

# Manual de derecho de daños extracontractuales

DIEGO M. PAPAYANNIS  
COORDINADOR



Suprema Corte  
de Justicia de la Nación



DERECHOS  
HUMANOS



ESCUELA  
FEDERAL DE  
FORMACIÓN  
JUDICIAL

## Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

K640.113

M368m

Manual de derecho de daños extracontractuales / coordinador Diego M. Papayannis ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.  
1 recurso en línea (xviii, 647 páginas ; 24 cm.)

En la portada: Derechos Humanos; Escuela Federal de Formación Judicial

Material disponible solamente en PDF.

Contenido: Estructura y funciones de la responsabilidad civil / Diego M. Papayannis -- El daño como presupuesto de la responsabilidad civil / Martín Juárez Ferrer -- La culpa / Diego M. Papayannis -- La responsabilidad objetiva / Esteban Pereira Fredes -- El nexo de causalidad / Arturo Bárcena Zubieta y Esteban Pereira Fredes -- Causas de exoneración / Diego M. Papayannis -- La responsabilidad por hecho ajeno / Marian Gilli Saldaña -- La prevención en la responsabilidad civil extracontractual : función, estructura normativa y protección de los derechos / Alexander Vargas Tinoco -- La reparación del daño patrimonial / Martín Juárez Ferrer -- La reparación del daño extrapatrimonial / Diego M. Papayannis y José Ignacio Morales Simón -- La dimensión sancionadora del derecho de daños : los daños punitivos / María Guadalupe Martínez Alles

ISBN 978-607-552-351-4

1. Responsabilidad civil -- Daños y perjuicios -- Manuales -- México 2. Daño 3. Culpa 4. Responsabilidad objetiva 5. Nexo causal 6. Exoneración 7. Responsabilidad civil extracontractual 8. Reparación del daño I. Papayannis, Diego Martín, coordinador II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de presentación III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos  
LC KGF767

Primera edición: diciembre de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc  
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

# Manual de derecho de daños extracontractuales

DIEGO M. PAPAYANNIS  
COORDINADOR

## **Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Ministro Arturo Zaldívar  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat  
*Presidenta*

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá  
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena  
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo  
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

### **Segunda Sala**

Ministra Yasmín Esquivel Mossa  
*Presidenta*

Ministro Luis María Aguilar Morales  
Ministro Javier Laynez Potisek  
Ministra Loretta Ortiz Ahlf  
Ministro Alberto Pérez Dayán

## **Dirección General de Derechos Humanos**

Mtra. Regina Castro Traulsen  
*Directora General*

# Contenido

Presentación.....	XI
Palabras preliminares.....	XV

## Capítulo I

### Estructura y funciones de la responsabilidad civil

<i>Diego M. Papayannis</i> .....	1
I. Introducción.....	3
II. Estructura de la responsabilidad civil.....	5
III. Funciones de la responsabilidad civil.....	47
Bibliografía.....	74

## Capítulo II

### El daño como presupuesto de la responsabilidad civil

<i>Martín Juárez Ferrer</i> .....	89
I. Introducción: concepto.....	91
II. Condiciones del daño resarcible, el interés protegido por el derecho de daños, evolución.....	94
III. Condiciones del daño resarcible, continuación.....	99
IV. Clasificaciones del daño.....	106
V. La repercusión del daño en el ámbito de las lesiones a la integridad física.....	115

VI. Otras cuestiones problemáticas del concepto de daño .....	126
Bibliografía .....	130

### Capítulo III

#### La culpa

<i>Diego M. Papayannis</i> .....	135
I. Introducción.....	137
II. La noción de culpa .....	141
III. Objetividad de la culpa.....	149
IV. Interrelación entre estándares genéricos y específicos .....	164
V. Culpa y convenciones sociales.....	170
VI. Conflictos entre estándares genéricos y específicos .....	176
VII. Valoración de la conducta razonable.....	184
VIII. Variabilidad del estándar aplicable .....	199
IX. Prueba de la culpa .....	212
Bibliografía .....	224

### Capítulo IV

#### La responsabilidad objetiva

<i>Esteban Pereira Fredes</i> .....	235
I. Fundamento y operatividad.....	237
II. Consideraciones particulares .....	242
III. Enumeración de hipótesis legales:	
Código Civil Federal mexicano.....	258
IV. Carácter de la regulación: uniformidad o fragmentación.....	266
Bibliografía .....	267

### Capítulo V

#### El nexa de causalidad

<i>Arturo Bárcena Zubieta y Esteban Pereira Fredes</i> .....	271
I. Introducción.....	273

II. El modelo dominante: la bifurcación de la indagación causal...	275
III. Un modelo alternativo: la unificación de la indagación causal	281
IV. Más allá de los modelos: ¿cómo analizar la causalidad en la responsabilidad civil? .....	295
V. Incertidumbre causal .....	298
Bibliografía .....	305

## Capítulo VI

### Causas de exoneración

<i>Diego M. Papayannis</i> .....	311
I. Introducción.....	313
II. Daño justificado .....	316
III. Culpa de la víctima.....	332
IV. Caso fortuito y hecho de un tercero.....	349
V. A modo de síntesis: el caso fortuito y el hecho de un tercero en el Código Civil Federal de México y en el Código Civil para el Distrito Federal.....	367
Bibliografía .....	369

## Capítulo VII

### La responsabilidad por hecho ajeno

<i>Marian Gilli Saldaña</i> .....	377
I. Introducción.....	379
II. Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil por hecho ajeno .....	382
III. Supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno .....	401
IV. Responsabilidad del Estado por los daños derivados de su actividad administrativa irregular .....	415
V. Seguro de responsabilidad civil.....	424
Bibliografía .....	426

## Capítulo VIII

La prevención en la responsabilidad civil extracontractual.

Función, estructura normativa y protección de los derechos

<i>Alexander Vargas Tinoco</i> .....	437
I. Elementos iniciales para la discusión .....	439
II. La prevención como función del derecho de daños .....	445
III. La prevención en la estructura normativa del derecho de daños.....	456
IV. La prevención como punto concurrente del derecho de daños con otros mecanismos de protección de los derechos ...	469
V. Conclusiones.....	477
Bibliografía .....	479

## Capítulo IX

La reparación del daño patrimonial

<i>Martín Juárez Ferrer</i> .....	489
I. La reparación del daño patrimonial. Nociones generales.....	491
II. Daños a la integridad física y psíquica .....	500
III. Algunas cuestiones problemáticas en la evaluación de los daños a la integridad física o psíquica .....	508
IV. Indemnización por fallecimiento .....	518
V. El paso del tiempo y la indemnización .....	521
Bibliografía .....	525

## Capítulo X

La reparación del daño extrapatrimonial

<i>Diego M. Papayannis y José Ignacio Morales Simón</i> .....	531
I. Introducción.....	533
II. El concepto de daño moral y su plasmación en el derecho mexicano .....	535
III. La justificación de la reparación de los daños morales .....	545

IV. ¿Cómo racionalizar los contornos del daño emocional indemnizable?.....	554
V. Prueba de los daños morales.....	560
VI. Cuantificación del daño moral.....	567
VII. El daño al honor.....	582
Bibliografía .....	593

## Capítulo XI

La dimensión sancionadora del derecho de daños.

Los daños punitivos

<i>María Guadalupe Martínez Alles</i> .....	601
I. Introducción.....	603
II. Fisonomía del debate teórico en torno al moderno derecho de daños .....	606
III. Derecho de daños y sanción .....	612
IV. Deslinde conceptual entre sanción y compensación.....	618
V. Deslinde conceptual entre sanción y disuasión .....	625
VI. Aristas de diseño institucional .....	632
VII. Conclusión.....	638
Bibliografía .....	639



## Presentación

En los últimos diez años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio lugar a un nuevo paradigma a partir del cual el lenguaje del derecho se ha transformado. En esta década se amplió el parámetro de regularidad constitucional, se consignaron herramientas interpretativas novedosas, se estableció la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y recientemente se afirmó la obligación de las y los juzgadores federales de realizar un control oficioso de convencionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento, entre muchos otros logros.

A pesar de estos cambios dramáticos en nuestro sistema, el modelo de formación y capacitación de personal jurisdiccional y los materiales de apoyo se habían mantenido estáticos y no evolucionaron a la par. Por ello, desde el inicio de mi gestión como presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal sostuve la necesidad de consolidar un nuevo perfil de las personas juzgadoras, sustentado en la formación de las competencias y habilidades propias del nuevo paradigma constitucional.

En ese contexto, y teniendo en mente las necesidades formativas de nuestros operadores de justicia, la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte y la Escuela Federal de Formación Judicial diseñaron el proyecto editorial

Manuales de Actuación, dirigido especialmente al personal jurisdiccional. Los Manuales buscan ser verdaderas herramientas didácticas que, por un lado, faciliten la resolución de los casos a la luz de los estándares más actualizados en derechos humanos, y por el otro, contribuyan a la formación especializada en temas esenciales para la impartición de justicia.

Así, los Manuales abordan temas que han sido poco explorados en la formación de las y los impartidores de justicia, aun cuando resultan trascendentales para su labor. Algunos Manuales desarrollan conocimientos transversales a la función jurisdiccional, con independencia de la materia. Otros buscan profundizar sobre temas específicos en diversas materias como penal, civil o laboral.

Cada Manual es coordinado académicamente por una persona experta en el tema. Por su parte, los capítulos son escritos por personas nacionales e internacionales que son cuidadosamente elegidas a partir de su formación y experiencia. El eje rector, en todo momento, ha sido fortalecer la impartición de justicia con herramientas pedagógicas, accesibles y claras, en línea con nuestra visión de una nueva formación judicial.

En ese contexto, me complace presentar el *Manual de derecho de daños extracontractuales*, el cual surge de la necesidad de contar con una herramienta que responda a las dificultades prácticas que esta materia exige en nuestro tiempo.

A partir del reconocimiento de que las maneras en las que las personas podemos ser objeto de daños en la sociedad contemporánea son mucho más complejas y diversas que en cualquier otro momento de la historia, este manual tiene la vocación de ofrecer a las personas juzgadoras una guía que ponga en perspectiva las discusiones académicas y jurisprudenciales más actuales en torno a los presupuestos de la responsabilidad civil y el resto de las reglas que regulan el deber de reparación.

La necesidad de ampliar los materiales de estudio sobre daños extracontractuales parte del reconocimiento de que una responsabilidad civil, bien aplicada, fortalece la seguridad jurídica en una doble dimensión: por una parte, contribuye en

la efectiva protección de los derechos individuales y, por otra abona a la previsibilidad y la estabilidad de las reglas que operan en nuestro sistema jurídico.

En ese contexto, este Manual representa una valiosa herramienta para organizar el pensamiento jurídico en esta área del derecho de manera coherente y conforme con las tendencias más actualizadas en la materia. Aspira, por ello, a ser el material de consulta primario que encauce la tarea judicial dentro de un rango de argumentos admisibles que, aunque no determinen en todos los casos una única solución incontrovertible, tenderán a dotar de cierta uniformidad a las decisiones judiciales en la materia.

A través de sus 11 capítulos este manual ofrece una mirada general sobre la responsabilidad extracontractual, las reglas que la articulan, las funciones que la dogmática le ha atribuido a ésta y se profundiza en el contenido y alcances de los presupuestos en materia de daños y sus factores de atribución.

Con este manual se busca dotar a las personas juzgadoras de herramientas para enfrentarse de mejor manera a los casos complejos relacionados con la causalidad; para apreciar la diversidad del fenómeno del daño con herramientas racionales para su cuantificación, así como para contribuir en el fortalecimiento de la argumentación más adecuada en juicios de responsabilidad extracontractual. Del mismo modo, para determinar el ámbito de la responsabilidad objetiva, cuya importancia es capital para los justiciables y para la sociedad en general, ya que una expansión indebida o mal conducida de dicha responsabilidad puede producir efectos socialmente contraproducentes.

Tengo la certeza de que esta obra contribuirá a una mejor formación en derecho de daños; a un mejor entendimiento de estos temas por parte de las personas juzgadoras y, en consecuencia, en beneficios para las personas que acuden a la justicia en busca del respeto y garantía de sus derechos, no solo en lo que hace a los intereses patrimoniales, sino también a sus intereses extrapatrimoniales como la integridad física o la vida.

Un entendimiento profundo de la responsabilidad de los daños a la luz de los problemas contemporáneos deja claro que un mundo libre de riesgos es inviable.

Con todo, las herramientas que se presentan a lo largo de este Manual ayudarán a entender que los riesgos que se concretan en daños no son, de manera simplificada, un problema individual de quien los sufre y que las personas juzgadoras, a partir del mejor entendimiento de las funciones de disuasión y prevención, en conexión con la función de reparación, pueden contribuir a garantizar un orden social cada vez más respetuoso de los derechos de todas las personas.

**Ministro Arturo Zaldívar**

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*

## Palabras preliminares

La responsabilidad civil es una institución de extrema importancia en la sociedad moderna, pues establece las normas de trato que las personas deben observar en sus relaciones particulares. Cuando estas normas están bien desarrolladas, se genera un contexto adecuado que propicia la interacción social pacífica, productiva y mutuamente ventajosa. Ahora bien, el florecimiento de la cooperación conlleva un incremento del riesgo de dañar a otras personas. El mero hecho de compartir un espacio-tiempo y de que nuestros intereses tiendan a entrar en conflicto hace que debamos tolerar las consecuencias negativas de una cantidad no trivial de interacciones dañosas. En parte, la responsabilidad civil ha de procurar que las interacciones entre las y los particulares sean respetuosas de los derechos ajenos, y que la cantidad y la gravedad de los accidentes sea razonable, es decir, no superior a lo que resulta necesario para el mantenimiento del esquema de cooperación que da forma a nuestra vida en comunidad. La sociedad moderna se ha sofisticado enormemente en lo que hace a los métodos de producción de bienes y servicios, y a las modalidades de relación social. Ello ha fortalecido en muchos aspectos los lazos interpersonales, pero como corolario ha introducido nuevas fuentes de vulnerabilidad individual. Las maneras en que podemos ser dañados en la sociedad actual son mucho más complejas y diversas que en cualquier momento anterior de la historia. El impacto de las nuevas tecnologías, en este sentido, es innegable.

A la luz de estas consideraciones pueden comprenderse las múltiples funciones desempeñadas por la responsabilidad civil y, por consiguiente, su valor

institucional. Antes de la producción del daño, las reglas de la responsabilidad civil orientan a las personas a ajustar su conducta a un conjunto de estándares de diligencia que tienen el propósito de mantener los riesgos en un nivel colectivamente aceptable. Asimismo, conforme con los desarrollos más actuales, las potenciales víctimas están legitimadas en ciertas circunstancias para ejercer acciones preventivas, a fin de impedir que el daño llegue a producirse. De este modo, se minimizan los efectos negativos de la interacción social, la cual generalmente es beneficiosa para todas las personas.

Una vez producido el daño, la responsabilidad civil ofrece una serie de remedios jurídicos que pretenden, en primer término, reparar o compensar el perjuicio sufrido por la víctima en la medida de lo posible. La urgencia de ofrecer una adecuada compensación a las víctimas no puede ser exagerada. Un mundo en el cual la víctima deba soportar los daños que sufre, con independencia de quién lo haya causado y en qué circunstancias, es un mundo en el cual no es posible la confianza en el otro, lo que termina por socavar las bases sociales de la interacción valiosa.

En segundo término, la responsabilidad civil contribuye a otros objetivos, tales como la disuasión de daños ineficientes o, en algunos casos muy específicos, la sanción de conductas que evidencian un grave desprecio por los derechos ajenos. Ninguna de estas funciones —salvo esta última y con un alcance distinto— puede ser lograda de manera eficaz, ni significativa por otras instituciones —dígase, el derecho penal o el derecho administrativo—. La responsabilidad civil debe coordinarse adecuadamente con estas áreas del derecho, porque no puede ser reemplazada perfectamente por ellas.

