entre otros: Sobre la Teoría Trialista ver, entre otros: Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 4^a. ed., Depalma, Bs. As., 1973; *Ciencia de la Justicia, reimpresión de la 1^o edición*, Editorial Depalma, Bs. As., 1986; “Trialismo Jurídico: Problemas y perspectivas”, en *Separata de Ius et Praxis*, editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, núm. 15, Apostilla de Palomino Manchego José F., Lima, Perú, 1990; “Tridimensionalismo, realismo genético, justicia”, en *LL* 1983-A-, Sec. Doctrina; Miguel A. CIURO CALDANI, *Derecho y Política*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976; *Metodología Dikelógica*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2007; “El Trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en *ED*, t. 126, “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en *Investigación y Docencia*, núm. 32, cit.; “Lugar del Trialismo en la historia del Derecho Natural”, en *Filosofía, Literatura y Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986; Germán J. BIDART CAMPOS, “Epistemología del Derecho en honor de Werner Goldschmidt en sus 70 años”, en *LL* 1980-D, Sec. Doctrina; *Filosofía del Derecho Constitucional*, EDIAR, Bs. As., 1969; “La Teoría trialista del mundo jurídico según Werner Goldschmidt”, *ED*, t. 25; y Matías MASCITTI, *El contrato de viaje turístico organizado, desde una perspectiva trialista*, tesis doctoral aprobada con nota sobresaliente en la Facultad de Derecho de la UBA en el año 2009.

¹⁰ Werner GOLDSCHMIDT, “Las distribuciones y la justicia cósmica”, *ED*, t. 118, Ps. 746 y 747.

¹¹ Los juegos de azar constituyeron los orígenes del cálculo de probabilidades. Francisco J. GIRÓN GONZÁLEZ-TORRE, “Determinismo, caos, azar e incertidumbre”, Real Academia de Ciencias, 2001, <http://www.rac.es/ficheros/doc/00327.pdf>, fecha de consulta: 24/5/2019.

El azar se define como característica de los fenómenos que no tienen ley, fenómenos cuyas causas son demasiado complejas para que podamos preverlas. Sin embargo, a partir de Galileo, Pascal, Fermat, ... Se ha establecido una ciencia cuyo objeto es el estudio de las leyes del azar. Por ejemplo, la primera ley de los grandes números expresa que cuando el número de realizaciones de un experimento aleatorio crece mucho la frecuencia relativa del suceso se va acercando cada vez más hacia un cierto valor. Este valor se denomina



JUS CIVILE

timo, donde no existe orden, es entre las distribuciones causadas por las influencias humanas difusas.

Asimismo, los “cisnes negros” integran la categoría azar. El “cisne negro” es un suceso con tres atributos: rareza, impacto extremo e imprevisible (aunque es de predictividad retrospectiva). Tendemos a actuar como si no existiera. La lógica del “cisne negro” provoca que lo que no sabemos sea más importante que lo que conocemos. La incapacidad de predecir las rarezas implica la imposibilidad de predecir el curso de la historia, dada la incidencia de estos sucesos en la dinámica de los acontecimientos.¹² En base a la imprevisibilidad de los “cisnes negros”, tenemos que amoldarnos a su existencia. Resulta trascendente la búsqueda de “cisnes negros” a través de la serendipidad, llevando al máximo nuestra exposición a ellos, usando – a tal efecto – el método del ensayo y error.¹³ La distinción entre las categorías escalable y no escalable nos permite diferenciar de modo claro entre dos variedades de incertidumbre, o sea, dos tipos de azar; éstos son “extremistán” y “mediocristán”. En la primera, una unidad puede afectar fácilmente al total de forma desproporcionada, aumentando el conocimiento muy despacio y de forma errática con la acumulación de datos. En cambio en “mediocristán”, los sucesos particulares no aportan mucho individualmente, sólo de modo colectivo; así se puede saber a partir de los datos aumenta con mucha rapidez a medida que se acumula la información. “Extremistán” produce “cisnes negros”, por el contrario, en “mediocristán” es imposible encontrarse con la sorpresa de un “cisne negro”.¹⁴ “Extremistán” no siempre implica “cis-

probabilidad del suceso. A su vez, dicha ley dice que es muy poco probable que si efectuamos un número suficientemente grande de experimentos, la frecuencia de un acontecimiento se aparte notablemente de su probabilidad. Santiago FERNÁNDEZ, “Es predecible el azar”, 2013, https://www.unavarra.es/digitalAssets/173/173315_100000Santiago_Fernandez.pdf, fecha de consulta: 24/5/2019.

¹² “El redil platónico es la explosiva línea divisoria donde la mentalidad platónica entra en contacto con la confusa realidad, donde la brecha entre lo que sabemos y lo que pensamos que sabemos se ensancha de forma peligrosa. Es aquí donde aparece el Cisne Negro.” Nassim N. TALEB, *El cisne negro, el impacto de lo altamente improbable*, 1^a edición, Paidós, Bs. As., 2011, Ps. 23, 24, 25, 26 y 33.

¹³ Ídem, p. 27. “El ensayo y error puede metodizarse en diversos grados, el mayor de los cuales es el proceso de conjectura y prueba que se da en la ciencia, en la cual toda nueva conjectura se construye sobre la base del material suministrado por el cuerpo total de conocimientos disponibles, tanto directos, como inferidos.” Mario BUNGE, *Intuición y razón*, 2da. Ed., Debolsillo, Buenos Aires, 2005, Ps. 160 y 161. El sentimiento de justicia se despierta al hilo del método de las variaciones (éste es semejante al del ensayo y error), que consiste en que se varía mentalmente el caso real mediante modificaciones irreales, a fin de averiguar cuáles circunstancias son dikelógicamente importantes y en qué se cifra esta importancia.

¹⁴ a) A “mediocristán” pertenece: la altura, el peso, el consumo de calorías; los ingresos del panadero, de la prostituta o del odontólogo; los beneficios del juego (en el caso de la apuesta constante); los accidentes de tráfico, los índices de mortalidad y el coeficiente intelectual (tal como se mide hoy). b) En cambio corresponde a “extremistán”: la riqueza, los ingresos, las ventas de libros por autor, las citas bibliográficas por



JUS CIVILE

nes negros”. Algunos sucesos pueden ser raros y trascendentales, aunque de algún modo predecibles, sobre todo para los expertos que disponen herramientas para comprenderlos. Estos son los “cisnes grises”, o aleatoriedad mandelbrotiana, comprende el azar que produce fenómenos comúnmente conocidos por los términos de escalable, escala invariable, leyes potenciales, leyes de Pareto-Zipf, ley de Yule, procesos paretianos estables, estable de Levy y leyes fractales.¹⁵ Las ciencias sociales, entre ellos el Derecho, pertenecen a “extremistán”. Se suelen provocar “cisnes negros” en virtud de la falsa comprensión de las cadenas causales políticas. La planificación del gobierno en marcha muchas veces fracasa por el llamado “tunelaje”, es decir por el olvido de las fuentes de incertidumbre ajena al propio plan.

2. – El azar está vinculado a la noción de causalidad ya que precisamente en aquel no son predictibles o previsibles los efectos de determinadas causas.

La causalidad¹⁶ es una categoría básica de la dimensión sociológica del Derecho.