Pese a todo, en muchos países —y este es probablemente el caso del derecho mexicano— la responsabilidad civil está infra teorizada, pues se publican pocos textos sobre la materia. Por tanto, las y los operadores jurídicos —personas juzgadoras y abogadas— difícilmente puedan apreciar la importancia de su contribución al entramado social. La formación que hoy en día ofrecen las facultades de derecho, las escuelas judiciales o los colegios de abogacía es manifiestamente escasa, pues presentan la responsabilidad civil como si fuera apenas un área de menor importancia en el ámbito más amplio de las obligaciones. Todo esto lleva

a una infrautilización de la responsabilidad civil y, por consiguiente, al empleo de otros mecanismos de carácter coactivo más severo, como el derecho penal, para gestionar asuntos que tienen fundamentalmente una dimensión privada.

Corregir este déficit es de capital importancia en la actualidad, ya que una buena regulación y administración de justicia en materia de responsabilidad civil es esencial para mejorar la calidad de vida de las personas. Ello redundará en una más efectiva protección de los derechos de los ciudadanos, no solo en lo que hace a sus intereses patrimoniales, sino también a los extrapatrimoniales —como la integridad física o la vida—; pero también sirve para fortalecer la seguridad jurídica, en su aspecto relacionado con la estabilidad de las reglas de trato interpersonal y la previsibilidad de las consecuencias derivadas de su infracción. Un esquema que brinde certezas a este respecto potencia significativamente la autonomía individual, permitiendo a las personas planificar su vida sin estar sujetas al ejercicio arbitrario o simplemente desorganizado de la autoridad estatal.

Este manual no pretende ofrecer una descripción exhaustiva del derecho mexicano, las opiniones doctrinales o las tendencias jurisprudenciales. Intenta, en cambio, sentar las bases conceptuales necesarias para que la operadora y el operador jurídico puedan analizar y decidir correctamente un caso de responsabilidad civil. Esto no quiere decir que en la obra se ignora la normativa mexicana; al contrario, en algunos capítulos se profundiza bastante en ella. Pero el foco de atención se posa principalmente sobre los patrones de razonamiento y argumentación que permiten fundar un juicio de responsabilidad. En ciertos temas espinosos, como lo son la determinación de la culpa a la luz de estándares de razonabilidad, la asignación de responsabilidades entre varios intervinientes, o la cuantificación del daño corporal y del daño moral, el manual no puede brindar un criterio para llegar a una única conclusión. Sin embargo, sí ofrece herramientas para que la decisión que se adopte no sea arbitraria. De esta manera, se reduce el margen de incertidumbre y, por lo tanto, se disipa el halo de desconfianza que suele aparecer en estos casos reflejado en la opinión de muchas personas juristas.

Es importante hacer la siguiente advertencia. En algunos temas, el manual hace una invitación al pensamiento más bien abstracto. Entre las y los autores hemos discutido esta cuestión y hemos optado por no eludir los desarrollos puramente

conceptuales allí donde fuesen necesarios, porque creemos que no hay nada más práctico que contar con una buena teoría de base. En efecto, explicar las opiniones doctrinales usuales en cada tema serviría de poco al propósito de mejorar la práctica de la responsabilidad civil. Por lo anterior, se ha decidido tratar los temas habituales, como los presupuestos de la responsabilidad civil, en los capítulos II a V; las causales de exoneración, en el capítulo VI; la responsabilidad por hechos ajenos, en el capítulo VII; los remedios indemnizatorios, en los capítulos IX y X; y otros menos comunes, como el aspecto preventivo, en el capítulo VIII; y los daños punitivos, en el capítulo final por su relevancia actual; pero siempre a la luz del marco teórico establecido en el capítulo I.

Este capítulo inicial presenta una panorámica de los temas del manual y los relaciona con una teoría de la justicia interpersonal y las funciones de la responsabilidad civil. Solo teniendo ese marco de referencia puede elaborarse un aparato conceptual dogmático consistente. A la vez, ha sido este el criterio para optar por distintas alternativas allí donde la dogmática civilista discrepa de modo pronunciado y sostenido a lo largo del tiempo. Entre las distintas posiciones teóricas, nos hemos inclinado por defender las que sean consistentes con la visión de la responsabilidad civil que se expone en el capítulo de apertura. Esta estrategia se basa en el convencimiento de que, también, al tomar decisiones en casos controvertidos, las juezas y los jueces podrán echar mano a esta concepción de la responsabilidad civil para encontrar una solución plausible y, en todo caso, bien fundamentada. Al menos, esta es nuestra aspiración.

Por último, quisiera agradecer a la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a la Escuela Federal de Formación Judicial por el honor que me han concedido al encomendarme la coordinación de este manual y por el apoyo incondicional que he recibido durante todo el proceso. Espero que el resultado final satisfaga las expectativas iniciales y, de esa forma, contribuya en la estrategia general implementada para mejorar la administración de justicia en México.

**Diego M. Papayannis**  
*Coordinador*

# Estructura y funciones de la responsabilidad civil

Diego M. Papayannis\*

\* Doctor en derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Serra Hünter e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica Universidad de Girona (España).

**Estructura y funciones de la responsabilidad civil.** I. Introducción; II. Estructura de la responsabilidad civil; III. Funciones de la responsabilidad civil.

## I. Introducción

El debate contemporáneo en materia de responsabilidad civil está marcado por un notorio desacuerdo respecto de las funciones, propósitos o fines que se persiguen o pueden perseguirse mediante esta institución. En parte, la discusión es compleja porque quienes participan de ella se adhieren a una amplia variedad de presupuestos filosóficos divergentes. Así, de acuerdo con algunas posturas teóricas, el derecho es un instrumento para perseguir cualquier propósito que se juzgue socialmente conveniente;<sup>1</sup> otras, sin embargo, rechazan enérgicamente esta tesis, pues consideran que esta aproximación, que llaman “instrumentalista”, distorsiona seriamente el objeto de estudio. La responsabilidad civil no puede ser comprendida apelando a objetivos que le son ajenos; tiene su propia *lógica interna* o inmanente y solo desde allí puede ser comprendida.<sup>2</sup>

Paralelamente, hay quienes se enrolan en un *monismo* teórico, en tanto aprecian en la responsabilidad civil un único objetivo capaz de presentar la práctica como

---

<sup>1</sup> Calabresi, *The costs of accidents: a legal and economic analysis*, pp. 14 y ss; Calabresi, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, p. 125; Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism, and Distributive Justice*, pp. 14 y ss.; y Papayannis, “Internismo y externismo en el derecho privado”, en *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, pp. 442 y ss.

<sup>2</sup> Weinrib, *The Idea of Private Law*, pp. 18 y ss.

un todo coherente.<sup>3</sup> Y también están quienes, en contraste, defienden el *pluralismo*. Creen que la responsabilidad civil no se conforma, ni puede hacerlo, con un único principio que le dé uniformidad, porque en ella confluye un conjunto de intereses sociales de difícil conciliación. Es importante responsabilizar a las personas por los daños que causan —o que sufren por una causa que les es imputable—, aunque también nos preocupan los efectos devastadores que los accidentes puedan tener en la vida de esas personas. Tampoco querríamos normas de responsabilidad civil que incrementasen demasiado la cantidad y la gravedad de los accidentes; es decir, aspiramos a la vez a responsabilizar, compensar y disuadir de manera óptima, solo por mencionar algunos fines bien reconocidos en la literatura, y es perfectamente posible que ciertas normas favorezcan un objetivo a costa de relegar otros. De allí que la práctica en su conjunto parece plasmar una gran solución de compromiso en la cual puede advertirse la presencia de diversos principios, sin que ninguno de ellos sea plenamente dominante.<sup>4</sup> Más bien, se consolidan tendencias en determinados momentos, pero no una solución estable a lo largo del tiempo.

Para completar el panorama, un tercer grupo teórico adopta una posición intermedia. Quienes se adscriben a este son pluralistas, pero creen que la práctica expresa de manera consistente un combinado de valores o principios. Jules L. Coleman, por ejemplo, ha defendido que la responsabilidad civil, en su núcleo, obedece a la llamada *justicia correctiva*, que, como se verá más adelante, consiste en hacer justicia entre los particulares. Ahora bien, en torno a la justicia correctiva existe un conjunto no menor de casos que no pueden ser explicados por este principio, sino por la eficiencia.<sup>5</sup> También desde un pluralismo teórico, he defendido en varios trabajos que la responsabilidad civil tiene un aspecto relacionado con la justicia interpersonal y otro, lógicamente anterior, vinculado con la justicia distributiva.<sup>6</sup> Más adelante volveré sobre esto.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Entre los monistas hay autores no instrumentalistas, como Weinrib —*op. cit.*— o Ripstein —*Private wrongs*—, e instrumentalistas, como Posner —*Economic Analysis of Law*, pp. 30-31— y parte de la escuela del análisis económico del derecho.

<sup>4</sup> Englard, “The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law”, en *Philosophical Foundations of Tort Law*, pp. 185-195.

<sup>5</sup> Coleman, *Risks and Wrongs*, pp. 242, 348 y 349.

<sup>6</sup> Papayannis, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, pp. 286 y ss.

<sup>7</sup> En el apartado III.4.

No puedo profundizar en esta discusión aquí, pues ello requeriría incorporar muchos otros matices que todavía no he mencionado y una extensión de texto muy considerable. En su lugar, me propongo trazar algunas líneas útiles para el análisis de la responsabilidad civil. Si tengo éxito en la propuesta, quien lea estas páginas contará con una guía confiable para evitar perderse en un sinfín de discusiones que muchas veces no resultan del todo productivas. En lo que sigue, estructuraré la exposición en dos partes. En la primera espero ofrecer una descripción general, pero precisa, de las normas usuales que conforman la responsabilidad civil, comenzando por sus presupuestos básicos. Sin acordar sobre esta descripción, sería muy difícil avanzar sobre el debate de las funciones o propósitos de la responsabilidad civil. No se trata de hacer un catálogo exhaustivo, que abarque todos los tipos de normas que forman o pueden formar parte de la responsabilidad civil, sino uno suficientemente ilustrativo del tipo de práctica que es. En la segunda parte, me abocaré al estudio de las distintas funciones. Como se verá, al igual que existe un conjunto de normas que son necesarias y distintivas en la responsabilidad civil, hay una función que también tiene ese mismo carácter y da coherencia a ese conjunto de normas. Este ejercicio no es puramente teórico. Conocer la estructura general de la responsabilidad civil, así como sus funciones, es fundamental para que las operadoras y los operadores jurídicos puedan desenvolverse con cierta solvencia al pensar y argumentar un caso de responsabilidad civil.

## II. Estructura de la responsabilidad civil

Antes de describir las normas más usuales, conviene contextualizar un poco nuestro objeto de estudio. ¿Qué problemas aborda la responsabilidad civil? ¿En qué se distingue de otros tipos de responsabilidad, como la responsabilidad penal? ¿Cuál es su modo característico de operar?

Expresado en una línea, la responsabilidad civil regula las interacciones entre particulares. Tal vez lo que más ha llamado la atención de quienes teorizan sobre esta materia es la regulación de las interacciones *dañosas*, es decir, aquellas en las cuales una persona perjudica los intereses de otra obrando de manera contraria a los términos que el derecho establece para sus relaciones mutuas. Ante la

producción del daño, el derecho pone a disposición de la víctima un remedio indemnizatorio.<sup>8</sup> Pese a la prominencia de este remedio en el tratamiento doctrinal, la responsabilidad civil no es solo una institución remedial o reparadora. En otros trabajos he argumentado que la responsabilidad civil tiene un aspecto regulador y otro reparador. En su aspecto regulador, prescribe a las partes el respeto de los términos equitativos de interacción. Para ello, la responsabilidad civil se nutre de normas que no provienen exclusivamente del derecho privado. Así, las normas sobre producción y comercialización de bienes y servicios, que incluyen algunas de origen administrativo, pueden ser relevantes si como consecuencia de su inobservancia o de su observancia deficiente se causa un daño a una consumidora o consumidor. Lo más habitual será que la responsabilidad civil incorpore en el análisis normas de diversa índole, en la medida en que sean relevantes para conformar el marco de interacción que rige a las partes. Cuando falla este aspecto regulador, interviene la responsabilidad como respuesta, para ofrecer un mecanismo subsanador del incumplimiento previo.<sup>9</sup>

Esto también es claro en el caso de los intercambios contractuales, en los que —a diferencia de la responsabilidad extracontractual— el marco de interacción es definido en buena medida por las partes haciendo uso de las reglas del derecho contractual, que les confiere la potestad de dictarse sus propias normas. Naturalmente, las reglas establecidas en el contrato se integran con otras de orden público. Ello implica que la única diferencia con la responsabilidad extracontractual es que en las relaciones contractuales aquello que cuenta como “interacción injusta” —o “daño injusto”— está definido mayormente, mas no de manera exclusiva, por el acuerdo al que hayan llegado las partes. Una vez definido el marco de interacción, es decir, los derechos y deberes recíprocos que rigen su relación, la responsabilidad civil orienta a las partes a respetarlos y, con carácter subsidiario, dispone un remedio para el caso en que los derechos sean vulnerados y, por correlación, los deberes sean infringidos.

---

<sup>8</sup> Más adelante me referiré a ello, pero algunos ordenamientos incluyen remedios variados, como los daños punitivos, las disculpas u otro tipo de actos simbólicos. De momento, conviene centrarse en el remedio más característico, que es la indemnización.

<sup>9</sup> Sheinman, “Tort Law and Corrective Justice”, en *Law and Philosophy*, pp. 68-69.

El remedio, no obstante, evidencia un primer fracaso de la ordenación civil, ya que la interacción social óptima es aquella pacífica, productiva, en la que los derechos y deberes de las partes son respetados, y no la que requiere la intervención de los mecanismos jurídicos para reparar aquello que hubiese sido mejor que nunca resultase perjudicado.<sup>10</sup> Un segundo fracaso sistémico se produce cuando la instancia remedial, aquella en la cual una parte exige a la otra una adecuada compensación de los daños sufridos, por alguna razón, no logra concretarse.<sup>11</sup>

Es interesante observar que no todo perjuicio que una parte cause a otra constituye una injusticia interpersonal que merezca una respuesta del derecho. Solo son injustas las interacciones que se producen en violación de los términos establecidos. Una persona puede descuidar sus deberes de amistad con otra y causarle de ese modo un grave sufrimiento emocional. En la medida en que el derecho no incorpore un deber de no causar esos daños en las relaciones de amistad, entonces ese daño no será jurídicamente relevante y, por tanto, la víctima no podrá reclamar una compensación. El contenido que define la injusticia de la interacción y del daño sufrido por la víctima depende de lo establecido en el derecho y, por ello, es contingente. Esto significa que puede cambiar de jurisdicción en jurisdicción y también en una misma jurisdicción a lo largo del tiempo. En Argentina, por ejemplo, el nuevo Código Civil y Comercial, de 2015, dispuso que el deber de fidelidad en el matrimonio es puramente moral. Esto ha generado grandes discusiones doctrinales, aunque existe cierto consenso en que la norma impide exigir sin más el cumplimiento del deber de fidelidad y, por consiguiente, reclamar daños al cónyuge que lo incumpla. De ese modo, la legislación modificó el ámbito de las interacciones injustas, puesto que antes de la reforma existía juris-

---

<sup>10</sup> Esto implica que, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el mundo normativamente ideal, en que existe una plena conformidad del mundo a lo dispuesto por las normas jurídicas, es el mundo en el cual no se produce el daño. El mundo en el cual se reparan los daños que ocurren es subóptimo y, por último, el mundo en el cual no se reparan los daños injustos es normativamente defectuoso. V. Papayannis, *El derecho privado como cuestión pública*, pp. 74 y ss.; Papayannis, “La práctica del *alterum non laedere*”, *Isonomía*, pp. 39 y ss.

<sup>11</sup> Sobre las distintas fuentes de fracaso, V. el apartado III.1.

prudencia que, atendiendo a las circunstancias del caso, hacía indemnizable el daño moral sufrido por actos de infidelidad.<sup>12</sup>

Lo que aquí deseo resaltar es el carácter *contingente* de lo que cuenta como daño injusto o interacción injusta en la práctica de la responsabilidad civil. Es probable que la infidelidad siga constituyendo el incumplimiento de un deber moral, pero no todo lo que es moralmente incorrecto satisface los méritos para ser exigible jurídicamente. Es evidente entonces que, cuando hablo de “términos *equitativos* de interacción”, no me comprometo con que todos los términos establecidos por el derecho sean ideales o justos, pero sí con que lo son desde el punto de vista jurídico.<sup>13</sup> Es decir, el ordenamiento jurídico expresa una visión sobre lo que cuenta como una interacción justa, correcta, deseable o provechosa, y qué tipo de interacciones son injustas, incorrectas, indeseables o perniciosas.

Otro tema que merece atención es la forma en que la responsabilidad civil reacciona ante la injusticia. Lo hace, como ya se ha dicho, ofreciendo un remedio indemnizatorio. Sin embargo, en sentido estricto, el remedio es una acción —no directamente una indemnización compulsiva— a favor de la víctima de la interacción injusta.<sup>14</sup> El remedio permite a la víctima reclamar un resarcimiento al agente dañador, *si así lo desea*.<sup>15</sup> A diferencia de otras responsabilidades, como la penal, la aplicación del remedio no es imperativa. La víctima está facultada a sujetar a la otra parte a responsabilidad; no está obligada a hacerlo, ni puede el Estado instar acción compensatoria alguna si la víctima no lo desea. Esto significa que la víctima cuenta con el apoyo del poder coercitivo del Estado a fin de procurarse una reparación por el daño que le ha sido injustamente infligido. En cambio, en el derecho penal, la acción es normalmente pública, e independiente de la voluntad de la víctima.<sup>16</sup> Ese contraste se explica porque el derecho

---

<sup>12</sup> V. en general, Papayannis, “El deber de fidelidad en las relaciones conyugales”, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*.

<sup>13</sup> Raz, *The Authority of Law: Essays on law and morality*, pp. 139 y ss.; Shapiro, *Legality*, pp. 184 y ss.

<sup>14</sup> Smith, “Duties, Liabilities, and Damages”, *Harvard Law Review*, pp. 1741 y ss.

<sup>15</sup> Goldberg y Zipursky, *Recognizing Wrongs*, pp. 37-38.

<sup>16</sup> A pesar de ello, suelen establecerse algunas excepciones en lo que hace a ciertos delitos que la ley califica como de “acción privada”. Estos son típicamente delitos en los cuales el interés público en su represión es menor. También existen otros delitos que son de acción pública pero que están condicionados

penal, al menos idealmente, se centra en conductas que afectan intereses que, de manera evidente, desbordan el interés individual de la persona dañada. Los casos más notables son aquellos en que todas las personas pueden ser consideradas víctimas. Un delito de corrupción, por ejemplo, no afecta necesariamente a una persona en concreto que esté legitimada para iniciar la acción. Por ello, el impulso de la acción es responsabilidad del Ministerio Fiscal. El interés que se intenta proteger es público de manera paradigmática.

Esto, sin embargo, no debe conducir a equívocos. No existe una distinción conceptual entre el tipo de actos que es apropiado sujetar al derecho penal y aquellos que son más convenientemente regulados por el derecho civil en exclusiva. El robo, el daño, las lesiones culposas o la estafa, por mencionar algunos delitos, son tipos de acciones perjudiciales sobre las que sin duda existe un interés público en que sean disuadidas, castigadas o, dicho en general, reprimidas, pero de manera patente afectan los intereses *particulares* de una persona en concreto.

Aun así, adviértase que lo que podríamos llamar *injusticias relacionales* o *injustos privados*<sup>17</sup> no es objeto exclusivo del derecho de la responsabilidad civil. Los delitos penales recién mencionados tienen *la misma estructura* que los injustos relacionales, puesto que en cada uno de ellos es verdad que un individuo (Axileas) tiene el deber de no hacer algo ( $\Phi$ ) a otra persona (Perséfone) y lo hace. La diferencia está en el tratamiento que cada área del derecho da a estos injustos relacionales y las razones que hay detrás de ese tratamiento diferenciado. En la medida en que la afectación del interés tenga una trascendencia pública significativa, el derecho penal estará legitimado para intervenir e intentar reprimir la conducta en cuestión. El daño que Axileas causa a Perséfone es una injusticia porque Axileas tenía el deber de no causarle ese daño. Pero es incluido como delito si, y solo si,

---

a un primer impulso privado. Por lo general, se trata de delitos en los que la apertura del proceso podría implicar un riesgo de revictimización o alguna otra consecuencia adversa para los intereses de las víctimas. Qué delitos son de acción pública, acción privada o acción pública dependiente de instancia privada es una cuestión de pura política jurídica. Existen en diversos países categorías diferentes de las mencionadas que permiten una mayor o menor participación de la víctima durante todo el proceso. Sobre esto, V. Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, pp. 218 y ss.; y De la Rúa y Tarditti, *Derecho penal: Parte general*, pp. 419-428.

<sup>17</sup> Ripstein, *op. cit.*, p. 1; y Goldberg y Zipursky, *op. cit.*, p. 28.

es una clase de injusticia que legítimamente preocupa al sujeto público, con independencia de que nadie más que Perséfone resulte perjudicada. Así, el hecho de que Axileas incumpla un contrato con Perséfone parece ser algo que solo concierne a Axileas y Perséfone, y un tratamiento civil de la cuestión resulta apropiado. En cambio, el hecho de que Axileas maltrate psicológicamente a Perséfone en su relación de pareja no es algo que solo concierne a ellos dos. Tenemos un interés público en que esas conductas no sean realizadas. Ello justifica la intervención pública, tal vez mediante el derecho penal.<sup>18</sup>

Al derecho civil le interesa más conferir a la víctima la potestad de reclamar un resarcimiento, a fin de que no quede desamparada luego de la injusticia. Si la víctima decide no reclamar, el eventual perjuicio social que de esta inacción se derive no preocupa al derecho privado. Ello indica que el foco del derecho privado está en la justicia *entre las partes*, como algo independiente de las consecuencias sociales que sus relaciones generen, mientras que el foco del derecho público se sitúa en la relación del sujeto infractor y la comunidad en su conjunto. Por consiguiente, tanto en el derecho civil como en el derecho penal la relación de responsabilidad puede ser concebida de modo triádico. En el derecho civil Axileas es responsable ante Xenofonte por haber realizado  $\Phi$ ; en el derecho penal Axileas es responsable ante la comunidad por haber realizado  $\Phi$  a Xenofonte.<sup>19</sup>

Finalmente, quisiera hacer alguna precisión sobre el vínculo entre el incumplimiento de los términos de interacción y el remedio indemnizatorio. Una vez que la víctima reclama un resarcimiento, cumpliendo con todos los extremos procesales del caso, la justificación para conceder el remedio indemnizatorio es la propia injusticia de la interacción. Es el hecho de que el agente dañador, ahora demandado, infringió sus deberes respecto de la víctima, lo que justifica que la persona juzgadora le imponga el deber de reparar el daño causado, a fin de restablecer tanto como sea posible el *statu quo ante*.<sup>20</sup> El juicio de responsabilidad, en este sentido, es netamente *retrospectivo*. Desde el punto de vista interno a la

<sup>18</sup> Duff, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, pp. 49-55, en especial, p. 52.

<sup>19</sup> Duff, *op. cit.*

<sup>20</sup> Sobre la diversidad de acciones y sus fines, V. Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, pp. 224 y ss.

práctica, es decir, tomando como parámetro el modo en que es comprendida por las operadoras y los operadores jurídicos, no es que la interacción sea injusta porque el sistema reacciona ante ella, sino que el sistema impone el deber de indemnizar *porque* la interacción es injusta.<sup>21</sup> Se observa la historia que llevó a la producción del daño y se indaga si en esa historia el *iter* causal que lleva al daño constituye una violación de los términos de interacción. Ello ocurre si, y solo si, la parte demandada causa un daño que tenía el deber de no causar, lo que equivale a afirmar que la víctima sufre un daño que tenía derecho a no sufrir.

En otros trabajos me referí a esto mismo con la denominación “derechos y deberes de indemnidad”.<sup>22</sup> Estos son derechos a no sufrir cierta clase de daños y deberes correlativos de no causarlos. La interacción injusta, entonces, es aquella en la cual la víctima sufre una vulneración de sus derechos de indemnidad, correlativa con la infracción por parte del agente de sus deberes de indemnidad. En este esquema, afirmar que la víctima sufrió un daño injusto es analíticamente equivalente a afirmar que el agente causó un daño injusto. Los derechos y deberes de indemnidad son el pivote de la responsabilidad civil, puesto que a su alrededor gira el resto de los conceptos, reglas y principios que alumbran todas las formas de responsabilidad por daños incluidas en esta área del derecho, aun cuando algunas de ellas, como la responsabilidad por hechos ajenos, parezcan más alejadas del supuesto de la relación directa entre víctima y agente dañador que he tomado como descripción central.<sup>23</sup>

Luego de esta explicación preliminar, presentaré una descripción de las reglas más habituales que integran los sistemas de responsabilidad civil y la forma en que están relacionadas. Comenzaré por los presupuestos básicos de la obligación de reparar y el remedio indemnizatorio, que, en conjunto, constituyen el rasgo *distintivo* de la práctica. Como se verá, el análisis de los tres presupuestos básicos

---

<sup>21</sup> V. Weinrib, *Corrective Justice*, p. 81. En este punto, ceñirse a esquemas realistas como el de Kelsen —*Reine Rechtslehre*, pp. 123 y ss.— distorsiona la reconstrucción del discurso jurídico, al menos si hemos de interpretarlo tal como nos viene dado. Esto, sin embargo, no implica negar que la manera en que detectamos muchas veces qué actos son jurídicamente incorrectos es observando el tipo de reacción jurídica ante su producción.

<sup>22</sup> V. Papayannis, “Derechos y deberes de indemnidad”, *Doxa*.

<sup>23</sup> Papayannis, *Comprensión y justificación...*, cit., pp. 332 y ss.

de la responsabilidad —el daño, el factor de atribución y la causalidad— se ajusta con perfecta coherencia a la noción de interacción injusta, definida por la vulneración, y correlativa infracción, de los derechos y deberes de indemnidad. Solo en la medida en que una parte haya *causado* a la otra un *daño* en las condiciones establecidas por los *factores de atribución*, la interacción es injusta y procede imponer el deber de reparar, si así lo solicita la víctima. Por ello se afirma que la responsabilidad civil unifica los fundamentos de la responsabilidad y los fundamentos del derecho a la indemnización, en tanto las condiciones en las cuales el agente es considerado responsable son las mismas en las cuales se confiere a la víctima la potestad de exigirle a aquel una indemnización.<sup>24</sup>

Además de las normas distintivas, existe otro conjunto de normas que son necesarias para el funcionamiento de la responsabilidad civil, aun cuando no sean definitorias de esta. Por último, trataré otro grupo de normas que suele estar presente en algunos ordenamientos y propuestas de armonización modernas de manera contingente. Estas normas tienen gran interés, por su actualidad y los debates que suscitan, aunque no son estrictamente necesarias para la responsabilidad civil, sino que responden a las nuevas tendencias que robustecen aún más la práctica sin alterarla sustancialmente.

## 1. Reglas distintivas de la práctica: los presupuestos de la responsabilidad civil

Los presupuestos necesarios para que nazca la obligación de resarcir son (i) el sufrimiento de un daño jurídicamente relevante por parte de la víctima; (ii) un factor de atribución que señale que la acción, actividad, riesgo u otra condición que incumbe a la parte demandada está sujeta a responsabilidad; y (iii) una relación de causalidad entre la acción, actividad, riesgo o condición que, conforme con el derecho, incumbe a la parte demandada y el daño. Los tres presupuestos

---

<sup>24</sup> Coleman, *op. cit.*, pp. 291-292.

son necesarios, aunque no suficientes,<sup>25</sup> para la obligación de reparar. Veamos cada uno por separado.

### A. El daño

El daño es el gran protagonista de la responsabilidad civil moderna.<sup>26</sup> La doctrina ha evidenciado una preocupación central por los crecientes riesgos a los que la producción y comercialización masiva de bienes y servicios nos ha sujetado, y, por ello, se ha generado un creciente interés por estudiar este presupuesto y extenderlo por vía jurisprudencial cada vez más, al punto de que alguna doctrina lo encuentra irritante.<sup>27</sup> Lo cierto es que hay diversas formas de tratar la definición del daño. Algunos ordenamientos —como el alemán, por ejemplo— establecen un catálogo de daños reparables.<sup>28</sup> Si la lesión sufrida por la víctima no se ajusta a algunos de los supuestos previstos por la legislación, entonces se tratará de un daño que la víctima debe tolerar. Otros ordenamientos, en cambio, no consideran un catálogo cerrado, sino que la apreciación de qué daños son resarcibles o dignos de tutela jurídica queda abierta a la determinación judicial. Así puede explicarse cómo en la historia de la responsabilidad civil los rubros indemnizatorios se han ido extendiendo con el paso del tiempo simplemente a partir de las consideraciones realizadas por la comunidad de operadoras y operadores jurídicos en relación con cuáles perjuicios merecían una respuesta resarcitoria y cuáles no. Los sistemas abiertos, naturalmente, definen el daño de modo amplio a partir de la pérdida o la disminución que sufre la víctima en su persona, en sus bienes u otros intereses no reñidos con la ley.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> No son suficientes en tanto podrían ser derrotados por alguna causal de exoneración. V. el apartado II.3.D.

<sup>26</sup> Llamas Pombo, “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, p. 447

<sup>27</sup> López Mesa, *La responsabilidad civil: sus presupuestos en el Código Civil y Comercial*, p. 67.

<sup>28</sup> El Código Civil alemán —Bürgerliches Gesetzbuch o BGB— es conocido en este aspecto. Su artículo 823 (1) limita la protección de la responsabilidad a los daños que derivan de una lesión a la vida, la integridad física, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho. En principio, quedan excluidas las lesiones a intereses legítimos que no se subsumen en alguna de estas categorías.

<sup>29</sup> V. por ejemplo, Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, p. 153.

Las tendencias modernas se encuentran a mitad de camino, aunque establecen fórmulas más bien flexibles. Así, los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil —conocidos como PETL, por sus siglas en inglés— disponen en su artículo 2:101 que el daño es un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido; luego, en su artículo 2:102, mencionan expresamente a “la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad”, a los que otorgan la protección más amplia. En segundo lugar, se confiere una amplia protección a la propiedad privada y, finalmente, se establecen pautas para graduar la intensidad de la protección según el valor en abstracto del bien protegido o que el daño sea culposo o doloso, entre otras cosas.

### B. Factor de atribución

Además de haber sufrido un daño jurídicamente relevante, este debe haber sido causado por una acción, actividad o riesgo perteneciente a la esfera de la parte demandada que pueda subsumirse en alguna de las categorías de condiciones a las cuales el ordenamiento atribuye responsabilidad. La manera en que los sistemas jurídicos identifican el tipo de acción apropiada a este respecto es mediante normas que definen lo que llamaré “factores de atribución”.<sup>30</sup> Los factores pueden ser objetivos o subjetivos. El factor de atribución objetivo más difundido es el *riesgo* de las cosas o la actividad realizada, aunque también es prominente la responsabilidad basada en el factor *garantía*.<sup>31</sup>

Algunos sistemas, como el mexicano o el argentino, cuentan con cláusulas generales de riesgo, que hacen responsable al agente por los peligros que derivan, entre otros supuestos, de las cosas de que se sirve.<sup>32</sup> En otros, el desarrollo de la responsabilidad objetiva se canaliza mediante la sanción de leyes especiales, como las

<sup>30</sup> En la literatura también se usan expresiones como “fundamentos de la responsabilidad”, “fundamentos de imputación” o “factores de imputación” para referir a la misma idea.

<sup>31</sup> Una explicación completa de los factores objetivos puede consultarse en Pizarro, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, pp. 164 y ss.