La causa es la suma de condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hacen que siga el consiguiente de toda necesidad.¹⁷

La noción de azar quizás pueda ser construida como ignorancia provocada de la causalidad (juegos de azar), imprevisto (casualidad) o inexistencia de la causalidad.¹⁸ A ve-

autor, la fama, el número de referencias en Google, la población de las ciudades, el uso de las palabras de un idioma, el número de hablantes de una lengua, los daños producidos por un terremoto, las muertes en las guerras, los fallecimientos en atentados terroristas, la propiedad de acciones, los mercados financieros, el precio de los productos, el índice de inflación, los datos económicos. Nassim N. TALEB, *El cisne negro, el impacto de lo altamente improbable*, cit., Ps. 78 a 84.

¹⁵ Ídem, Ps. 83 y 84.

¹⁶ “La mente humana no puede comprender en toda su complejidad las causas de los acontecimientos, pero la necesidad de averiguar esas causas es innata en el corazón del hombre... Si bien los acontecimientos históricos no tienen en realidad otro motivo que el propio principio de toda causa, están dirigidos por leyes que apenas entrevemos y que no alcanzaríamos a descubrir más que a condición de renunciar a ver el móvil de ellas en la voluntad de un sólo hombre, del mismo modo que el conocimiento de la ley del movimiento de los planetas sólo fue posible cuando el hombre rechazó la idea de la inmovilidad de la Tierra.” León TOLSTOI, *Guerra y Paz*, T. II, 1era., ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 2001, p. 497.

Sobre la causalidad ver Ps. 6, 8, 13, 14 y 17.

¹⁷ John S. MILL, *Sistema de lógica inductiva y deductiva*, trad. por Eduardo Ovejero y Maury, 1era. Ed., Ed. Daniel Jorro, Madrid, 1917, p. 332.

¹⁸ En este sentido, “son producto del azar todos los acontecimientos cuya causa es indeterminada. No suceden con un propósito, ni siempre ni la mayoría de las veces, ni en un orden determinado. La propia definición de azar hace evidente su aplicación a estos casos. Son, en cambio, producto de la naturaleza,



JUS CIVILE

ces se incluye la imposibilidad de evitar los sucesos. Es notorio que los juegos de azar constituyen en gran medida repartos sobre distribuciones de ignorancia provocada.¹⁹

Otras categorías básicas de la dimensión sociológica son: la finalidad, existe en referencia objetiva y subjetiva (los sentidos que encontramos o pretendemos en los sucesos), la posibilidad y la realidad. Todas estas categorías son pantónomas (pan = todos, nómos = ley que gobierna), excepto la finalidad subjetiva – que es monónoma – , de modo que podemos abarcarla mediante fraccionamientos productores de certeza. Según las características de las líneas de corte se producen fronteras más o menos permeables o impermeables.²⁰

En principio, el Derecho fracciona a la causalidad evitando el desfraccionamiento de la causalidad provocado por el azar. El fin de aquél se sustenta en fijar las normas en un contexto de certeza que evite la incertidumbre del azar.

En “Tlön, Uqbar, Orbis Tertius”, “La lotería en Babilonia” y “La biblioteca de Babel” hay imágenes de lo social y de un poder consolidado por la arbitrariedad de decisiones incognoscibles o por las fuerzas del mito.²¹ Borges con su juego del azar en la causalidad nos mostró – de modo irónico – nuestra falsa creencia sobre su conocimiento acabado.²²

A su vez, resulta destacable el funcionamiento conjetural del Mundo jurídico, que se caracteriza por contener la predicción de las conductas, no sólo para determinar la eficacia de las normas sino para determinar nuestras actitudes acerca de ellas y también para prevenir o modificar los hechos futuros.²³ Por consiguiente el funcionamiento conjetural

aquellos cuya causa reside en ellos mismos y suceden en un orden determinado, ya que ocurren siempre de una forma establecida.” ARISTÓTELES, *Retórica*, trad. por César I. Rodríguez Mondino, 1era. Ed., Grandifco, Bs. As., 2004, p. 55.

¹⁹ Miguel A. CIURO CALDANI, *Una Teoría trialista del mundo jurídico*, FDER Edita, Rosario, 2019, Ps. 66 y 67.

²⁰ Miguel A. CIURO CALDANI, *Metodología Dikelógica*, cit., p. 111.

²¹ Beatriz SARLO, *Borges, un escritor en las orillas*, cit.

²² La abducción (tipo de pensamiento conjetural que consiste en la adopción provisional de una explicación, con el objetivo de someterla a verificaciones ulteriores) creativa borgeana, puede resultar útil para un adecuado funcionamiento de los despliegues de la juridicidad imaginaria a través del método de las variaciones de los casos para comprender los rasgos relevantes de las soluciones.

Un punto de contacto próximo a la juridicidad imaginaria está en el arte relacionado o relacionable con el Derecho, en especial en el caso de la literatura de “ficción”. Miguel A. CIURO CALDANI, “Tres presencias de las Ciencias ‘Exactas’ en el Derecho: la Contabilidad, la Agrimensura y la Estadística (¿Hacer cosas con números? Nuevamente la relación entre justicia y verdad), 2015, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD48/IyD485.pdf>, fecha de consulta: 25/5/2019.

²³ Ricardo A. GUIBOURG, “La certeza de los criterios”, en *DOXA*, núm. 24, cit., 2001,



JUS CIVILE

trabaja dentro de los límites de la previsibilidad quedando fuera del campo aleatorio.

En sentido general, la conjetura es el “...juicio que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones”. Todo nuestro conocimiento se nutre en gran medida de suposiciones en las que ponemos algo como realidad y la vida jurídica se apoya en ellas de manera permanente. La conjetura se diferencia de lo meramente posible, donde existe en mayor grado la conciencia de que puede o no realizarse. Contiene la afirmación, aunque no del todo cierta, de que algo acaecerá.²⁴ ²⁵ La conjetura es un mecanismo que promueve la transtemporalidad en el mundo jurídico donde el tiempo²⁶ jurídico abarca todo el pasado, todo el presente y todo el porvenir; influyendo, así, unos momentos sobre otros y captados éstos por los protagonistas de otros.

El análisis económico del Derecho (AED) – relevante para el desarrollo del Derecho privado patrimonial – estudia los fenómenos jurídicos sirviéndose de las teorías y las herramientas metodológicas proporcionadas por la economía. Conforme el funcionamiento conjetural del Mundo jurídico, el AED puede cumplir una función predictiva al determinar las consecuencias sociológicas que pueden tener las decisiones normativas jurídicas.²⁷

<http://cervantesvirutal.com/portal/doxa>, fecha de consulta: 10/3/2019.

²⁴ Miguel A. CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas, Metodología jurídica*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000, Ps. 10 y 11. Acerca de la conjetura en el Derecho cabe recordar, v. gr., Gottfried W. LEIBNIZ (1982), “Para una balanza del Derecho que permite apreciar los grados de las pruebas y de las probabilidades”, en *Escritos Filosóficos* (rec.), trad. Roberto Torretti, Tomás E. Zwanck y Ezequiel de Olaso, Charcas, Bs. As., Ps. 370/1.

²⁵ En la vertiente del realismo norteamericano, Holmes, con su profunda comprensión de la dimensión sociológica del Derecho, dijo que “...el objeto de nuestro estudio es;... predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia.” Oliver W. HOLMES, *La senda del Derecho*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1975, p. 15.