<sup>32</sup> En Argentina, por ejemplo, el artículo 1757 del Código Civil y Comercial establece que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

que regulan los accidentes causados en el contexto de la circulación de vehículos.<sup>33</sup> Se suele imponer al dueño o dueña del vehículo y/o a quien conduce el deber de reparar el daño causado en ocasión de la circulación con independencia de que haya intervenido alguna forma de culpa. La responsabilidad objetiva, conviene aclarar, regula acciones típicamente lícitas, incluso a veces fomentadas por el Estado, que no deseamos que las personas dejen de realizar. El propósito de la responsabilidad objetiva de quienes conducen automóviles no es que dejen de conducir. Más bien, se trata de que asuman —por su cuenta o bien mediante mecanismos como el seguro— las indemnizaciones necesarias para que la repartición entre los costes de una actividad y sus beneficios no sea inequitativa entre los miembros de la sociedad.<sup>34</sup>

El factor garantía, a su vez, tiene un amplio rango de aplicaciones.<sup>35</sup> Una de las más conocidas es la llamada *obligación tácita de indemnidad*, que se entiende accesoria a todo contrato o relación de consumo. En particular, quien ofrece cualquier bien o servicio tiene el deber de procurar que quien lo consume no sufra daño en la relación de consumo. El incumplimiento del deber de indemnidad genera una responsabilidad objetiva.<sup>36</sup>

Por otra parte, los factores subjetivos son el dolo y la culpa. Según la comprensión más habitual, el dolo consiste en obrar con intención de causar daño a la

---

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

En México, por su parte, el artículo 1913 del Código Civil Federal dispone lo siguiente:

Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

<sup>33</sup> Sobre esto, puede consultarse Martín-Casals y Ribot, “La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, en *Derecho privado europeo*, pp. 829 y ss.

<sup>34</sup> Papayannis, *Comprensión y justificación...*, cit., pp. 70-71.

<sup>35</sup> Potencialmente, el factor garantía puede cubrir cualquier situación en que una persona es convertida en garante de indemnidad frente a otra por daños de un determinado tipo. Así, además de la obligación tácita de indemnidad mencionada en el texto principal, también podría incluirse en este factor la responsabilidad por hechos ajenos. V. Pizarro, *op. cit.*, pp. 18 y 166.

<sup>36</sup> Ghersi, *Teoría general de la reparación de daños*, pp. 206-207.

víctima o con una manifiesta indiferencia respecto de sus intereses o bienestar.<sup>37</sup> Se obra con culpa, en cambio, cuando se verifica un apartamiento del estándar de conducta jurídicamente exigible *a efectos de que no se produzcan cierto tipo de daños a otros*. Los deberes de diligencia se vinculan con el nivel de seguridad que el potencial agente dañador debe garantizar a las personas con quienes interactúa.<sup>38</sup>

Los factores de atribución, se verá luego con más detalle, son esenciales para definir el contenido de los derechos y deberes de indemnidad. Cuando una situación está regulada, por ejemplo, por factores subjetivos, la potencial víctima tiene derecho a no ser dañada con culpa o dolo, y el potencial agente dañador tiene el deber correlativo de no causar daño de esa misma forma. De esto se infiere que, con esta regulación, la víctima no tendría derecho a no ser dañada por actividades que alcanzan el estándar de diligencia exigible, por lo que debería soportar todas las pérdidas que sufriera. Solo puede reclamar una indemnización por los daños que sean atribuibles a la parte demandada a título de culpa o dolo.

En contraste, si una situación está regulada por un factor de atribución objetivo, como el riesgo o vicio de las cosas de las que el agente se sirve, la víctima tiene derecho a no ser dañada por esa clase de riesgos o vicios, con independencia de que el agente haya obrado con culpa. Evidentemente, la protección que otorga esta regla es mucho más amplia y conveniente para la víctima que aquella que resulta de factores subjetivos. El establecimiento de los factores de atribución para cada situación depende de la política legislativa. Lo habitual es considerar que, salvo estipulación expresa, el factor aplicable es el subjetivo, y luego, mediante reglas genéricas referidas a ámbitos concretos —como el uso de maquinarias en la producción, la conducción de automóviles, etcétera—, establecer factores objetivos; es decir, la culpa, entendida en sentido lato como abarcadora de todo el factor subjetivo, es la regla general y supletoria en los sistemas de responsabilidad civil.<sup>39</sup> Una solución contraria, conforme con la cual la regla es que

<sup>37</sup> V. la definición en Código Civil y Comercial argentino, art. 1724.

<sup>38</sup> Papayannis, “Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia”, en *Isonomía*, pp. 63 y ss.

<sup>39</sup> Una buena discusión al respecto puede leerse en Rosenkrantz, “En defensa de la responsabilidad estricta: una revisión crítica del *Tratado de responsabilidad extracontractual*, de Enrique Barros Bourie”, en *Estudios Públicos*, pp. 290-292; y Barros Bourie, “La responsabilidad civil como derecho privado.

se responde objetivamente por todos los daños, salvo que la legislación haya limitado la responsabilidad mediante factores subjetivos en una situación concreta, supondría una expansión inusitada y socialmente inviable de la responsabilidad por daños.

### C. Causalidad

Hay dos aspectos en el estudio del requisito de causalidad que la doctrina ha distinguido en los últimos 30 o 40 años de manera coincidente en los ordenamientos sofisticados. Así, se ha sostenido que una parte del análisis es fáctica y otra, normativa.<sup>40</sup>

Por una parte, la indagación causal consiste en determinar la mecánica de los eventos que llevaron al daño. Esta es la denominada causalidad fáctica —*cause in fact*, en la doctrina anglosajona— y el *test* más comúnmente empleado es la *conditio sine qua non* —*but-for test*—. En este sentido, un evento A es la causa de un daño D si, y solo si, D no se hubiese producido de no haberse producido A. Este *test* reviste gran utilidad, en la medida en que conduce a resultados intuitivos en la mayoría de los casos, pero a la vez puede ser demasiado rudimentario. Enfrentado a los supuestos de sobredeterminación o de anticipación causal —*preemption*— el *test* arroja resultados implausibles.<sup>41</sup> Por esta razón se ha recomendado la utilización del *test* NESS —*Necessary Element of a Sufficient Set*—, de acuerdo con el cual es causa todo elemento necesario de un conjunto de condiciones que fue suficiente para la producción del resultado.<sup>42</sup>

---

Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al *Tratado de responsabilidad extracontractual*, en *Estudios Públicos*, p. 320.

<sup>40</sup> Wright, “Causation in Tort Law”, *California Law Review*; y Pantaleón, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*.

<sup>41</sup> Si una persona ingiere sistemáticamente el alimento A y el B, y tanto A como B son consumidos en una cantidad independientemente suficiente para causar la patología P, entonces ni A ni B pueden ser considerados causa del daño, pues ninguno satisface el requisito de ser una condición necesaria para su producción.

<sup>42</sup> Nótese que con el *test* NESS tanto el alimento A como el B, mencionados en la nota anterior, son causa del daño, puesto que A es un elemento necesario de un conjunto de condiciones que incluye, por ejemplo, la falta de ejercicio, la edad de la persona, etcétera, pero que no incluye B, y ese conjunto es suficiente para el daño P. Lo mismo vale para B respecto de un conjunto de condiciones que no incluye A.

El requisito de causalidad fáctica desempeña un papel fundamental en la estructura argumentativa de la responsabilidad civil, puesto que vincula al agente dañador con el sufrimiento de la víctima. Siempre que exista un vínculo causal entre una condición comprendida en los factores de atribución y un daño jurídicamente relevante, la acción injusta será conceptualmente indistinguible del sufrimiento injusto, lo que habilita a la víctima a reclamar un resarcimiento al agente dañador.<sup>43</sup>

El segundo aspecto del requisito de causalidad, que en realidad no forma parte de una indagación genuinamente causal, está dado por lo que algunos han llamado *criterios de imputación*. Así, no todas las condiciones antecedentes son igualmente relevantes en el plano jurídico ni todas las consecuencias de las causas jurídicamente relevantes son reparables. Tener esto en claro es de la mayor importancia. El derecho interviene en la selección de condiciones —mediante los factores de atribución, ya mencionados— y también en la selección de consecuencias por las cuales los agentes deben responder. Un ordenamiento que no establezca estos criterios para acotar la relevancia jurídica del conjunto de condiciones y consecuencias daría lugar a un mundo en el cual la responsabilidad sin cortapisas sofocaría la libertad de acción. Las normas referidas a las consecuencias indemnizables se engloban en lo que normalmente se denomina *extensión de la responsabilidad* —*scope of liability*—. Dentro de estos criterios, que son múltiples y tienen sus matices en cada ordenamiento, el más común es la previsibilidad del daño.<sup>44</sup> Volveré sobre esto en el apartado II.2.B.

#### D. El remedio bilateral

En lo que hace a los remedios, como ya he explicado, la responsabilidad civil se caracteriza por facultar a la víctima a exigir una indemnización por parte del agente dañador. La indemnización es el remedio más habitual y extendido en los distintos ordenamientos jurídicos. Existen, por supuesto, otros remedios que surgen como respuesta al daño injusto, entre ellos, algunos cercanos a la idea de

<sup>43</sup> Weinrib, *The Idea...*, cit., pp. 80 y ss.

<sup>44</sup> V. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, pp. 65 y ss.; y Dobbs et al., *Hornbook on Torts*, pp. 354 y ss.

indemnización —como las disculpas u otros actos con fuerte carga simbólica—, y otros que *parecen* más alejados, como los daños punitivos o las garantías de no repetición. Son, de momento, pocos los sistemas que incorporan una variedad tan amplia de remedios alternativos. Las disculpas y las garantías de no repetición ocupan un lugar central en la práctica colombiana, como parte *natural* del proceso de justicia transicional, en la que el resarcimiento de las pérdidas económicas sufridas por las víctimas del terrorismo es solo una parte necesaria, pero no suficiente, del objetivo último, que es la reconciliación y el restablecimiento del tejido social dañado por un prolongado conflicto armado interno.<sup>45</sup>

Más allá de esto, los remedios característicos y distintivos de la responsabilidad civil son el indemnizatorio y aquellos que son próximos a él, como las disculpas y algunas versiones —no todas— de los daños punitivos, pues pueden ser interpretados a su misma luz. Cuando Axileas daña a Xenofonte, la norma que le imponía el deber de no dañar ya deja de ser directamente aplicable. Para poder cumplir con el deber de no dañar, por razones lógicas, es imprescindible que el daño no se haya producido aún.<sup>46</sup> Si el daño ya se produjo, el imperativo “no dañes” *parece* que provee escasa guía normativa. Sin embargo, tiene sentido pensar que las razones que justificaban ese deber de no dañar, sea cuales fueren, todavía pueden ser honradas de alguna manera —aunque de modo imperfecto— si Axileas indemniza a Xenofonte el daño que le causó. Al indemnizar, Axileas se conforma tardía e imperfectamente a las razones que recomendaban no dañar en primer lugar.<sup>47</sup> En eso consiste subsanar una injusticia previa, en aproximarse tanto como sea posible al mundo ideal en el cual la norma en cuestión es respetada. El mundo ideal es aquel en el que Axileas no daña a Xenofonte. Ocurrido el daño, la única subsanación al alcance humano tiene que ver con reparar las consecuencias de la interacción injusta, tanto como sea posible. En otras palabras, el

<sup>45</sup> Sobre estos temas, V. Vargas Tinoco, “Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado”, en *Dañar, incumplir y reparar: ensayos de filosofía del derecho privado*, pp. 60 y ss.; Pino Emhart, “The Value of Apologies in Law and Morality”, en *REI. Revista Estudos Institucionais*, pp. 1410 y ss.

<sup>46</sup> Así como que la puerta esté cerrada es condición de posibilidad de cumplir con la orden de cerrarla, que el daño no se haya producido es condición de posibilidad de cumplir con el deber de no causarlo. V. Von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, pp. 73-74.

<sup>47</sup> Gardner, “What is tort law for? Part 1. The place of corrective justice”, en *Law and Philosophy*, p. 33.

deber de indemnizar existe por las mismas razones que existía el deber de no dañar. Ese vínculo profundo entre los deberes de no dañar y los deberes de reparar o indemnizar es característico de la responsabilidad civil.

La responsabilidad penal, en contraste, no obedece a una estructura similar. El castigo penal para quien cometió el delito no tiene que ver con subsanar el incumplimiento pasado respecto de la víctima. Entre una pena de prisión y el robo no existe la misma relación que entre una indemnización y el robo. La indemnización apunta a *deshacer* los efectos del robo. La pena de prisión sea cual fuere la justificación del derecho penal, no puede ser entendida en los mismos términos.

Por su parte, los remedios no tradicionales, como las disculpas o los daños punitivos, pueden tener un encaje cómodo en la responsabilidad civil con base en esta misma interpretación. Las disculpas son a veces reparadoras de las secuelas inmateriales de la interacción injusta.<sup>48</sup> Lo mismo ocurre con los daños punitivos cuando son interpretados como un modo de reivindicar y reconocer el sufrimiento injusto de la víctima que ha sido especialmente agraviada por la parte demandada, es decir, en aquellos casos en los cuales el tipo de daño o su forma de causación evidencian un profundo desprecio por el bienestar, los intereses o los derechos de las víctimas.<sup>49</sup> Esto significa que las versiones puramente sancionatorias —que no incluyen esta vertiente reparadora— o las puramente disuasorias —que apuntan a desalentar este tipo de conductas en el futuro— no se ajustan al patrón *distintivo* de la responsabilidad civil. Con esto no quiere decirse que sean totalmente inadecuadas, sino simplemente que podrían perseguirse por otros medios, como el derecho administrativo o el derecho penal, sin ninguna pérdida para el derecho civil. En cambio, si las disculpas y una versión particular de los daños punitivos pueden cumplir esta función reparadora, prescindir de ellas podría resultar en desmedro de la responsabilidad civil.

<sup>48</sup> Vargas Tinoco, *op. cit.*, p. 96.

<sup>49</sup> Martínez Alles, “La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima”, en *Dañar, incumplir y reparar: ensayos de filosofía del derecho privado*, pp. 124 y ss.; y Pino Emhart, “Restaurar para corregir. La dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual”, en *Filosofía del derecho privado*, p. 373.

En lo que hace a las garantías de no repetición, su talante prospectivo —y no retrospectivo— dificulta la justificación de su presencia en el esquema de la responsabilidad civil. Sin embargo, algunas de ellas pueden ser vistas como una forma de restablecer la situación precedente que ha sido injustamente alterada. Piénsese en los casos de *bullying* escolar. Si la escuela es obligada a tomar medidas que garanticen que esas conductas de acoso no volverán a producirse, seguramente habrá reconstituido el contexto en el cual la persona puede volver a relacionarse con otros en condiciones de respeto o dignidad. La garantía de no repetición tiene un efecto reparador en un sentido no trivial. Además, como se verá más adelante, las garantías de no repetición pueden ser vistas como parte de las medidas preventivas que actualmente están en auge en el derecho de daños contemporáneo. La responsabilidad civil, como respuesta o reacción, no debe opacar el aspecto regulador que he reseñado, en el cual es importante que las partes respeten los términos de interacción, y ello abre el juego hacia las medidas anticipatorias del daño.

Finalmente, los ordenamientos jurídicos, nuevamente por razones de política jurídica, pueden ampliar o reducir el contenido del remedio indemnizatorio. Podrían acordar que el daño moral fuese reparable, pero solo en dinero, excluyendo las disculpas; o, alternativamente, podrían incluirlas a la vez que excluyen otra clase de actos simbólicos, como el reconocimiento público o la colocación de placas conmemorativas o monumentos, entre otras posibilidades,<sup>50</sup> en otras palabras, qué remedios están disponibles es una cuestión ligeramente distinta, aunque fuertemente vinculada, con el problema de definir qué cuenta como daño injusto.<sup>51</sup>

## 2. Otras normas necesarias que inciden en la operatividad de la responsabilidad civil

En un segundo grupo de normas, encontramos aquellas que no forman parte de lo distintivo de la responsabilidad civil pero son, de todas formas, necesarias para que esta pueda operar con eficacia. Repasémoslas brevemente.

<sup>50</sup> Vargas Tinoco, *Más allá de una indemnización: autonomía y respeto en la responsabilidad civil*, pp. 188 y ss.

<sup>51</sup> V. el apartado II.1.A.

### A. Estándares de diligencia

La responsabilidad subjetiva condiciona el deber de reparar a que la parte demandada haya incumplido un estándar de comportamiento exigible. Por ello, a fin de hacer efectiva la responsabilidad se requieren normas que definan cuál es ese comportamiento. En muchas actividades, como la conducción de automóviles, la práctica de la medicina o la producción de alimentos, existen infinidad de normas *específicas* respecto de cómo debe procederse en diversas circunstancias. No obstante, las circunstancias en las que una persona debe actuar y que luego son objeto de litigio exceden las capacidades de previsión exhaustiva por parte de la legislación. De ahí que todos los ordenamientos cuentan con un estándar *genérico* de diligencia que funciona como una regla de clausura para todos los casos no expresamente regulados, conforme con la cual son exigibles las precauciones que sería razonable que adoptase una persona de nivel medio a fin no causar daños. Los sistemas de tradición continental expresan esto al prescribir que la diligencia que ha de prestarse es la que correspondería a un buen padre de familia, o al buen hombre de negocios, entre otras formulaciones.<sup>52</sup> En el *common law* son equivalentes las referencias a la persona razonable.<sup>53</sup>

Esta remisión a un estándar de conducta, pese a su notoria vaguedad, es imprescindible para poder evaluar en un caso concreto si alguien incumplió su deber de no dañar con culpa y, por lo tanto, corresponde que se le imponga la obligación de indemnizar. Los estándares de comportamiento no son *distintivos* de la responsabilidad civil, pues también están presentes en el derecho administrativo y en el derecho penal. Pese a ello, reitero, son necesarios para la operación del factor subjetivo, por razones lógicas: no es posible determinar si alguien se apartó del comportamiento debido sin contar con una norma que defina cuál es ese comportamiento. Asimismo, es imposible juzgar si los daños punitivos son procedentes, en aquellos ordenamientos que los consideran, si no se define un estándar.

<sup>52</sup> V. por ejemplo, Código Civil de España, art. 1104.

<sup>53</sup> Para una antigua referencia al *hombre razonable* en el *common law*, V. Holmes, *The Common Law*, p. 107; para una referencia moderna, V. el Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 3.

Sin un parámetro de conducta que sirva como referencia no es posible afirmar que alguien se comportó con un serio desprecio por los derechos de la víctima. Ese *serio* desprecio solo puede apreciarse cuando se produce un alejamiento muy significativo del comportamiento debido.

Por otra parte, también es necesario, ya no por razones lógicas, sino pragmáticas, contar con más de un estándar genérico. De lo contrario, todas las actividades serían juzgadas con el mismo estándar de la persona razonable, y no parece conveniente sujetar a las mismas exigencias a una persona profesional y a una que no lo es o a una persona que tiene una evidente discapacidad física y a una que no la tiene.<sup>54</sup> De ahí que la jurisprudencia suele realizar distinciones, y es bastante pacífico que un médico, en el ámbito de su incumbencia, está sujeto a una exigencia más alta que una persona que no es médico, un médico especialista a una más elevada que un médico general, y así sucesivamente.<sup>55</sup> Esto no es más que la materialización de un principio conforme con el cual, mientras mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas —lo cual depende normalmente del papel que desempeña el agente en relación con la víctima—, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.<sup>56</sup>

En cada categoría de personas el estándar es objetivo y no depende de las condiciones personales de la parte demandada.<sup>57</sup> Un estándar subjetivo, que funcione como un traje a medida, sería de poca utilidad no solo para coordinar el comportamiento en sociedad de múltiples agentes, sino para juzgar apartamientos de la conducta debida. En un sentido, un estándar subjetivo nos llevaría al absurdo de que nunca serían exigibles acciones que exceden lo que el individuo en concreto era

---

<sup>54</sup> Los PETL establecen un estándar genérico en el numeral 1 del artículo 4:102, pero a continuación, en el numeral 2, disponen: “El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica [sic] o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla”.

<sup>55</sup> V. un excelente análisis, con referencias al derecho comparado, en Solé Feliu, “*Lex artis* y estándar de diligencia en la profesión médica”, en *Conceptos multidimensionales del derecho*, pp. 672 y ss.

<sup>56</sup> El Código Civil y Comercial de la Nación argentino, en su artículo 1725, lo expresa en estos términos.

<sup>57</sup> Beaver, *Rediscovering the Law of Negligence*, pp. 79 y ss.

capaz de realizar en sus circunstancias. Por lo tanto, salvo dolo, sería imposible incumplir con un estándar subjetivo. La razón es sencilla: si el individuo no pudo adecuarse a lo que se esperaba de él en el caso concreto, entonces no debía adecuarse. Esto confunde fatalmente dos preguntas diferentes. La primera es cuál es el comportamiento debido. La segunda es si el agente es moralmente reprochable por no adecuarse a lo que le era exigible. A la responsabilidad civil solo interesa la primera cuestión, no la segunda.<sup>58</sup>

### *B. Determinación del alcance de la responsabilidad*

Como se mencionó en el apartado II.1.C, incluso cuando se satisfacen los factores de atribución existe una necesidad pragmática de limitar el ámbito de la responsabilidad. De ahí que no todas las causas o antecedentes del daño son jurídicamente relevantes, ni todas las consecuencias del ilícito extracontractual son responsabilidad de la parte demandada que lo causó. Hay consecuencias que se consideran demasiado *remotas* como para poder ser atribuidas a título de responsabilidad. Estas incluyen, entre otras, y en principio, las que resultan imprevisibles para una persona con habilidades y conocimientos medios. Esto último se asemeja a una apelación a la persona razonable propia del análisis de la culpa, lo que ha generado algunas incomodidades en la doctrina, puesto que el requisito de previsibilidad parecería replicar el juicio que se realiza para afirmar que el agente fue culpable o que la actividad es riesgosa, pero ahora en sede de la mal llamada “causalidad jurídica”.<sup>59</sup> Veamos por qué.

En lo que hace a la culpa, la evaluación crítica de una acción sobre la base de consecuencias que no podían conocerse empleando la debida diligencia carece de sentido. Que alguien *de hecho* no haya previsto una determinada consecuencia dañosa no lo exime de responsabilidad porque la persona diligente *debe* prever lo que es *posible* prever. Se trata de un componente normativo, no fáctico. En otras palabras, no haber previsto en el caso lo que era previsible coloca al sujeto por

<sup>58</sup> Stevens, *Torts and Rights*, p. 97; y Weinrib, *The Idea...*, cit., p. 178.

<sup>59</sup> Goldenberg, *op. cit.*, pp. 28, 29 y 66.

debajo del estándar de la persona razonable y, por ello, es culpable. Podría ocurrir también lo contrario: que alguien haya sido capaz de prever lo que es imposible de prever para la mayoría de las personas de la comunidad. De esta manera, si la parte demandada por alguna razón hubiese contado con información privilegiada y en virtud de ella hubiese sido capaz de prever las consecuencias dañosas, aun cuando no fuesen objetivamente previsibles para una persona razonable, será responsable a título de culpa por esas consecuencias.

De manera similar, cuando se trata de apreciar si una actividad es riesgosa a efectos de aplicar una cláusula genérica de responsabilidad objetiva, la previsibilidad está inevitablemente presente en el análisis, ya que hace a la *naturaleza del riesgo mismo*. Tiene sentido considerar que una actividad  $\chi$  es *riesgosa* si podemos asociar su realización con las clases de consecuencias  $\Phi$ , que juzgamos disvaliosas. En este esquema, si  $\chi$  luego causa un tipo de consecuencias  $\Upsilon$ , que no eran previsibles dado nuestro conocimiento del mundo, entonces no podremos afirmar que  $\chi$  era una actividad riesgosa *en razón* de que es previsible que su realización cause  $\Upsilon$ . Descubierta esta nueva causalidad, es posible que consideremos a futuro que  $\chi$  es una actividad riesgosa porque es previsible que cause tanto  $\Phi$  como  $\Upsilon$ .

En este sentido, el criterio más utilizado para limitar la extensión de la responsabilidad, la previsibilidad, es redundante con un buen análisis de los factores de atribución.<sup>60</sup> Esto, sin embargo, no muestra que no haya normas que realmente regulen el alcance de la responsabilidad más allá de los factores de atribución. Por razones de política jurídica puede considerarse, por ejemplo, que el agente obró con dolo o que el bien jurídico afectado goza de una especial protección—como la vida o la integridad física— a fin de extender la responsabilidad de la parte demandada más allá de lo estrictamente previsible.<sup>61</sup>

Por otra parte, en materia de responsabilidad objetiva, cuando el bien jurídico protegido es de gran relevancia, como la salud, ello puede hacer que se extienda

<sup>60</sup> Díez-Picazo, *Derecho de daños*, p. 336.

<sup>61</sup> El artículo 3:201 de los PETL permite ponderar distintos elementos, además de la previsibilidad, para definir el alcance de la responsabilidad.

el alcance de la responsabilidad hasta las consecuencias imprevisibles. Por ejemplo, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España establece que el fabricante no será responsable si prueba que “el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación [del producto] no permitía apreciar la existencia del defecto”;<sup>62</sup> pero el mismo artículo, en su numeral 3, dispone que “en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)”. Ello permite extender las consecuencias por las cuales se es responsable más allá de los límites de la previsibilidad.

En definitiva, los ordenamientos jurídicos pueden regular el alcance de la responsabilidad atendiendo a criterios como la importancia del bien jurídico protegido y el título de imputación de responsabilidad —subjetivo u objetivo—, entre otros,<sup>63</sup> lo que revela una preocupación tanto por el interés compensatorio de la víctima como por la responsabilización del agente dañador. La comparación consiste en valorar, por una parte, cuán grave sería la privación sufrida por la víctima de los recursos necesarios para la vida, si se limitasen las consecuencias de la responsabilidad de la parte demandada, y, por la otra, cuán justo es que quien causó el daño cargue con algunas consecuencias que eran imprevisibles en el momento en que realizó la acción o actividad. Cualquier juicio sobre el alcance de la responsabilidad afecta el contenido de los derechos y deberes de indemnidad. Por ello, a este respecto debe procurarse un análisis escrupuloso y ofrecerse una argumentación muy sólida. En su defecto, la práctica judicial podría terminar por socavar ciertas protecciones que la ley concede *prima facie* a las personas, al generarse una responsabilidad demasiado leve o, por el contrario, una demasiado estricta. Ninguna de las alternativas es aceptable. En el primer caso, la mayoría de las personas desearía un poco menos de libertad —es decir, mayor responsabilidad— a cambio de mayor seguridad; en el segundo, preferiríamos un poco menos de seguridad a cambio de algo más de libertad. La clave está en

---

<sup>62</sup> Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, art. 140, núm. 1, letra e.

<sup>63</sup> En la doctrina, pueden consultarse también los criterios de Pantaleón, *Causalidad e imputación...*, cit., pp. 1566 y ss.

reconocer que las personas necesitamos ambas cosas, y para ello las instituciones deben alcanzar un buen equilibrio entre ellas.<sup>64</sup> Volveré sobre esto más adelante.

### C. *Asignación de responsabilidad entre una pluralidad de intervinientes*

Muchas veces, el accidente se debe a la actuación conjunta de varias personas a las que el derecho indica como responsables porque satisfacen algunos de los factores de atribución ya reseñados, como la culpa o el riesgo de la actividad. Ello, va de suyo, puede incluir a la propia víctima. A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad de los agentes dañadores, que supone una sujeción a la potestad de la víctima de exigirle esa responsabilidad, la responsabilidad de la víctima consiste simplemente en negarle esas potestades. Cuando se afirma que la víctima es responsable —total o parcialmente— de su propio daño, ello significa meramente que le toca asumirlo, que no puede endilgárselo a nadie más: en definitiva, que carece del respaldo de la coerción estatal para trasladar —total o parcialmente, según el caso— su pérdida a otra persona. Es responsable, en este sentido tan particular, casi figurado, en tanto debe tolerar esas pérdidas, pues, respecto de ellas, carece de fundamentos jurídicos para reclamar un resarcimiento.<sup>65</sup>

El resultado típico en estos casos es una repartición *proporcional* del daño entre los intervinientes. El 100% del daño se divide entre todos los involucrados con algún criterio que sirve de base comparativa. En este contexto de pluralidad de causas, hay dos cuestiones importantes para decidir. La primera es cómo debería articularse la relación entre los múltiples agentes y la víctima. La segunda es cuál debería ser el criterio para definir las cuotas de responsabilidad entre todos los intervinientes.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Calnan, *Justice and tort law*, pp. 82-98.

<sup>65</sup> De este modo, se añade un quinto sentido a la conocida clasificación de Hart —*Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, p. 212—: (i) responsabilidad como función; (ii) responsabilidad causal; (iii) responsabilidad como vulnerabilidad o sujeción normativa; y (iv) responsabilidad como capacidad.

<sup>66</sup> Wright, “Allocating Liability Among Multiple Responsible Causes: A principled defense of joint and several liability for actual harm and risk exposure”, en *University of California, Davis Law Review*, pp. 1141.

Respecto de la primera cuestión, si la víctima fue culpable, es evidente que la indemnización del resto de los agentes que contribuyeron al daño debería ser reducida proporcionalmente. Luego, respecto del daño remanente, una alternativa es que quienes conforman la parte demandada sean solidariamente responsables o, en cambio, que sus responsabilidades se limiten a la parte del daño que les sea atribuida en la distribución judicial. La responsabilidad solidaria, con la posibilidad de incoar acciones de repetición o de regreso entre los propios deudores, parece ser la más razonable a fin de proteger los intereses de la víctima.<sup>67</sup> Ello no solo le evita tener que demandar y probar su caso contra cada uno de los múltiples demandados, lo que conlleva altos costes y menos probabilidades de obtener una compensación plena, sino que esta regla también traslada los riesgos de insolvencia a los demandados.<sup>68</sup>

En cuanto a la segunda cuestión, es decir, el método para calcular la cuota que corresponderá asumir a cada participante, una primera intuición es atribuir responsabilidad sobre la base del grado de participación causal o, en su caso, la gravedad relativa de la culpa.<sup>69</sup> Esto, no obstante, es de poca ayuda por dos razones. En primer lugar, la causalidad no es de grados. Afirmar que Axileas y Telémaco causaron el daño de Xenofonte es afirmar que la acción de Axileas y la acción de Telémaco son necesarias para la suficiencia del conjunto de condiciones fácticas que llevaron al daño. En este sentido, la acción de Axileas es tan importante como la de Telémaco, pues sin la acción de Axileas —o sin la acción de

---

<sup>67</sup> Esta es la solución adoptada en el artículo 1917 del Código Civil para el Distrito Federal, válido para la Ciudad de México —el cual se repite en el Código Civil Federal y en el de los estados— y en varios otros sistemas jurídicos, como el alemán —§ 830 del BGB— o el argentino —Código Civil y Comercial, art. 1752—.

<sup>68</sup> Si Axileas, Perséfone y Telémaco dañan a Xenofonte, siendo todos solidariamente responsables, el riesgo de que Axileas sea insolvente recae sobre Perséfone y Telémaco, en lugar de recaer sobre Xenofonte. Esto es así porque Xenofonte podrá cobrar el total de la deuda de responsabilidad a Perséfone y/o a Telémaco y ellos, por su parte, serán incapaces de repetir de Axileas, que es insolvente, lo pagado a Xenofonte. En cambio, si la norma fuese de responsabilidad mancomunada, entonces, Xenofonte podría solo cobrar una parte del daño a Perséfone y a Telémaco, pero no obtendrá nada de Axileas. V. Rogers, “Pluralidad de causantes”, en *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario*, p. 195.

<sup>69</sup> Reglero Campos y Medina Alcoz, “El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en *Tratado de responsabilidad civil*, p. 953. En lo que hace a la concurrencia de culpa de la víctima, el § 254 del BGB hace expresa mención a la “medida en que el daño haya sido causado principalmente por una u otra parte”.

Telémaco— el resultado no se hubiese producido. En la indagación empírica sobre la producción de un resultado dañoso, no cabe predicar una mayor magnitud, incidencia o grado de una de las causas en comparación con las otras. La conceptualización de una condición como *causa* es de todo o nada. La acción de Axileas y la acción de Telémaco son causas del daño o no lo son; y si lo son, lo son en la misma medida.<sup>70</sup>

En segundo lugar, centrarse en la gravedad relativa de la culpa tampoco resulta de demasiada utilidad en los ordenamientos contemporáneos que combinan factores de atribución subjetivos con objetivos. A veces, un agente es cocausante de un daño, y el factor de atribución que fundamenta su responsabilidad es el riesgo de la actividad. ¿Qué utilidad comporta un criterio que requiere comparar la gravedad del incumplimiento de las normas de diligencia de ambas partes, si una de ellas no es llamada a responder por haber sido culpable sino por la concreción de un riesgo que tenía permitido introducir en la sociedad? Dicho de otro modo, cuando no todos los responsables lo son en virtud de haber obrado con culpa, este factor no puede servir como criterio para definir las cuotas de cada uno.