²⁶ La figura del tiempo, en Occidente, es históricamente ambigua e intermedia, es pre-filosófica. Ella no es resultado de mitologías primitivas, no proviene directamente de una herencia religiosa sino que tras la descomposición de las antiguas cosmogonías, cuando empieza a hacerse explícito el racionalismo griego y sobre los escombros del mundo olímpico aparecerá entonces la personificación del tiempo. Éste sería el sucesor mitológico de un pensar que comienza a teorizar; su personificación, confiriéndole definitivamente esta función de instancia-sujeto, es ya el hecho de una abstracción. François JULLIEN, *Del tiempo: Elementos de una filosofía de vivir*, Arena libros, Madrid, 2005, p. 82.

²⁷ Asimismo, el AED realiza funciones: normativa (señalar qué decisiones jurídicas deberían adoptarse con el fin de maximizar ciertas preferencias) y explicativa (poner de manifiesto los factores que determinan la forma y el contenido las decisiones jurídicas). Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho”, 2019, <http://www.indret.com/pdf/1465-.pdf>, fecha de consulta: 25/5/2019.

Como contrapunto del análisis económico del Derecho, presentando el análisis jurídico de la Economía desde las categorías trialistas del mundo jurídico ver Matías MASCITTI, “Aporte trialista para el análisis jurídico de la Economía”, <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/2640>, 2016, fecha de consulta: 25/5/2019.



JUS CIVILE

En el Mundo jurídico frecuentemente carecemos de información adecuada para la toma de decisiones. Las opiniones de los destinatarios – es decir los entes que reciben la potencia o impotencia emitida por el reparto – sobre las potencias o impotencias generadas por los repartos reflejados en las normas jurídicas acerca de la probabilidad del acaecimiento de determinados resultados son influidas por la información que tienen disponible. Así, la incertidumbre es el resultado de la información imperfecta. Por consiguiente, los encargados de la creación y de la aplicación de las normas pueden cambiar la información disponible para los destinatarios con vistas a mejorar la previsión de los eventos. Para una adecuada toma de decisión de los planificadores del gobierno en marcha – que son los encargados de señalar quienes son los supremos repartidores y cuales son los criterios supremos de reparto – sobre la modificación de la información disponible de los destinatarios es necesario el conocimiento de los paradigmas culturales vivientes en la nación. Por ejemplo, resulta indispensable conocer que el sector cultural hispánico tradicional y el sector anglo-afrancesado han marcado a fuego la historia de nuestra nación, hallándose en pugna – al igual que sus correlativas visiones del Mundo jurídico – desde los orígenes de nuestra patria.²⁸

En consecuencia, este juego de información brindada a los destinatarios condiciona el alcance de la previsibilidad de las acciones que generan efectos produciendo causalidad.

Las sanciones consisten un mecanismo idóneo para modificar la información disponible. La cuantía de la sanción es una información importante para los destinatarios. Asimismo, los repartidores juegan con la información al crear repartos que reflejan fuentes formales²⁹ que son a veces medios de propaganda que tienden a convencer de lo que se debe hacer, y en otros supuestos son meros espectáculos, es decir, destinados, principalmente a aparentar y no a cumplirse.³⁰ Sin embargo, el uso de dichas herramientas con el fin de conjeturar encuentra dificultades en al menos tres áreas: cuantificación interna del daño, predicción de efectos secundarios e irracionalidad o arbitrariedad.³¹

²⁸ Matías MASCITTI, “Un enfoque interdisciplinario para la toma de decisiones en el mundo jurídico”, 2017, <http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD5210.pdf>, fecha de consulta: 24/5/2019.

²⁹ Dentro de las fuentes reales de las normas, podemos diferenciar las fuentes materiales, que son los repartos mismos, y las fuentes formales, que constituyen autobiografías de los repartos (por ejemplo: la Constitución, la ley, el contrato, etc.). A su lado se ubican las fuentes de fundamentación, que remiten a los valores jurídicos (verbigracia: justicia), y a las fuentes de conocimiento, constituidas por la doctrina.

³⁰ CIURO CALDANI, “Lecciones...”, cit., p. 51.

³¹ Attempts to use this explanatory theory to predict behavior will encounter difficulties in at least



JUS CIVILE

Para comprender la toma de decisiones humana es necesario descomponerla ya que éste es un proceso muy complejo que involucra una gran cantidad de variables y múltiples aspectos.³² Es decir, requiere el mayor desfraccionamiento posible de esos aspectos que constituyen la causalidad.

La función principal del sistema emocional es mantener y actualizar un modelo de nuestro mundo personal que representa lo que en él es normal. Es evidente que estamos predisuestos desde que nacemos a tener impresiones de causalidad que no dependen de razonamientos sobre patrones de causación. Son productos del sistema emocional. El contexto entero ayuda a determinar la interpretación de cada elemento. En ausencia de un contexto explícito, el sistema emocional genera sólo un contexto probable. Cuando no está seguro, el sistema emocional apuesta por una respuesta y a ellas las guía la experiencia. Las reglas de estas apuestas son inteligentes: los acontecimientos recientes y el contexto actual tienen el máximo peso en el momento de optar por una interpretación. Cuando ningún acontecimiento reciente nos viene a la mente, actúan recuerdos más lejanos. El sistema emocional no examina alternativas que rechaza, o simplemente el hecho de que había alternativas.³³

Los desarrollos trialistas han permitido incorporar enseñanzas del tridimensionalismo realiano³⁴ que indican que los repartos se originan en un proceso que abarca el reconocimiento de una realidad fáctica situacional y de un complejo de fines, respecto de los cuales son posibles diversos repartos, entre los cuales se decide alguno y luego se lo efectiviza. Así, reconocimiento, decisión y efectivización son las tres grandes tareas que originan los repartos, resultando, de este modo, enriquecido el planteo con el aporte de la teoría de la decisión. Como vimos, la toma de decisiones es el proceso de escoger una entre varias opciones. Esta opción está estrechamente vinculada con el aprovechamiento

three areas: quantifying internal harm, predicting secondary effects, and irrationality. Joshua MASTERS, “Law and Decision Making: Incorporating Internal Harm into Rational Choice Theory”, in *The journal jurisprudence*, 2009, <http://www.jurisprudence.com.au/juris4/masters.pdf>, fecha de consulta: 29/5/2019.

³² Facundo MANES y Mateo NIRO, *El cerebro argentino. Una manera de pensar, dialogar y hacer un país mejor*, Planeta, Buenos Aires, 2016, p. 267.

³³ Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, 2011, http://www.medicinayarte.com/img/kahneman_daniel_pensar_rapido_pensar_despacio.pdf, fecha de consulta: 20/3/2017

³⁴ Ver Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, 9ºed., Saraiva, São Paulo, 1982; “Fundamentos do Direito”, 2º ed., RT/EUDSP, São Paulo, 1972, *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996, y Werner GOLDSCHMIDT, “Teoría Tridimensional del Derecho, por Miguel Reale”, en *LL*, T. 1980-A, Sec. Bibliografía, p. 1134.