Por estas razones, las propuestas más modernas entienden que la legislación debe atender a un conjunto de pautas para establecer la distribución del daño entre quienes intervienen en él.<sup>71</sup> Existe discreción, pero no arbitrariedad, en tanto debe argumentarse de qué modo estas pautas favorecen una u otra solución en el caso en concreto. En este sentido, la previsibilidad, la razonabilidad de la conducta, la magnitud del riesgo creado, el conocimiento que de hecho tenía la parte demandada de ese riesgo, el carácter remoto de las consecuencias, entre otros factores, son importantes para definir las cuotas.<sup>72</sup> No escapará a quien esté leyendo estas líneas que estos criterios coinciden parcialmente con los mencionados

---

<sup>70</sup> Wright, *op. cit.* p. 1146. Para una opinión contraria muy persuasiva, pero en última instancia basada en un concepto probabilístico de la causalidad que es inapropiado para la responsabilidad civil, V. Kaiserman, “Partial liability”, en *Legal Theory*. Las razones por las cuales la causalidad probabilística es inapropiada las he tratado en Papayannis, “Probabilistic Causation in Efficiency-Based Liability Judgments”, en *Legal Theory*. Este argumento se presenta de modo detallado en el capítulo VI, apartado 3, de este manual.

<sup>71</sup> Rogers, *op. cit.*, p. 197.

<sup>72</sup> Wright, “Allocating Liability...”, *cit.*, pp. 1144-1145.

en el apartado anterior y que son utilizados para precisar el alcance de la responsabilidad.<sup>73</sup> Pese a todo, el esquema no es redundante, ya que una cosa es determinar qué consecuencias están fuera del alcance de la responsabilidad civil y otra es precisar qué consecuencias —de aquellas incluidas en el ámbito de la responsabilidad civil— deben ser atribuidas a cada interviniente.

De esta manera, cuando hay varios intervinientes entre quienes debe repartirse el daño, los criterios de repartición definen el alcance de la responsabilidad *entre ellos*. En efecto, si Xenofonte sufre un daño en una interacción con Axileas, en la cual ambos satisfacen algún factor de atribución —supongamos que Xenofonte fue culpable y Axileas es objetivamente responsable por los daños que causa a Xenofonte—, un juicio de responsabilidad parcial de Xenofonte es un juicio de no responsabilidad total de Axileas. Lo mismo ocurre cuando son dos agentes causales que dañan por acciones independientes a la víctima. El primer paso es definir la responsabilidad de la víctima, lo que reduce la responsabilidad del conjunto de demandados. En el segundo paso, los juicios respecto del alcance de la responsabilidad de cada uno sobre el daño remanente se compensan mutuamente. Extender la responsabilidad de Axileas es limitar la de Perséfone, y viceversa. Cualquier decisión que *limite* el alcance de la responsabilidad para uno la *extiende* para los demás.

Como se sugirió, no hay una fórmula de distribución o repartición de responsabilidades que pueda ser suministrada a las personas juzgadoras de antemano, sino solo algunas consideraciones que son relevantes. El factor de atribución aplicable es importante. Si confluyen factores del mismo tipo, por ejemplo, dos agentes culpables, la gravedad relativa de la culpa de cada uno debe ser tomada en cuenta. El hecho de que uno de los agentes haya sido doloso, sin duda puede tener mucho peso, pero no tiene por qué ser siempre determinante. Lo mismo si coinciden dos agentes que son objetivamente responsables ante la víctima —por ejemplo, dos conductores que en un accidente de tránsito dañan a un peatón—.

---

<sup>73</sup> De hecho, el análisis de Solé Feliú —“La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *Anuario de derecho civil*, p. 884— es esclarecedor en este sentido, pues al estudiar la multiplicidad de criterios que se hallan en la jurisprudencia concluye que el encuadre correcto es en sede de imputación.

Al no haber culpa de ninguno de los intervinientes —incluyendo a la víctima—, y al tratarse de riesgos de la misma clase y magnitud, en principio, parece razonable distribuir entre los conductores al 50%.

Más complejos son los casos en los que un agente es culpable y el otro responde objetivamente. En estos supuestos, las pautas señaladas, como la previsibilidad, el conocimiento que de hecho cada quien tenía sobre el riesgo y, sobre todo, la magnitud del riesgo, son fundamentales. Si la actividad sujeta a responsabilidad objetiva es una que está muy extendida y naturalmente integrada en la forma de vida de nuestras sociedades contemporáneas —como la conducción de automotores o la producción y comercialización masiva de alimentos—, la culpa de la víctima —o del otro agente dañador interviniente— debe ser evaluada a la luz del grado en que la acción culpable que se realizó hace inviable mantener la actividad y sus beneficios sociales. Así, una culpa rutinaria de los peatones, como aquella que consiste en situarse justo sobre el borde de la calzada antes de que cambie el semáforo, en lugar de esperar sobre la acera, seguramente no tendrá el mismo peso que la acción del peatón impaciente que decide cruzar estando el semáforo en rojo, sin ninguna razón que justifique su acción, como una emergencia, por ejemplo. La acción del primer peatón no hace inviable la práctica de la conducción, tal como está organizada por las leyes de tránsito, mientras que la segunda, de ser generalizada, sí lo haría.

En todo caso, reitero, no pueden ofrecerse pautas concluyentes para definir cuotas que resulten razonables o justas en las circunstancias del caso. Que las personas juzgadoras gocen de amplia discreción en este punto<sup>74</sup> no habilita a que las

---

<sup>74</sup> El artículo 8:101(1) de los PETL, referido a la conducta o actividad concurrente de la víctima, establece que “[p]uede excluirse o reducirse la responsabilidad *en la medida en que se considere justo* en atención a la *culpa concurrente de la víctima y a cualesquiera otras circunstancias que serían relevantes* para establecer o reducir la responsabilidad de la víctima si fuera la causante del daño”. A su vez, el artículo 9:102(2), aplicable a la pluralidad de agentes dañadores, dispone en su parte pertinente que “la cuota de ese derecho de regreso será *la que se considere justa* a la luz de las respectivas responsabilidades por el daño, *en consideración a sus culpas respectivas y a cualquier otro aspecto relevante* para establecer o reducir la responsabilidad. El importe del regreso puede ascender al importe total de la indemnización. Si no puede determinarse la responsabilidad que corresponde a cada una de las personas responsables, se considerarán responsables por igual” —añado énfasis para mostrar el amplio grado de discreción judicial que conceden en este punto los PETL—.

decisiones sean caprichosas. Deben estar bien argumentadas y, para ello, el estudio y la reflexión en torno a una buena variedad de casos es de la máxima utilidad. En el capítulo VI, apartado III.3, de este manual se explican con más detalle los distintos criterios de repartición de responsabilidades.

#### D. Cuantificación

Una última cuestión que debe resolverse para el buen funcionamiento de la responsabilidad civil es el establecimiento de criterios de cuantificación. Incluso en los daños sobre bienes materiales, respecto de los cuales la compensación parece poco problemática, debe adoptarse —explícita o implícitamente— una norma que establezca que estos han de ser cuantificados atendiendo al valor de mercado. Tal vez nos parezca indiscutible que esto deba ser así, pero conceptualmente nada impide que un sistema no tome como parámetro el valor de mercado sino algún otro criterio establecido por la regulación administrativa, sobre todo en contextos de escasez.

En todo caso, normalmente cuando los bienes tienen un valor de mercado, ese es el valor que se toma como referencia. Lo mismo cuando los bienes dañados no tienen valor de mercado, como la salud, pero la adecuada reparación sí lo tiene, como ocurre con los gastos médicos. Si una víctima requiere de cierto tratamiento para poder rehabilitarse completamente luego del accidente, la indemnización debe fijarse atendiendo al coste que esos tratamientos tienen en el mercado.

Aun aceptando el criterio general del valor de mercado, en ocasiones los sistemas pueden optar por mecanismos que limiten puntualmente las indemnizaciones, no ya con criterios *cualitativos* como los mencionados en el apartado II.2.B, relativos al alcance de la responsabilidad, sino *cuantitativos*.<sup>75</sup> No es poco frecuente que para ciertos accidentes se establezcan mecanismos especiales de cuantificación, los cuales limiten los montos respecto de lo que podría obtenerse conforme con el régimen general.<sup>76</sup> También pueden establecerse topes genéricos, como

<sup>75</sup> Sobre esto, cf. Alterini, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, p. 47 y ss.

<sup>76</sup> V. por ejemplo, en Argentina el Código Aeronáutico Argentino (Ley 17.285) y la Ley de Riesgos del Trabajo (Ley 24.557).

pretendió hacer el proyecto de reforma de 1998 en Argentina. Su artículo 1634 establecía un tope para la responsabilidad objetiva derivada de los daños causados por cosas o actividades riesgosas, salvo que el agente hubiese obrado con culpa, no se hubiese asegurado —habiendo podido hacerlo—, la compañía de seguros no hiciese efectiva la indemnización en tiempo y forma o se hubiese convenido una indemnización mayor entre las partes. A su vez, el tope podía llegar a triplicarse si el daño suponía una “gran incapacidad” [sic]<sup>77</sup> de la víctima. Esta norma no llegó a ser derecho vigente, aunque es un buen ejemplo de cómo pueden adoptarse soluciones de compromiso a fin de lograr una rápida compensación de las víctimas.

Las normas sobre cuantificación son esenciales para escapar a la arbitrariedad sistemática que emerge de la actuación judicial descoordinada en temas como la valoración del daño corporal y del daño moral grave. Si, aun cuando existen pautas comunes de cuantificación, los sistemas pueden incurrir en inconsistencias derivadas de criterios interpretativos y apreciaciones dispares en lo que hace a los montos indemnizatorios, cuánto más delicado es el problema cuando la determinación del monto queda en manos de la absoluta discreción judicial. Existen varias formas de encontrar criterios coincidentes, tendencialmente unificadores. En mi opinión, la mejor manera consiste en establecer un baremo de origen legislativo, como el existente, por ejemplo, en el derecho español.<sup>78</sup>

Este baremo no debería tener en miras la ilusión de una indemnización que vuelva las cosas al estado anterior, porque por hipótesis no hay en los daños corporales y morales graves un equivalente monetario capaz de alcanzar esos efectos. Se trata más bien de contar con normas de cuantificación que permitan una previsibilidad suficiente para que la compensación pueda recaer sobre el sistema de seguros, lo

---

<sup>77</sup> Sobre este término es necesario aclarar que, si bien en dicha propuesta legislativa se utiliza la palabra “incapacidad”, en lenguaje de derechos humanos, debe entenderse como afectación a la diversidad funcional de la persona que podría eventualmente convertirse en una condición de discapacidad.

<sup>78</sup> V. la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. V. Martín-Casals, “A new Spanish compensation scheme for death and personal injury resulting from road traffic accidents”, en *Essays in Honour of Johann Neethling*; Martín-Casals, “La triple racionalización del nuevo sistema español de valoración del daño corporal o “baremo”, en *Responsabilidade civil em saúde*.

cual logra satisfacer los intereses de las víctimas, siempre que las cantidades concedidas supongan una dotación significativa que refleje la gravedad del daño sufrido y tengan la entidad suficiente como para servir a la persona en el rediseño de su nueva vida. La mirada retrospectiva de la responsabilidad podría ser cuestionada cuando se trata de daños graves irreparables, en tanto la compensación no parece ser una manera de conformarse con las razones que el agente tenía para no devastar la vida de la víctima. Sin embargo, el remedio todavía intenta que la parte demandada haga algo *por la víctima*, por atender a su situación y preocuparse por su bienestar, aun en las desafortunadas circunstancias en las cuales el pasado queda irrevocablemente alterado.<sup>79</sup> Se trata de un problema social importante, cuya solución está fuera del alcance de las personas juzgadoras. En la medida en que el poder legislativo no impulse leyes de este tipo, la jurisprudencia estará indefectiblemente condenada a ser inconsistente y arbitraria en su conjunto.

Por último, también se requieren normas para cuantificar los daños punitivos, allí donde los hubiera. El criterio de cuantificación depende esencialmente de la función que se le asigne a esta figura. En Argentina, algunos tribunales se han adherido a la postura que entiende que los daños punitivos han de servir para disuadir a los agentes dañadores en el futuro.<sup>80</sup> Siguiendo el consejo de la doctrina que más ha trabajado sobre el tema, han adoptado una fórmula matemática a fin de realizar el cálculo.<sup>81</sup> La fórmula puede ser cuestionable y, en efecto, creo que lo es. Sin embargo, una fórmula explícita todos los elementos del razonamiento judicial y permite controlarlo y objetar aquello con lo que se desacuerda.<sup>82</sup> El método de la discreción, que la mayoría de las veces decanta en una arbitrariedad, no permite ninguna revisión racional de la decisión adoptada.

---

<sup>79</sup> Papayannis, “Responsabilidad por el dolor causado y sufrido”, en *Dañar, incumplir y reparar: ensayos de filosofía del derecho privado*, p. 186.

<sup>80</sup> V. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, “Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico”.

<sup>81</sup> Irigoyen Testa, “Cuantificación de los daños punitivos: Una propuesta aplicada al caso argentino”, en *Call for papers: XV annual conference*, p. 14.

<sup>82</sup> Acciarri e Irigoyen Testa, “Utilización de fórmulas matemáticas y baremos”, en *Reparación de daños a la persona, Rubros indemnizatorios, Responsabilidades especiales*, pp. 529 y ss.

### 3. Otras normas habitualmente presentes

Vale la pena también revisar un tercer conjunto de normas que no son distintivas de la responsabilidad civil, ni necesarias para su funcionamiento, aunque por su importancia en la práctica actual brindan cierto *carácter* al derecho de daños moderno.

#### A. Normas preventivas

Una de las tendencias más consolidadas en el derecho de daños moderno está relacionada con el aspecto preventivo. La idea de que los tribunales pueden actuar para neutralizar ciertos riesgos que amenazan con concretarse en severos daños es cada vez más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Así, las acciones enderezadas a evitar la publicación de fotografías lesivas; la denuncia de daño temido en edificios en peligro de derrumbe; la eliminación de las molestias que superan la normal tolerancia entre vecinos en lo que hace a ruidos, olores, vibraciones, luminosidad u otras inmisiones; o la prohibición de continuar con emisiones publicitarias *prima facie* denigratorias de la competencia son todos ejemplos en los cuales los tribunales dictan resoluciones con *anterioridad* a la producción del daño.

Esta clase de medidas, que en su conjunto conforman la llamada *tutela civil inhibitoria*, no son difíciles de encontrar en el derecho comparado.<sup>83</sup> Los distintos sistemas jurídicos admiten una serie de supuestos *típicos*, como en España o México la protección del derecho al honor o la propia imagen,<sup>84</sup> pero existe una doctrina que aboga por la incorporación de la tutela inhibitoria atípica, es decir, para supuestos genéricos no específicamente regulados. La tutela inhibitoria atípica no admite una caracterización sistemática, por lo que la apreciación de su procedencia no puede más que quedar librada a la discreción judicial. En cualquier

---

<sup>83</sup> Llamas Pombo, *op. cit.*

<sup>84</sup> V. referida a México, la *Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal*, art. 20.

caso, los jueces pueden proteger a las potenciales víctimas con mandatos de innovar o de no innovar que tengan un carácter definitivo o solo cautelar.<sup>85</sup>

Una cuestión interesante es si la acción preventiva resulta aplicable solo ante riesgos ilícitos o también ante riesgos lícitos, generados por actividades que están reguladas normalmente mediante responsabilidad objetiva. El Código Civil y Comercial argentino, por ejemplo, parece decantarse por esta última opción cuando dispone, al final de su artículo 1711, que para la acción preventiva “no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”. Sin embargo, las condiciones en las cuales sería procedente la acción preventiva frente a un riesgo lícito incluyen que la inminencia del daño tenga una probabilidad rayana a la certeza. Ahora bien, si la situación de riesgo es tal, va de suyo que insistir en llevar adelante la actividad puede considerarse *irrazonable* y, por lo tanto, *culpable*.<sup>86</sup> En ese entendimiento, más allá de que formalmente no se exija un factor de atribución subjetivo, debe concluirse que la acción preventiva tiene su ámbito de aplicación natural en los riesgos que, habida cuenta de todo, sean *ilícitos*, pues de lo contrario se estaría limitando la libertad de acción y conculcando los derechos del agente sobre quien se aplica la medida preventiva.<sup>87</sup>

Otra expresión de la importancia de la prevención es la figura de los gastos preventivos. Así, el artículo 2:104 de los PETL establece que “los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables”. No se trata aquí del deber de mitigar daños, que corresponde a toda víctima —una vez que el daño ya ha comenzado

<sup>85</sup> Lorenzetti, “La tutela civil inhibitoria”, en *La Ley*, pp. 1223-1224.