JUS CIVILE

de las oportunidades, con referencia a la cual cabe desenvolver la perspectiva dinámica del Derecho.^{35 36}

Uno de los requisitos más ordinarios que suele plantearse, es la necesidad de reconocer y evaluar en la mayor medida posible el problema y su solución, conjeturando los cursos venideros, con todas las alternativas posibles, e intentando obtener con el menor costo el mayor beneficio. La toma de decisiones requiere experiencia y creatividad y se produce en marcos estratégicos en los que también cabe avanzar en la apreciación del grado de racionalidad o razonabilidad.^{37 38} Las estrategias de razonamiento giran alrededor de objetivos, opciones de acción, predicciones de resultados futuros y planes para la puesta en práctica de objetivos a escalas de tiempo variadas.³⁹ Para tomar una decisión es necesario buscar en el entorno información relevante para resolver el problema en cuestión y sucede que allí siempre existe más información de la que nuestro sistema de pensamiento puede procesar. Los criterios para decidir qué se considera relevante incluir en nuestro recorte o fraccionamiento surgen del marco de referencia. Este marco opera desde un nivel no consciente. Al apoyarnos en ellos existe el riesgo de considerar información accesoria y desconocer información esencial en el proceso de toma de decisión. Es decir que poseemos una evaluación sesgada de la situación.⁴⁰ Por tanto, los sesgos cognitivos – que describen alteraciones en la mente humana que son moderadamente di-

³⁵ Miguel A. CIURO CALDANI, “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el derecho privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en *Investigación y Docencia*, Vol. 33, cit., 2000, Ps. 12 y 13.

³⁶ “Al hilo de la oportunidad, se advierte la importancia de la situación en que ha de encuadrarse la decisión”. CIURO CALDANI, *Derecho...*, cit., Ps. 64 y 65.

³⁷ La razonabilidad, como posibilidad de responder a un punto de vista de razón, depende de lo que se tome como tal. Desde la perspectiva trialista cabe decir que existe razonabilidad: normológica, dikelógica y otra sociológica. CIURO CALDANI, “Aportes para el desenvolvimiento...”, cit., Ps. 10, 11, 13 y 15.

³⁸ Al respecto, Bidart Campos expuso que “...no cabe duda de que es difícil definir, o siquiera conceptuar, qué es lo razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión es sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente... En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hace posible vivenciar la razonabilidad y, su opuesto, la arbitrariedad. La Constitución formal suministra criterios, principios y valoraciones que, integrando su ideología, permiten componer y descubrir en cada caso la regla de razonabilidad. La razonabilidad impuesta por la Constitución en cuanto derecho positivo se extrae del valor justicia o derecho natural.” BIDART CAMPOS, *Manual...*, cit., p. 199.

³⁹ Antonio DAMASIO, *El error de Descartes*, 1^a ed. 4^a reimpr., Drakontos bolsillo, Buenos Aires, 2016, p. 105.

⁴⁰ MANES y NIRO, *El...*, cit., p. 274.



JUS CIVILE

fíciles de eliminar y que llevan a una distorsión de la percepción, a una distorsión cognitiva, a un juicio impreciso o a una interpretación ilógica –⁴¹ constituyen un límite a la racionalidad. Constituyen ejemplos de sesgos cognitivos: nuestras preferencias para las ganancias frente a las pérdidas, aversión a la pérdida, para la recompensa frente al castigo, para el riesgo reducido frente al riesgo elevado,⁴² el efecto anclaje, el efecto halo y el confirmatorio. Los sesgos son una variable a observar por los planificadores del gobierno en marcha para una adecuada regulación social que conlleva el régimen de justicia.

Dentro de las ciencias que intentan controlar al azar, calculando probabilidades e interpretándolo,⁴³ hallamos a la matemática, que contiene a la Teoría de juegos⁴⁴ que es una herramienta útil para estudiar como la gente toma decisiones⁴⁵ cuando estas afectan a los demás y no sólo a ellos, ya que se ocupa de cómo optimizar ese tipo de toma de decisiones y se basa en generar y analizar modelos que simulan interacciones entre dos (o más) partes y en encontrar la estrategia⁴⁶ adecuada para obtener un objetivo determinado.^{47 48}

⁴¹ Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY, “Subjective probability: A judgment of representativeness”, in *Cognitive Psychology*, 1972, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0010028572900163>, fecha de consulta: 20/3/2019.

⁴² DAMASIO, *El...*, cit., Ps. 247 y 248.

⁴³ Ver p. 2.

⁴⁴ El juego como momento de ejercicio desinteresado, que es beneficioso para el cuerpo o, como decían los teólogos quita la tristitia producida por el trabajo, y seguramente agudiza nuestras capacidades intelectuales, si pretende cumplir esta función ha de ser forzosamente un paréntesis. No obstante, todas las civilizaciones han reservado unos días del año para el juego total, período que nosotros llamamos carnaval y que para otras civilizaciones son o han sido otra cosa. Durante el carnaval se juega ininterrumpidamente, pero para que el carnaval sea hermoso y no pesado ha de durar poco. Ahora bien, una de las características de la civilización en que vivimos es la carnavalización total de la vida, ya que siendo criatura lúdicas por definición hemos perdido el sentido de las dimensiones del juego. Umberto ECO, *A paso de cangrejo*, trad. por María Pons Irazazábal, Debate, Bs. As., 2007, Ps. 93 y 96.

⁴⁵ A mediados del siglo veinte, Barnard introdujo el término toma de decisiones del vocabulario de la administración pública al mundo de los negocios. La llamada toma de decisiones al interior de una organización es sólo una onda en una corriente de pensamiento que fluye desde una época en que el hombre, enfrentado a la incertidumbre, buscaba orientación de las estrellas. Primordialmente, procurando respuestas a los interrogantes sobre quién toma las decisiones, y sobre cómo han configurado los sistemas de gobierno, justicia y orden social del mundo. Leigh BUCHANAN y Andrew O'CONNELL, “Uma breve história da tomada de decisão”, 2006, https://www.academia.edu/9158812/UMA_BREVE_HIST%C3%93RIA_DA_TOMADA_DE_DECIS%C3%83O, fecha de consulta: 29/5/2019.

⁴⁶ “Mientras que la estrategia es abstracta y está basada en objetivos a largo plazo, las tácticas son concretas y consisten en seleccionar el movimiento adecuado para cada momento.” Garry KASPAROV, *Cómo la vida imita al ajedrez*, trad. de Montse Roca, 1º ed., Debate, Bs. As., 2007, p. 62.

⁴⁷ Adrián PAENZA, *Matemática... ¿Estás ahí? Episodio 3, 14*, 1º ed., Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2007, Ps. 101 a 108.



JUS CIVILE

Los juegos estudiados por la teoría de juegos están bien definidos por objetos matemáticos. Un juego consiste en un conjunto de jugadores, un conjunto de movimientos (o estrategias) disponible para esos jugadores y una especificación de recompensas para cada combinación de estrategias.⁴⁹

La Teoría de juegos es un instrumento útil para el análisis de la toma de decisiones en la etapa de negociación precontractual, para colaborar en la argumentación jurídica, para la asignación de responsabilidades, para el estudio de la interacción de las conductas en el ámbito de los procesos judiciales, conciliatorios y arbitrales⁵⁰ y para el funcionamiento conjetural del Mundo jurídico.⁵¹

En relación con la dimensión normológica, la función descriptiva que cumplen las normas se desdobra a su vez: a – en una descripción del contenido de la voluntad del autor de la norma, o sea, en una descripción del pasado; b – en una descripción del cumplimiento de esa voluntad, o sea, en una descripción anticipada a modo de pronóstico. La obtención de patrones como consecuencia de la interacción de los actores del juego colabora con la caracterización de fidelidad de la norma (punto a-) y con la identificación de la exactitud de la norma (punto b-) generando mayor certeza dentro del sistema normativo.

3. – Por otra parte, el Derecho privado francés del siglo XIX rechazaba la intrusión del azar dentro del sistema jurídico, y ningún hecho ajeno a la voluntad de las personas era fuente de responsabilidad.⁵²

Vélez Sarsfield, que se basó en el Código Civil Francés, escribe en la nota al artículo

⁴⁸ Un excelente ejemplo del aprendizaje de cómo las tomas de decisiones en el ajedrez pueden emplearse estratégicamente en la vida cotidiana puede verse en KASPAROV Garry, *Cómo la vida imita al ajedrez*, cit.

⁴⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_de_juegos.

⁵⁰ La matemática trata de entes ideales. A través de ella se pueden establecer correspondencias entre formas, por una parte, y las cosas y procesos pertenecientes a cualquier nivel de la realidad, por la otra. Esto explica la paradoja de que, siendo formal, se emplea en la vida cotidiana y en las ciencias fácticas a condición de que se le superponga reglas de correspondencia adecuada. En síntesis, la matemática se vincula con la realidad material por medio del puente del lenguaje, tanto el ordinario como el científico. Mario BUNGE, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1º ed., Debolsillo, Buenos Aires, 2005, Ps. 12, 13, 14 y 15. Así es como resulta posible la vinculación y la posterior integración de la matemática en las distintas dimensiones del mundo jurídico. Matías MASCITTI, “Aportes para la integración de la matemática en el mundo jurídico”, 2012, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=61499&print=1>, fecha de consulta: 27/5/2019.

⁵¹ Ver p. 6.

⁵² Aníbal N. PIAGGIO, “Azar y certeza en el derecho de daños”. *E.D.*, 152-798, 1993.



JUS CIVILE

900 del Código Civil (CC) que no está vigente ya que fue reemplazado por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN): “El elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta, es por eso que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el Derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito”. Así, vemos que para la materialización de la responsabilidad eran imprescindibles dos elementos: a) la existencia de una causa física conocida y b) la atribución de dicha causa a la acción culposa de un individuo.

Se han relajado los límites impuestos por la máxima “no hay responsabilidad sin culpa”. Es así como se pasa de castigar al autor, a resarcir a la víctima, y de resarcir a la víctima, a buscar un criterio justo de distribución de los daños. De este modo se insertan en los distintos ordenamientos, a la par de los tradicionales factores subjetivos de atribución, nuevos factores objetivos basados en el riesgo. Asimismo, aparecen factores de garantía o seguridad, se reconoce a la equidad como fuente de obligaciones, y se introduce el concepto de la “socialización de los daños” mediante la creación de fondos de garantía, e incluso mediante la extensión de seguros. Algunos consideran que la suerte está de vuelta de su exilio jurídico, produciéndose una verdadera “recuperación del azar”.⁵³

Sin embargo, pese al reconocimiento de la influencia del azar en algunas circunstancias del resarcimiento de daños y en los contratos que reconocen el azar provocado (contratos aleatorios), el Derecho brinda certeza en dichos supuestos a través de la asignación de responsabilidad en base al factor de atribución objetivo de responsabilidad⁵⁴ y de la regulación legal de esos contratos, eliminando – así – la nota principal de imprevisibilidad en el otorgamiento de efectos jurídicos en la responsabilidad civil y en el Derecho con-

⁵³ “Lo arbitrario puede resultar meramente aparente si debajo de la superficie voluntarista late el ritmo sistemático de la razón. Me refiero a determinados supuestos en los que la casualidad desempeña el papel de criterio de reparto [...]. En numerosas ocasiones acuden los hombres conscientemente a la causalidad como criterio de reparto porque desesperan de hacer una elección racional [...]. En numerosas circunstancias auténticas dificultades materiales para arribar a soluciones aparentes y profundamente razonables traen como consecuencia una alianza con la causalidad. En otras circunstancias tal alianza se ve motivada por la amenaza de imparcialidad y por ende de injusticia”. Es de este modo como, en perjuicio del principio “no hay responsabilidad sin culpa”, finalmente terminamos soportando cierto azar en nuestro ordenamiento, con el fin de “simplificar el camino que conduce a la reparación”. PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, Alicia M.. “Reflexiones en torno al concepto del azar en una obra clásica: la de Werner Goldschmidt”, E.D., 128-903 y sigs.

⁵⁴ La responsabilidad objetiva sólo se imputa sobre la base del nexo de causalidad, en tanto “en la responsabilidad objetiva, el juicio es puramente tipológico y consiste en determinar si el evento que se ha verificado, pertenezca o no a la serie de eventos que el criterio de imputación adscribe a una determinada esfera del sujeto, por su simple acontecer”. En otros términos, el criterio adoptado es más assertivo que prescriptivo. Guido ALPA, “¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil?”, 2012, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11987/12555>, fecha de consulta: 5/6/2019.



JUS CIVILE

tractual reflejando la frontera que traza el Derecho privado patrimonial excluyendo al azar de su contenido ya que éste tutela los intereses jurídicos en un marco de previsibilidad. A tal efecto, ejemplificaremos empleando los preceptos del CCCN.

Los presupuestos de responsabilidad civil relación causal y la culpabilidad descansan sobre un elemento común: la previsibilidad. La primera presupone la previsibilidad “en abstracto”, según la normalidad de las consecuencias en sí mismas conforme al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 1726 del CCCN), ya que de ese modo resultan previsibles para cualquier hombre corriente.⁵⁵ Por el contrario, la culpabilidad pondera la previsibilidad en concreto de acuerdo con la especial situación del autor en el caso dado, es decir, como está descripto en el art. 1724 del CCCN, con ajuste a las circunstancias de las personas, del tiempo, del lugar y de la naturaleza de la obligación infringida.

A su vez, para determinar la extensión de la relación causal, en primer lugar resulta necesario definir el concepto de causa. El concepto filosófico de autoría de Mill que mencionamos⁵⁶ no es suficiente para el campo jurídico.⁵⁷ “El Derecho toma en cuenta la conducta humana en sociedad en cuanto productora de daños, y sólo computa las condiciones físicas o naturales en tanto y en cuanto pueden modificar o excluir la atribución jurídica de un suceso a una persona concreta.”⁵⁸ Con este fin, en el mundo jurídico se han formulado diversas teorías, v.gr: de la equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non*, de la causa próxima, de la causa preponderante y de la causa eficiente, de la causa adecuada, etc.⁵⁹

En la responsabilidad objetiva, es la relación causal la que gobierna la obligación de resarcir, donde juega únicamente la previsibilidad típica de la causalidad adecuada⁶⁰

⁵⁵ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 198.

⁵⁶ Ver p. 5.

⁵⁷ El derecho no es una física de las acciones humanas. Jorge J. LLAMBÍAS, “El derecho no es una física de las acciones humanas”, *L.L.* 107, p 1018 y ss.

⁵⁸ Félix A. TRIGO REPRESAS, “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva”, *LL*, T. 1979-C, p. 794.

⁵⁹ Para un desarrollo pormenorizado de la cuestión ver, entre otros: Isidoro H. GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Bs. As., 1984; BREBBIA Roberto H., *La relación de causalidad en derecho civil*, Juris, Rosario, 1975; Atilio A. ALTERINI, *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1987; y Hugo A. ACCIARRI, *Relaciones Causales y Derecho de Daños*, tesis doctoral aprobada con nota sobresaliente en la Facultad de Derecho de la UBA en el año 2006.