<sup>86</sup> Llamas Pombo, *op. cit.*, pp. 477-478; Papayannis, *El derecho privado... cit.*, pp. 85-86.

<sup>87</sup> Podría surgir alguna duda en lo que hace al principio de precaución de amplia aplicación en el derecho ambiental. En este ámbito es frecuente que se supriman algunas actividades *prima facie* lícitas en condiciones de incertidumbre sobre el nivel de riesgo que comportan. No obstante, el juicio es complejo. No basta con un temor infundado para suprimir la actividad, sino que se requieren ciertos elementos de juicio que sugieran, aunque no con un grado de confirmación suficiente, que existe un riesgo significativo, sobre todo atendiendo a la magnitud de los daños posibles y su *irreversibilidad*. Cuando estas condiciones están satisfechas, la operatividad del principio de precaución se explica *porque* sería irrazonable continuar con la actividad. Sobre el principio de precaución, V. Ruda González, *Daño ecológico puro: la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, pp. 68 y ss.; Vargas Tinoco, *Más allá de una indemnización... cit.*, pp. 401 y ss., en especial 409.

a producirse—, sino de la posibilidad de tomar las precauciones que correspondían a la otra parte a efectos de que el daño no se produzca.<sup>88</sup> La potencial víctima, amparada en esta norma, podría luego recibir un reembolso por parte de quien hubiese sido responsable del daño en caso de haber acaecido. Algunas regulaciones más exigentes, como la del artículo 1710 del Código Civil y Comercial argentino, permiten en ocasiones imponer sobre terceros el deber de prevenir, y solo les da derecho al reembolso de los gastos incurridos de acuerdo con las reglas del enriquecimiento sin causa. La conveniencia de una manifestación tan estricta del aspecto preventivo es más bien dudosa, en tanto genera una limitación de libertad sobre terceros que ninguna relación tienen con el riesgo al que está expuesta la víctima.<sup>89</sup>

Por último, también las garantías de no repetición mencionadas más arriba<sup>90</sup> pueden contribuir fuertemente al aspecto preventivo. Modificar los protocolos de observación/control, actuación y seguimiento en los conflictos escolares evita una cantidad importante de daños que ciertamente reciben una muy deficiente respuesta debido al aspecto compensatorio de la responsabilidad civil.

## B. Daños punitivos

Los daños punitivos, como se dijo, pueden cumplir una función alineada o cercana con la indemnización. Sin embargo, hasta hace poco eran una rareza, más asociada con los litigios multimillonarios en Estados Unidos. La situación ha cambiado ligeramente en los últimos años. Es verdad que, en Europa, a excepción de Inglaterra e Irlanda, el principio general es que no encuentran un buen encaje con los propósitos de la responsabilidad civil. Los estudios comparados, pese a todo, han expresado algunas dudas sobre el hecho de que muchos orde-

<sup>88</sup> Martín-Casals, “La ‘modernización’ del derecho de la responsabilidad extracontractual. Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil”, en *XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2011*, pp. 23 y ss.

<sup>89</sup> Ello no implica que ninguna acción sea exigible a fin de salvaguardar los derechos de terceros respecto de quienes no obramos ilícitamente. En el derecho anglosajón son bien conocidos los casos en que el agente puede evitar los daños derivados de riesgos que no generó sin coste significativo —*easy rescue*—. He analizado brevemente esta cuestión en Papayannis, “From private wrongs to private remedies: an unbridgeable gap?”, en *Jurisprudence*, pp. 603 y ss.

<sup>90</sup> *V. supra*. II.1.D.

namientos —como el francés, el español o el italiano, entre otros— puedan estar incorporando solapadamente algunos elementos punitivos en sus decisiones jurisprudenciales.<sup>91</sup>

En Latinoamérica, el caso de Argentina es emblemático, pues su ley de defensa del consumidor los incluye desde 2008;<sup>92</sup> también México los introdujo, en 2013, en una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN—;<sup>93</sup> y en Perú, la Corte Suprema de Justicia de la República los concedió en 2016 para casos de despido sin causa especialmente vejatorios, con una argumentación un tanto controvertida, en la que los concebía como una extensión del daño moral.<sup>94</sup> De igual manera que en Europa, en Latinoamérica es posible que esta función se realice solapadamente en algunos sistemas jurídicos mediante, por ejemplo, el instituto del daño moral.<sup>95</sup>

La inclusión o rechazo de los daños punitivos no afecta necesariamente la esencia de la responsabilidad civil y depende, en lo fundamental, de una valoración de política jurídica. Su incorporación puede hacerse de modo respetuoso con los sistemas de justicia interpersonal, y su rechazo se puede justificar en una sociedad concreta sobre la base de otras consideraciones de tipo social o económico.

### C. Reglas para casos complejos de incertidumbre causal

Los casos de incertidumbre causal son muy variados, pero los tipos más comunes son los siguientes:<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> Koziol, “Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions”, en *Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives*, pp. 282 y 284

<sup>92</sup> La Ley 24.240 de defensa del consumidor (1993) no consideraba originalmente los daños punitivos. En el 2008, esta ley fue reformada por la Ley 26.361. En esa ocasión se añadió el artículo 52 bis, que instaura la multa civil. Desde entonces, la norma punitiva se ha aplicado en diversas ocasiones por los tribunales, y la tendencia va en aumento.

<sup>93</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 30/2013, del 26 de febrero del 2014.

<sup>94</sup> V. Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, 16/10/2016.

<sup>95</sup> Este podría ser el caso de Chile. V. Barros Bourie, *op. cit.*, p. 43.

<sup>96</sup> V. en general, Gilead *et al.*, “General report, causal uncertainty and proportional liability: Analytical and comparative report”, en *Proportional liability: analytical and comparative perspectives*.

- Indeterminación del agente: varios agentes exponen a la víctima a un riesgo ilícito. La víctima resulta dañada, pero no es posible determinar qué agente la dañó y es claro que solo uno de ellos lo hizo, es decir, que los demás son inocentes. El ejemplo más tradicional de este supuesto es el de los dos cazadores que disparan a la vez sobre una víctima que recibe un único impacto de bala.<sup>97</sup>
- Indeterminación de la conexión: varios agentes dañan a varias víctimas, pero no se puede determinar qué agente dañó a qué víctima. El ejemplo más conocido aquí es el de varios productores que fabrican un medicamento que causa cáncer a quienes lo consumen. Todas las víctimas fueron dañadas por el medicamento, pero ninguna puede probar qué productor le vendió el medicamento que la dañó.<sup>98</sup>
- Víctima no identificada: un agente expone a varias personas a un riesgo ilícito. No es posible determinar cuáles personas son víctimas del ilícito y cuáles sufrieron sus perjuicios por otras causas. El ejemplo es el de la contaminación con algún factor cancerígeno. Supongamos que una empresa contamina el río de un pueblo. Luego de la contaminación, la incidencia del cáncer en el pueblo se eleva 20%. ¿Cuáles personas sufrieron el cáncer por acción de la contaminación y cuáles lo desarrollaron debido a los factores ambientales usuales y, por lo tanto, no pueden atribuirlo a la empresa?

Los casos son mucho más numerosos y, además, admiten ser combinados entre sí.<sup>99</sup> La razón por la cual tienen interés estos casos es que todos suponen que, si se los juzgase con la regla tradicional sobre prueba de la causalidad, los reclamos

---

<sup>97</sup> El ejemplo se basa en *Summers vs. Tice*, 33 Cal 2d 80, 199 P 2d 1 (Cal 1948), aunque en el caso la víctima había recibido dos disparos que causaron lesiones de muy distinta gravedad sin que pudiera identificarse qué cazador causó cada una de ellas.

<sup>98</sup> V. *Sindell vs. Abbott Laboratories*, 26 Cal 3d 588 (1980).

<sup>99</sup> V. la ilustrativa clasificación de Martín-Casals —“Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada”, en *Nuevos retos del derecho de daños en Iberoamérica I Congreso Iberoamericano de responsabilidad civil*, pp. 215-264.

indemnizatorios deberían ser sistemáticamente rechazados por los tribunales. Ello acarrea una serie de consecuencias socialmente indeseables. Por una parte, las personas que han sido ilícitamente dañadas no reciben un resarcimiento adecuado. Por consiguiente, se verifica un déficit en la protección de los derechos, y cuando se trata de derechos fundamentales como la salud, por ejemplo, el déficit es grave.

Dada la problemática creciente de la incertidumbre causal, la doctrina ha encontrado una justificación para dejar atrás la regla tradicional sobre prueba de la causalidad. En su lugar, se ha optado por alguna de estas dos alternativas: (i) responsabilidad solidaria de todos los demandados, (ii) responsabilidad proporcional. En ambos casos, la regla es aplicable a todos aquellos que pudieron haber sido la causa del daño. La conveniencia de una u otra regla dependerá del caso de que se trate, cuestión que es de una complejidad considerable. Existe una buena cantidad de antecedentes en la jurisprudencia de varios países europeos, Estados Unidos o Canadá que conviene tener en cuenta al momento de pensar en estos problemas.<sup>100</sup> También los PETL, en su capítulo 3, incluyen un conjunto de reglas que suponen un avance en la materia y que pueden servir de guía para alcanzar resultados satisfactorios en estos casos tan controvertidos.

#### D. Causas de exoneración

Las causas de exoneración más habituales son: (i) la acción justificada —legítima defensa, estado de necesidad y cumplimiento de un deber—; (ii) el hecho de la víctima o de un tercero por el cual no se tiene el deber de responder; (iii) el caso fortuito o fuerza mayor.

Respecto del hecho de la víctima o de un tercero por el cual no se tiene el deber de responder, la cuestión es bastante sencilla, porque esta causal de exoneración

---

<sup>100</sup> Sobre la responsabilidad proporcional y solidaria aplicada a casos de incertidumbre causal pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos, en los que se cita la jurisprudencia existente en diversos países: Gilead et al., *op. cit.*; Infantino y Zervogianni, *Causation in european tort law*; Steel, *Proof of Causation in Tort Law*; Martín-Casals y Papayannis, *Uncertain Causation in Tort Law*.

es un mero reflejo de las reglas sobre pluralidad de intervinientes.<sup>101</sup> En caso de que el daño se deba exclusivamente a la intervención del tercero o de la propia víctima, la parte demandada argumentará que no tiene ninguna responsabilidad en el asunto, es decir, que el daño se produjo por condiciones ajenas a su intervención, tal como resulta del juego de los factores de atribución y el requisito de causalidad. Aun cuando la parte demandada fuese objetivamente responsable por *esa clase* de daños, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por el que no tiene el deber de responder pueden romper el nexo causal, en la medida en que el riesgo que incumbe a la parte demandada no fuese ya condición necesaria del conjunto de condiciones que fueron suficientes para el resultado. Esto podría ocurrir si en un accidente de tránsito la víctima sufre dos lesiones sucesivas y logra mostrarse que la muerte se produjo de modo instantáneo con la primera de ellas. El segundo interviniente no tiene una genuina participación causal en el resultado. En contraste, si la culpa de la víctima o del tercero no fuesen exclusivas, ello da pie a una valoración sobre la división del daño entre todos los intervinientes.

El caso fortuito o la fuerza mayor incluyen normalmente hechos ajenos a la acción o actividad de la parte demandada que son imprevisibles o irresistibles.<sup>102</sup> Se piensa usualmente en hechos de la naturaleza, como los terremotos, los huracanes o las pandemias, pero también la doctrina incluye en estas categorías otros fenómenos que podrían ser considerados hechos de terceros, como la acción del Estado o los conflictos armados.<sup>103</sup> La fuerza exoneradora de estos hechos depende de cada sistema jurídico. El Código Civil y Comercial argentino, por ejemplo, les confiere, en su artículo 1730, en principio fuerza exoneratoria total, salvo disposición en contrario. Sin embargo, luego flexibiliza bastante esta solución normativa al considerar diversas situaciones, entre ellas, la posibilidad de asumir contractualmente el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito; que la parte deudora se encuentre en mora o tuviese la obligación de restituir como consecuencia de un ilícito; o, lo más interesante, que el caso fortuito devenga por culpa del agente

<sup>101</sup> V. apartado II.2.

<sup>102</sup> Como siempre, existen conceptualizaciones que añaden más requisitos. V. Pizarro, *op. cit.*, pp. 331 y ss.

<sup>103</sup> Para una casuística más detallada, Pizarro, *ibid.*, pp. 338 y ss.

o constituya una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad.<sup>104</sup> Estas dos últimas excepciones son fundamentales.

Por cierto, en ocasiones, el factor ajeno neutraliza por completo el riesgo que hace que una conducta o actividad sea considerada culpable o riesgosa. Otras veces, en contraste, los riesgos generados por la parte demandada han sido solo reforzados o actualizados por el hecho ajeno. Así, por ejemplo, si el técnico de un laboratorio tiene el deber de apagar cierta máquina durante la noche porque así se evita un alto riesgo de que esta se recaliente y genere un incendio, el hecho de que el incendio haya sido causado por una sobrecarga de tensión no atribuible al laboratorio sino a la compañía eléctrica no necesariamente exonera de responsabilidad a quien dejó las máquinas encendidas. También, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, podemos pensar en el caso de los explosivos guardados en un almacén que son detonados por acción de un rayo. La razón por la cual se considera que los explosivos son peligrosos se relaciona con la magnitud de los daños que pueden causar accidentalmente, por lo tanto, el rayo no afecta ese juicio.<sup>105</sup> En ninguno de estos casos el hecho imprevisible o irresistible tiene entidad como para excluir por completo la responsabilidad.<sup>106</sup>

Por último, en lo que hace a la justificación de las acciones, ha de tenerse en cuenta que una acción justificada no es equivalente a una acción lícita. Si un individuo daña a otro en estado de necesidad, aun cuando tenga buenas razones para causar el daño, ello no implica que los derechos de la víctima no hayan sido vulnerados. Pensemos en el clásico ejemplo de un montañista que, ante un alud inminente, busca refugio en una cabaña ajena.<sup>107</sup> Allí permanece cuatro días hasta que es rescatado. El montañista ingresó a la cabaña sin autorización del propietario.

<sup>104</sup> Código Civil y Comercial de la Nación —Argentina—, art. 1733.

<sup>105</sup> Este último ejemplo lo tomo de Koch, “Causas de exoneración”, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, p. 177.

<sup>106</sup> En materia de responsabilidad objetiva, los PETL mantienen una solución coincidente con el Código argentino. En su artículo 7:102(2) disponen que para los daños en que interviene la fuerza de la naturaleza, la exoneración puede ser total o parcial, según las circunstancias del caso. Aquí vuelven a ser decisivos los factores que definen el alcance de la responsabilidad (1.2.2) y también la importancia de la fuerza externa.

<sup>107</sup> Feinberg, “Voluntary euthanasia and the inalienable right to life”, *Philosophy & Public Affairs*, p. 102.