⁶⁰ La teoría de la causa adecuada tuvo su primer expositor en Von Bar, aunque fue fundamentada recién



JUS CIVILE

apreciada en abstracto, que cumplirá su propio rol indiferente a que se prescinda de la culpabilidad; de ahí que entonces el metro del deber de resarcir sea la relación causal que el Derecho señala como relevante en todos los hechos ilícitos, delitos y cuasidelitos, o sea que la responsabilidad objetiva sólo se extenderá por las consecuencias.⁶¹

No obstante, cuando la obligación incumplida surge de un contrato celebrado paritariamente el art. 1728 CCCN se aparta de la teoría de la causalidad adecuada, pues dispone que en tal caso el deudor únicamente responde por las consecuencias que hayan sido previstas o previsibles para las partes (y no para un hombre medio) al momento en que se celebró el contrato (y no al momento del incumplimiento), con la salvedad de los casos en que haya actuado con dolo.

Así, entre la causalidad adecuada y la regla de la previsibilidad contractual hay diferencias relevantes. En primer lugar, si bien ambas se fundan en lo que era previsible, la primera toma como parámetro al hombre “medio” (apreciación en abstracto), mientras que la segunda se centra en lo que las partes que celebraron el contrato pudieron prever en el caso concreto (apreciación en concreto). En segundo término, la causalidad adecuada pone al intérprete – a fin de determinar si era previsible o no determinada consecuencia – en el momento en que se produjo el hecho ilícito, mientras que, en materia contractual, se toma en cuenta lo que resultaba previsible para las partes al momento de celebrar el negocio, y no el del incumplimiento.⁶²

La regla de la previsibilidad determinada por los contratantes al momento de celebrar el negocio es primordial, pues, en caso contrario – esto es, si el magistrado fijara los alcances del deber de resarcir – las partes reaccionarán fijando precios más altos en cobertura de sus seguridades.⁶³

Asimismo, como se señaló expresamente en los “Fundamentos del Anteproyecto de CCCN”, la regla de la previsibilidad contractual no es aplicable a los contratos de consumo, pues dicha limitación se asienta, justamente, en que las partes han podido negociar libremente los alcances y características de la relación contractual que las vincula, situa-

en 1888 por Von Kries. Parte de un criterio de previsibilidad, recurre a la vida misma y busca en ella lo que de ordinario acontece. A tal efecto, causa es únicamente la condición que “según el curso natural y ordinario de las cosas” (art. 901 del Cód. Civil) es idónea para producir por sí el resultado. Alberto G. SPOTA, “El problema de la causación en la responsabilidad aquiliana”, *JA*, 1942-II, p. 979.

⁶¹ ALTERINI Atilio A., *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil*, cit., Ps. 246 y 247.

⁶² Sebastián PICASSO, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, 3era. Ed. reimpressa, AbeledoPerrot, Bs. As., 2011, p. 233.

⁶³ Ricardo L. LORENZETTI, “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, en *JA*, 25/04/2001, p. 56.



JUS CIVILE

ción que no se presenta en el ámbito protectorio del consumidor.⁶⁴ En este último caso regirán las reglas establecidas en los arts. 1726 y 1727 CCCN.⁶⁵

La revocación por ingratitud de la donación por su condición de ser imprevisible frente a terceros, resulta inoponible a estos (art. 1569 CCCN).

Hay caso fortuito o de fuerza mayor (art. 1730 CCCN) cuando un hecho imprevisible o inevitable, ajeno al presunto responsable, viene a constituirse en la verdadera causa adecuada del daño, y desplaza a la conducta del agente. En tal caso, el sindicado como responsable se exime totalmente de responsabilidad.

Por su parte, en el ámbito de la responsabilidad que nace como consecuencia del incumplimiento de una obligación, el deudor se exonera de responsabilidad acreditando que el caso fortuito ocasionó la imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta, y no imputable al obligado (Art. 1732 CCCN). Aunque un acontecimiento pueda calificarse como imprevisible o inevitable, no será caso fortuito si no reúne también la nota de “ajenidad”, lo cual implica que debe ser “exterior” o ajeno al agente.

Para que el hecho de la víctima desplace totalmente la autoría del agente y se constituya en causa exclusiva del perjuicio, es preciso que reúna los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Es decir, debe tratarse de un hecho imprevisible o inevitable, y exterior al demandado (art. 1730 CCCN). Ello es así por cuanto únicamente el casus rompe totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio.

La imprevisión (art. 1091 CCCN) resulta aplicable a los vínculos contractuales con componente de onerosidad, el que puede verificarse, por ejemplo, en el caso de una donación con cargo, cuando la excesiva onerosidad incide en la posibilidad de cumplimiento del estipulado (art. 1564 CCCN).

De acuerdo a lo regulado en el art. 1091 CCCN, el instituto de la imprevisión solo se aplica a ciertos contratos a título oneroso:

- a) los comutativos de ejecución diferida o permanente; y
- b) los aleatorios, de ejecución diferida o permanente, cuando la excesiva onerosidad resulte de causas ajenas a su alea propia.

Es de aplicación cuando un hecho sobreviniente, imprevisible y extraordinario coloca al

⁶⁴ Ricostruite le tecniche di regolazione del mercato, la protezione dei consumatori tende ad atteggiarsi come ratio e come obiettivo finale anche delle norme che plasmano le competenze delle Autorità. Carmelita CAMARDI, “La protezione dei consumatori tra Diritto Civile e regolazione del mercato. A propósito dei recenti interventi sul Codice del Consumo”, 2013, <http://www.juscivile.it/contributi/18%20-%20Carmelita%20Camardi.pdf>, fecha de consulta: 5/7/2019.

⁶⁵ Ver Ps. 16.



JUS CIVILE

deudor de una obligación de fuente contractual, ajeno a la producción de la circunstancia incidente, ante una gran dificultad para cumplir la prestación convenida, sin llegar a tornar ese cumplimiento imposible, lo que constituiría un caso fortuito, idóneo como tal para extinguir la obligación.^{66 67}

La culpa puede manifestarse como negligencia, imprudencia o impericia (“formas” de la culpa). La negligencia consiste en no prever lo que era previsible o, habiéndolo hecho, no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño. La culpa – a diferencia de lo que ocurre con la relación causal – se aprecia en concreto, sobre la base de la naturaleza de la obligación, y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (1724 CCCN).⁶⁸

El alea propia de un contrato de seguro es la producción de un siniestro comprendido dentro del riesgo previsto⁶⁹ y la de un contrato oneroso de renta vitalicia es el tiempo de vida de la persona tomada como parámetro para la vigencia de obligación de pago de las rentas.

El CCCN regula los contratos de juego y de apuesta en el capítulo 25 del Libro Tercero. Derechos Personales del Título IV. Contratos en particular. “Para que exista juego se

⁶⁶ Gustavo CARAMELO, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo III, 1a ed., infojus, Bs. As., 2015, http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf, fecha de consulta: 24/5/2019.

⁶⁷ Tanto en las fuentes formales, constituyen autobiografías de los repartos (por ejemplo: la Constitución, la ley, el contrato, etc.), de los repartos autónomos, producidos por acuerdo de los interesados, como en aquéllas de los repartos autoritarios, generados por imposición, es necesario pasar de las fuentes formales a las fuentes materiales, que son los repartos mismos, en cuanto resulta preciso para el conocimiento de los repartos en su totalidad. Este pase lo denominamos el salto. Así en el caso de los repartos autónomos, las circunstancias que movilizaron a las partes a cerrar el acuerdo pueden sufrir una alteración profunda e imprevisible; en este supuesto el convenio ha de considerarse periclitado, ya que se supone que un contrato se celebra bajo la condición de que las circunstancias esenciales persistan durante su ejecución (cláusula *rebus sic stantibus*). El salto de las fuentes formales de los repartos autoritarios a las fuentes materiales no constituye ningún fenómeno especial. No obstante, por tratarse en algunos casos de supuestos notorios, y al quedarse desobedecido un mandamiento (ordenanza de carácter general) formal, la doctrina lo enfocó y lo llamó Derecho consuetudinario. GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*..., cit., Ps. 221, 225, 226, y 235.

⁶⁸ A su vez, el art. 1725 del CCCN reza: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.”

⁶⁹ Pour améliorer la connaissance du risque, on ajoute aux données actuarielles des données recueillies dans le cadre de l'utilisation d'Internet, l'assureur tentant toujours de réduire le phénomène du hasard. C'est ainsi que la science a “transformé le sinistre, qui était autrefois au moins partiellement le résultat du hasard, en un phénomène quasi-déterministe”. Jean-Hubert SMITH LACROIX y André BÉLANGER, “Le droit, la statistique et l'assurance”, *RJT*, 2012, p.109.



JUS CIVILE

requiere que el resultado dependa de un evento aleatorio, que puede ser de diversos grados: el sorteo, la habilidad física, la inteligencia”.⁷⁰

Por otra parte, el art. 988 del CCCN define a las cláusulas abusivas en su inc. c) cómo aquéllas que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

En lo tocante a los daños resarcibles, el Derecho evita reconocer efectos jurídicos en base al azar en situaciones que se encuentran en el límite como es el supuesto de la pérdida de chance. Así, esa chance es la probabilidad objetiva cierta – y no la mera posibilidad – de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, a condición de que esa probabilidad – que no es certeza – sea «suficiente», como se la ha señalado en forma reiterada. La probabilidad debe superar el terreno de la conjectura o hipótesis y el requisito de la certidumbre del daño – actual o futuro – se configura en base al acontecer regular de los hechos – el llamado «principio de regularidad» – es decir lo que sucede «según el curso natural y ordinario de las cosas», como lo expresó Vélez Sarsfield en el art. 901 del CC, que hoy se refleja en el art. 1727 del CCCN, que define a las consecuencias inmediatas como aquéllas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas.⁷¹

El actual sistema de responsabilidad civil se enfoca en la prevención del perjuicio como finalidad primordial. Haciéndose eco de esas posturas, el art. 1708 CCCN añade a la función preventiva a la tradicional finalidad resarcitoria del derecho de daños.

La función resarcitoria, ya consagrada en el CC, actúa cuando el daño ya se ha producido, y tiene por fin que el sindicado – como responsable – repare el perjuicio, sea en especie o por equivalente dinerario. Por el contrario, la función preventiva busca actuar con anterioridad a que el perjuicio se produzca, o que, si ya se ha producido, no se agrave.

⁷⁰ Ricardo L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, t. III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, p. 540.

⁷¹ Sobre el tema ver: Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, Ediciones Depalma, Bs. As., 1967, p. 97; S.C.B.A., Ac. 6957, 29/6/65, “Minutta, J. c. Provincia de Buenos Aires. Cobro ordinario”, voto de la mayoría, A. y S., 1965-II-324, LA LEY, 119-394; Jorge MOSSET ITURRASPE, “Frustración de una chance por error en el diagnóstico”, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. IV, p. 73, LA LEY, 1982-D, 475; Néstor P. CAZEAUX, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance” en la obra colectiva *Temas de responsabilidad civil* en Homenaje a Augusto M. Morello, Ed. Platense, La Plata, 1981, p. 28; CS, 8/3/94, «Rodríguez Santorum, Claudio c/Tap. Air Portugal», J.A., 1995-IV-140; CS, 5/8/88, “Santa Coloma Luis y ot. c/Ferrocarriles Argentinos”, E.D., 120-651; p.332; Héctor P. IRIBARNE, *De los daños a las personas*, Ediar, Bs. As., 1993, p. 128; esta Sala, causa 42.469, 26/6/2001, “Cerdeiro, Margarita Azucena c. Municipalidad de Azul s/Indemnización de Daños y Perjuicios”



JUS CIVILE

Los tres sentidos de la prevención de Daños consisten en: a) la adopción de medidas técnicas idóneas para evitar un daño; b) la prevención como función indirecta de la sanción resarcitoria; c) la prevención como sistema de protección diferente de la clásica función resarcitoria llamada “tutela civil inhibitoria”.⁷²

En cuanto a los caracteres de la acción preventiva así consagrada, el art. 1708 CCCN establece que ella procede frente a cualquier acción u omisión antijurídica.

En segundo lugar, para que proceda la acción preventiva debe ser previsible la producción o el agravamiento del daño; por tanto, el sistema de responsabilidad civil actúa “ex ante” teniendo como límite la protección de situaciones azarosas.

Es claro entonces que no será preciso que se haya efectivizado un daño cierto en la esfera jurídica de la víctima, sino que basta la amenaza para que resulte procedente la tutela preventiva.⁷³ Más allá de ello, no es suficiente para justificar la promoción de la acción inhibitoria el mero creer subjetivo de la víctima, sino que es preciso que sea causalmente previsible que el accionar del agente ocasionará un perjuicio a la víctima. Desde el aspecto probatorio, el demandante deberá aportar elementos ajenos a su mera subjetividad que permitan tener por acreditado que existe un riesgo cierto de que el daño se produzca. Las reglas de la teoría de la causalidad adecuada (lo que resulta previsible según el curso normal y ordinario de las cosas) constituirán un importante parámetro para apreciar la probabilidad de que el perjuicio se produzca.

4. – Vivimos inmersos en una era de aceleración histórica, ya que la tecnología contrae el tiempo porque aligera la relación entre medio y fin; y contribuye así, no sólo a una proyección futurista, sino al radical sentido de presente, sin pasado ni futuro, que, de cierto modo, caracteriza a la Posmodernidad.^{74 75} La aceleración del ritmo de creación técnica se atribuye a dos motivos: cada período capitalizó las conquistas de los anteriores, y, a su vez esa base que sirvió para la invención e innovación fue manejada cada vez

⁷² Graciela N. MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, “Prevención de los daños: una tendencia en la responsabilidad civil moderna”, 2007, <http://www.nuevocodigocivil.com/prevencion-de-danos-por-graciela-messina-de-estrella-gutierrez/>, fecha de consulta: 24/5/2019.

⁷³ Ricardo L. LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, en LL 1995-C, p. 1217.

⁷⁴ Miguel A. CIURO CALDANI, “Notas de filosofía de la tecnología”, *Revista de filosofía jurídica y filosofía social*, vol. 20, cit., 1995, Ps. 2 y 3.

⁷⁵ Al respecto, Eco ironiza sobre el relativo progreso que nos ha deparado la revolución tecnológica y sobre el regreso de la historia en algunas situaciones particulares. Umberto ECO, *A paso de cangrejo*, cit.



JUS CIVILE

más por los especialistas y por los expertos. De allí la progresión geométrica que alienta el crecimiento técnico.⁷⁶

En la modernidad líquida, o posmodernidad, se está produciendo un cambio que impacta sobre la condición existencial humana. Dicho cambio es la nueva irrelevancia del espacio, disfrazado como aniquilación del tiempo. “En el universo *software* de los viajes a la velocidad de la luz, el espacio puede recorrerse, literalmente, ‘en una fracción de tiempo’... El espacio ya no limita la acción ni sus efectos, y cuenta muy poco o nada en absoluto.”⁷⁷

La aceleración técnica desarrollada en la posmodernidad provocó el crecimiento exponencial de la tecnología que trae aparejado una exposición a daños en circunstancias novedosas que fueron consideradas imprevisibles en otras épocas; así, situaciones que en otras etapas históricas se podrían haber pensado azarosas hoy quedan dentro del círculo de lo predictable.

Ello no obsta a que las personas sean sujetos pasivos de perjuicios a ser reparados con un cierto grado de imprevisión o azar en relación con determinadas características del evento dañoso, de la víctima y del victimario pero el Derecho otorga certidumbre a través del factor de atribución objetivo de responsabilidad que se impone en virtud de una realidad socioeconómica preestablecida.⁷⁸

Este es un ejemplo de la socialización del Derecho de Daños ya que el Estado, por medio del régimen de justicia paternalista,⁷⁹ interviene promoviendo la justicia social disminuyendo los daños que quedan fuera de la tutela jurídica.

Sin embargo, uno de los objetivos del Derecho privado patrimonial consiste en la

⁷⁶ Graciela N. MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, *La responsabilidad civil en la era tecnológica, tendencias y prospectiva*, 1era. Ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989, p. 30.

⁷⁷ “En la época del *hardware*, de la modernidad pesada... el tiempo era el medio que requería ser cuidadosamente manejado para que los réditos del valor, que eran espaciales, pudieran maximizarse; en la época del *software*, de la modernidad liviana, la eficacia del tiempo como medio de conseguir valor tiende a aproximarse al infinito, con el paradójico efecto de igualar (más bien para abajo) el valor de todas las unidades que conforman el campo de los potenciales objetivos. La pregunta se ha desplazado, pasando de los medios a los fines. Aplicado a la relación tiempo-espacio, esto significa que como todas las partes del espacio pueden alcanzarse en el mismo lapso..., ninguna parte del espacio es privilegiada, ninguna tiene ‘valor especial.’” Zygmunt BAUMAN, *Modernidad Líquida*, trad. de Mirta Rosengerg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru, 6ta. Reimpresión, Fondo de cultura económica, Bs. As., 2006, Ps. 126 y 127.

⁷⁸ Ver p. 12.

⁷⁹ El Régimen para ser justo debe ser humanista, es decir, precisa considerar al hombre como fin, respetándolo en su complejidad pura, con sus caracteres de unicidad, igualdad y comunidad, sobre todo mediante el liberalismo político, la democracia, y la res pública, respectivamente.

La clase de régimen de justicia puede ser intervencionista, es decir, paternalista, o abstencionista.



JUS CIVILE

prevención y reparación de daños injustos con certeza, es decir aquél separa al azar de su universo, evitando adjudicar potencias e impotencias imprevisibles.

Las nuevas tecnologías del siglo XXI podrían invertir la revolución humanista, despojando a los humanos de su autoridad y confiriendo en cambio poderes a algoritmos (conjunto metódico de pasos para una toma de decisión determinada) no humanos. La Biología ha llegado a la conclusión de que los organismos son algoritmos. Así los biólogos desmantelaron el muro que separaba lo orgánico de lo inorgánico; transformaron la revolución informática, que pasó de ser un punto sólo mecánico a un cataclismo biológico y transfirieron la autoridad de los individuos humano a los algoritmos conectados en red.

Los algoritmos más avanzados, al ser interpretaciones matemáticas de los datos obtenidos, no explican la realidad subyacente que los produce. Los artefactos o robots, que funcionan por medio de los algoritmos, presentan cierto grado de autonomía en su funcionamiento, de impredecibilidad, y también cuentan con la capacidad de causar daño físico, lo que abre una nueva etapa en la interacción entre los seres humanos y la tecnología. Esta revolución conlleva nuevos desafíos a los que la regulación existente no da respuesta. La seguridad jurídica es crucial para el propio desarrollo de la tecnología y del mercado de la robótica, que alcanzará los 45 billones de dólares para el año 2020, y desde 2017 a 2020 se instalarán más de dos millones de robots en fábricas de todo el mundo. Las cuestiones de responsabilidad adquieren aquí un papel capital, pues los paradigmas tradicionales no resultan adecuados ante sistemas que modifican su propio código, pueden conducir a soluciones no previstas por ninguna mente humana, y son asimismo objeto de crecientes ciberataques.⁸⁰ Del mismo modo, surgen tres nuevos riesgos: el riesgo de autonomía, que tiene su origen en "decisiones" autónomas tomadas por los agentes de IA, el riesgo de asociación, que se debe a la estrecha cooperación entre las personas y los sistemas más avanzados, y el riesgo de red que se produce cuando los sistemas funcionan en estrecha integración con otros sistemas en la nube.

Se necesita un marco jurídico sólido para acelerar el desarrollo de un mercado avanzado de productos y servicios robóticos y de IA, eliminando incertidumbres y lagunas que podrían actuar como un obstáculo no tecnológico, y para hacer que crezca de acuerdo

⁸⁰ The unpredictable and unknown scenarios (produced for the develop of IT security breaches) constituted elements which are commonly showed by the random effects of some natural disasters; those catastrophic scenarios have been linked with cyber events because they are able to produce "cyber doom scenarios" so-called "digital pearl harbour", "cyber 9/11", "eWMDs", "Cyber Katharina" or "Cyber gaeddon"; all of these, represents the kind of cyber events that are the least predictable and least modelled of the catastrophe events. Jesús J. MUÑOZ, "Cyber Risks: Liability and Insurance", 2019, <http://www.indret.com/pdf/1461.pdf>, fecha de consulta: 30/5/2019.



JUS CIVILE

do con los valores y principios consagrados en el ordenamiento jurídico europeo y en las constituciones de los Estados.⁸¹

A tal fin, resulta necesario considerar la existencia de los cisnes negros como potenciales daños de consecuencias catastróficas para la sociedad causados en el marco de la aceleración tecnológica imperante en la aldea global; por consiguiente, los planificadores del gobierno en marcha deberán adoptar medidas idóneas para evitar el “tunelaje”.⁸²

En consecuencia, será decisivo para el progreso jurídico atender a la regulación del Derecho privado patrimonial sobre el reconocimiento de intereses jurídicos en esta era tecnológica que generará un crecimiento exponencial de daños que hoy podrían ser localizados en el ámbito azaroso.

RESUMEN: *Es una contribución, desde el integrativismo de la perspectiva trialista del mundo jurídico, a la comprensión de los límites del Derecho privado patrimonial que se propone el reconocimiento de intereses jurídicos en un marco de previsibilidad, es decir fuera del campo aleatorio.*

ABSTRACT: *It is a contribution, from the integrativism of the trialist perspective of the juridical world, to the understanding of the limits of private patrimonial law that proposes the recognition of legal interests within a framework of predictability, that is, outside the random field.*

PALABRAS CLAVE: Límites; Derecho privado patrimonial; intereses jurídicos; previsibilidad; Integrativismo; Trialismo; Mundo jurídico.

KEYWORDS: Limits; Private patrimonial law; legal interests; predictability; integrativism, Trialism; Juridical world.

⁸¹ Moisés BARRIO ANDRÉS, “Robótica, inteligencia artificial y Derecho”, 2018, <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b7a72224-1d79-4649-8c51-bc0419e40cd4/ARI103-2018-BarrioAndres-Robotica-inteligencia-artificialderecho.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b7a72224-1d79-4649-8c51-bc0419e40cd4>, fecha de consulta: 30/5/2019.

⁸² Ver Ps. 4 y 5.