En un sentido, salvar su vida era prioritario. Sin embargo, incumplió el deber de no entrar sin autorización en la propiedad ajena. Esto es evidente, porque solo puede cumplir con ese deber si no entra. Aun cuando, habida cuenta de todos los factores relevantes, el montañista no hizo nada que hubiese tenido el deber de omitir, su acción no es perfectamente lícita. Ahora bien, su acción tampoco puede ser considerada ilícita, pues el efecto de la causal de justificación es privar al acto de su carácter antijurídico. Si no es ni lícita ni ilícita, ¿qué es? Ciertamente, es un *tertium genus*. Esto sugiere que el binomio tradicional entre lícito e ilícito es conceptualmente incompleto y, por tanto, debe ser reemplazado por el trinomio lícito-justificado-ilícito. Solo esta clasificación permite entender que el terreno de la justificación de la acción constituye una zona de grises, que merece especial atención caso a caso.<sup>108</sup>

A diferencia de las acciones lícitas, respecto de las cuales no corresponde exigir explicaciones o responsabilidades a quienes las realizan, las acciones justificadas presuponen que hay algo que aclarar o algo por lo que responder. Si la acción fuese perfectamente lícita, no tendría sentido que el propietario de la cabaña, al encontrarse al montañista allí durmiendo, le exigiese una explicación. Como mínimo, el montañista debe esto al propietario. Para ver el contraste, compárese ahora esa situación con aquella en la que el dueño de la cabaña se encuentra al montañista en un parque público, disfrutando del sol, y le pide una explicación por ello. El dueño, sin dudas, está fuera de lugar en este caso, mas no en el primero. Quien obra amparado por una causal de justificación debe mostrar que tenía razones de peso para incumplir sus obligaciones respecto de otras personas. Aun así, esas razones de peso, que indudablemente excluyen la responsabilidad penal, pueden ser insuficientes para excluir la responsabilidad civil en algún caso, pero no en otros.<sup>109</sup> Cuando se trata de legítima defensa, sería claramente absurdo que quien repele la acción ilegítima de modo proporcionado tenga la obligación de reparar al agresor. Tampoco parece prudente imponer la obligación de reparar a quien obra en cumplimiento de un deber impuesto por la ley. En cambio,

<sup>108</sup> Papayannis, “La práctica del *alterum...*”, *cit.*, pp. 53 y ss.

<sup>109</sup> De modo coincidente, el artículo 7:101 (2) de los PETL reza: “que la exoneración sea total o no depende, de una parte, de la importancia de esas causas de justificación y, de la otra, de los presupuestos de la responsabilidad”.

los casos de estado de necesidad, en los cuales se sacrifica un bien para proteger otro de mayor importancia, son perfectamente compatibles con la idea de que el titular del bien sacrificado deba ser adecuadamente resarcido. Pese a todo, como ya mencioné, se trata de situaciones complejas que requieren un análisis pormenorizado, y en las que las circunstancias del caso podrían recomendar una exclusión total o parcial de la responsabilidad.

### E. Reglas de equidad

Por último, existen reglas que funcionan como una válvula de escape en situaciones que chocan contra el sentido de justicia más básico en relación con el derecho a la indemnización y las condiciones de la responsabilidad. Para decirlo de manera simple, la responsabilidad civil puede ser en ocasiones infraincluyente, pues niega indemnización a quien consideramos que debería recibirla, o sobreincluyente, en tanto carga con una responsabilidad gravosa a quien juzgamos que moralmente no la merece o que simplemente es incapaz de soportarla. Para solucionar estos desajustes existen dos institutos que cumplen funciones opuestas y complementarias: la indemnización por razones de equidad y la reducción de la indemnización por razones de equidad.

El artículo 1750 del Código Civil y Comercial argentino establece que por los actos involuntarios solo se responde en función de la equidad, atendiendo a las circunstancias del caso y, en especial, a la situación patrimonial de la víctima y del agente dañador. La idea es que, como en principio los actos involuntarios no generan responsabilidad,<sup>110</sup> puede suscitarse una tensión en aquellos casos en los

---

<sup>110</sup> Los actos a los que me refiero son aquellos realizados por personas que carecen de capacidad volitiva que nos permite afirmar que han realizado *acción*. Este es el caso de quienes obran en estado de inconsciencia absoluto, por ejemplo, quien sufre un ataque de epilepsia o se encuentra en un estado de enajenación absoluto. Distinta es la situación de aquellas personas a las que el derecho declara “incapaces” [sic] de hecho. El Código Civil Federal de México, en su artículo 1911, establece que “los incapaces” [sic] responden por los daños que causan, salvo que la responsabilidad recaiga expresamente sobre las personas encargadas de estos. No hay razón para excluir siempre la responsabilidad de niñas, niños y adolescentes o de personas con discapacidad psicosocial o intelectual, aunque sí la hay para excluirla cuando falta ese mínimo —indeterminado, por cierto— que hace a la naturaleza de la acción. Cuando falta ese mínimo, se dice que la persona no se comporta *qua persona*, sino que sus movimientos corporales

cuales ambas partes son inocentes, pero además la situación personal de la víctima es de precariedad económica, mientras que la del agente es de abundancia. En estos supuestos, las reglas generales parecen conducir a resultados inadmisibles. ¿Por qué el riesgo del acto involuntario debería recaer sobre la víctima y no sobre quien causó el daño, ya que, además, este último está en condiciones económicas de soportar el daño de mejor manera que la víctima?

Podría pensarse que este tipo de normas pretende perseguir una justicia distributiva, favoreciendo a las personas en situación de pobreza, que ahora no tendrán incentivos para tomar precauciones, pues se consagra aquí una suerte de seguro para ellas. Estos temores carecen de fundamento. En primer lugar, es improbable que las víctimas puedan anticipar el tipo de daño que suele generarse por actos involuntarios para así colocarse en situación de riesgo sin culpa de su parte. Esto es relevante porque las víctimas que incurran en culpa no tendrán derecho a una indemnización o tendrán derecho solo a una indemnización parcial, que tenderá a ser muy inferior al daño efectivamente sufrido. En segundo lugar, la víctima también tendría que contar con conocimiento sobre la situación patrimonial del agente, compararla con la suya y acertar en cuanto a que las circunstancias del caso llevarán a la persona juzgadora a aplicar esta disposición y decretar una indemnización suficientemente ventajosa a su favor. Todos estos cálculos están por fuera de la realidad de este tipo de accidentes, en los que el acto involuntario habitualmente supone una acción inesperada para la víctima, totalmente fuera de la normalidad del contexto, que le causa daño.

En cuanto a la reducción de la indemnización por equidad, esta norma se encuentra presente en muchos ordenamientos jurídicos, como el holandés, el búlgaro o el argentino —incluso desde su anterior Código Civil—. El artículo 10:401 de los PETL regula la figura de la siguiente manera:

---

son asimilables a los de las cosas. Queda a salvo, por supuesto, la eventual responsabilidad de otras personas a cargo por los daños que ellos causen en ese estado de inconsciencia. Al respecto, es necesario puntualizar que, si bien en ocasiones la legislación civil aún no contiene un lenguaje en términos de derechos humanos, debe tenerse presente que la SCJN ha emitido criterios en los que ha enfatizado la distinción entre discapacidad e incapacidad jurídica.

En casos excepcionales, puede reducirse la indemnización si la compensación íntegra comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes. Para determinar si esta reducción procede, deberá tenerse en cuenta, de modo especial, el fundamento de la responsabilidad (artículo 1:101), el alcance de la protección del interés (artículo 2:102) y la magnitud del daño.

Para comprender la figura, imaginemos que dos niños con discernimiento para los actos ilícitos entran a jugar a un establo. Uno de ellos quiere ver los caballos mejor y enciende una lámpara de queroseno que termina cayendo al suelo y causando un incendio. En el accidente mueren los dos caballos que allí se encontraban. Dos puras sangres, valuados en seiscientos mil euros cada uno.\*\* ¿Son responsables los niños por un millón doscientos mil euros? Ciertamente fueron negligentes y su negligencia causó el daño. Sin embargo, en las circunstancias del caso, imponer esa indemnización a esos niños antes de que comiencen la vida adulta, con independencia de que sean sus padres quienes deban, según el derecho vigente, responder por ellos hasta la mayoría de edad, resulta tremendamente opresivo. Por otra parte, lo más probable es que el dueño de los caballos haya contratado un seguro que cubrirá sus pérdidas. Así, la persona juzgadora podría reducir la indemnización a una cifra mucho menor, digamos veinte mil euros,\*\*\* y la compañía de seguros solo podría repetir de los niños hasta esa cantidad.

Es importante aclarar que no corresponde reducir la indemnización antes de evaluar si existe responsabilidad. Solo cuando la responsabilidad está ya verificada y, por tanto, es apropiado imponer la obligación de indemnizar, la persona juzgadora podría valerse de esta facultad para reducir la indemnización. La mayoría de los ordenamientos impiden hacer uso de esta figura cuando la parte demandada actuó con dolo,<sup>111</sup> aunque la doctrina también entiende que el razonamiento es extensible a los casos de culpa grave.<sup>112</sup> Los PETL, en cambio, solo ordenan tener en cuenta el fundamento de la responsabilidad, pero, a la luz de lo ya

---

\*\* Aproximadamente doce millones de pesos mexicanos, cada caballo.

\*\*\* Aproximadamente cuatrocientos mil pesos mexicanos.

<sup>111</sup> V. Código Civil y Comercial de la Nación —Argentina—, art. 1742.

<sup>112</sup> Picasso y Saénz, “Comentario al art. 1742”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, p. 445.

explicado, los resultados serán similares porque el dolo de la parte demandada siempre tendrá un peso considerable en el análisis.

A diferencia de la responsabilidad por razones de equidad, la reducción de la indemnización debería ser utilizada con criterio muy restrictivo, para casos sumamente obvios.<sup>113</sup> Como se ha visto, la práctica de la responsabilidad civil tiene cierta lógica y no corresponde a las personas juzgadoras alterarla con consideraciones de equidad o justicia distributiva.

### III. Funciones de la responsabilidad civil

Una vez expuesta la *estructura* de la responsabilidad civil, analizaré en esta sección sus *funciones*. Existe una gran discusión sobre cómo deben comprenderse los enunciados que atribuyen una función a un objeto, órgano, institución o cualquier otro ítem que sea materia de análisis.<sup>114</sup> No me detendré aquí en estas cuestiones preliminares y asumiré que, en lo que hace a la responsabilidad civil, cuando se dice que esta cumple una determinada función se afirma que presta un servicio para la sociedad. En este sentido, si la responsabilidad civil tiene una función  $\Phi$ , entonces  $\Phi$  es algo que la responsabilidad civil *hace* por nosotros y, además, evaluamos *positivamente* que lo haga. Se sigue de esta idea que algunas de las funciones de la responsabilidad podrían no ser aquellas que explícitamente se pretendían al aprobar la legislación; es decir, es posible que una institución logre ciertos efectos positivos no previstos inicialmente y que, una vez tomamos consciencia de ellos, ahora hagan valioso preservar el rasgo de la práctica que presta ese servicio social. También es posible, por supuesto, que una institución tenga efectos negativos imprevistos. En ese caso, señalaremos esos efectos como disfuncionales o indeseables.

Con este marco de referencia, abordaré las funciones más habitualmente atribuidas a la responsabilidad y algunas otras que estén menos presentes en el discurso.<sup>115</sup>

<sup>113</sup> V. Moreteau, “Reducción de la indemnización”, en *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario*.

<sup>114</sup> Papayannis, *Comprensión y justificación...*, cit., pp. 361 y ss.

<sup>115</sup> Las funciones que pueden atribuirse a la responsabilidad civil son, por cierto, muy numerosas. Hay quienes incluyen, por ejemplo, la protección de la propiedad privada, la defensa de la competencia

Examinaré en qué medida la responsabilidad civil es capaz de cumplir esas funciones u objetivos sociales. Por otra parte, intentaré mostrar que la mayoría de las funciones atribuidas a la responsabilidad civil *no son distintas* de esta, pues podrían conseguirse con igual o mayor éxito mediante otras instituciones jurídicas. Finalmente, se verá que hay funciones que la responsabilidad civil, una vez creada, *satisface necesariamente*.

## 1. La compensación

La compensación de daños es una de las funciones más frecuentemente atribuidas a la responsabilidad civil.<sup>116</sup> Hay al menos tres razones de peso por las cuales la víctima de una interacción injusta debería ser compensada. La primera es que el daño disminuye la calidad de vida de las víctimas, entendida en términos de lo que ellas pueden ser, hacer o experimentar. Cuando se trata de daños graves en el patrimonio o la persona, es todavía más apremiante la necesidad de ofrecer una respuesta a las víctimas. En cualquier caso, nadie tiene el deber de tolerar las alteraciones en su calidad de vida que derivan de interacciones injustas.<sup>117</sup>

En segundo lugar, e íntimamente relacionado con lo primero, las personas que sufren daños injustos se ven privadas de algunos recursos con los que cuentan para llevar adelante su vida. Si esos daños no les fuesen compensados, no podría

---

económica, el resguardo de la vida, la preservación de la libertad contractual, entre muchas otras. V. Cane, *The Anatomy of Tort Law*, pp. 206-207. Por ello, me encargaré del subconjunto de funciones más discutido, en el entendido de que el resto de las funciones se derivan de este. Así, si la responsabilidad civil tiene potencial disuasorio, de ese modo se protegen todos los derechos cuya afectación se disuade. No es entonces necesario estudiar la protección de la vida o de la libertad contractual en concreto, sino la disuasión de ciertos daños sobre bienes protegidos por estos derechos.

<sup>116</sup> V. entre muchos otros, Abraham, *The forms and functions of tort law: An analytical primer on cases and concepts*, pp. 14-20; Alpa, *La responsabilità civile: Parte generale*, pp. 217 y ss.; Cane y Atiyah, *accidents, compensation and the law*, p. 411; Dobbs et al., *op. cit.*, pp. 21 y ss.; Gilead et al., *op. cit.*, pp. 17 y ss.; Goldberg y Zipursky, *The oxford introductions to US law*, pp. 6-7; Nolan, "Causation and the Goals of Tort Law", en *The Goals of Private Law*, p. 166; Mullis y Oliphant, *Torts*, pp. 12 y ss.; Pantaleón, "Comentario al art. 1902 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, p. 1971; Salvador Coderch, "Las funciones del derecho de daños", en *Prevenir y castigar: La libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, pp. 106 y ss.

<sup>117</sup> Papayannis, "¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?", en *Derecho y pobreza*, pp. 94 y ss.

decirse que su vida es el resultado de sus decisiones.<sup>118</sup> Más bien, los daños injustos no compensados sujetan a las personas a las decisiones de otros. Es evidente que nadie puede determinar por completo el destino de su vida. Ocurren desgracias por las cuales no somos personalmente responsables. Sin embargo, cuando un daño es causado en una interacción injusta, aquella que viola los términos equitativos de interacción, ya no sería apropiado hablar de “desgracias”. Esa es la diferencia entre una desgracia o un infortunio y una injusticia. La injusticia no es una contingencia natural de la vida, como las enfermedades o los terremotos, sino que resulta de un ejercicio de la agencia humana.<sup>119</sup> Tras una injusticia siempre hay una persona responsable por ella. En esa línea, un esquema liberal debería procurar que las personas determinen su propia vida, y para ello deberían quedar indemnes ante los efectos negativos que sufren como consecuencia de las acciones incorrectas de otros.<sup>120</sup>

Finalmente, una tercera razón para compensar los daños injustamente sufridos es que, en caso de que no hubiese indemnización por daños, todas las personas serían mucho más precavidas de lo que es recomendable.<sup>121</sup> Ello no solo implica un dispendio de recursos en una autoprotección excesiva, sino una menor interacción social provechosa. En cuanto a lo primero, de ordinario es mucho más económico para los potenciales agentes dañadores controlar los riesgos que generan que para las potenciales víctimas anticipar y tomar medidas para evitar los riesgos a los que pueden estar expuestas.<sup>122</sup> De hecho, en muchas ocasiones la víctima ni siquiera es consciente de esos riesgos, por lo tanto, no puede neutralizarlos a coste razonable. Respecto de las interacciones sociales provechosas, nótese que la precaución excesiva incluye la abstención de tratar con otras personas y exponerse al riesgo. En parte, la mejor manera de evitar ser dañado en ciertas circunstancias es intentar escapar de ellas. Esto es claro también en lo que hace

---

<sup>118</sup> Como afirma Ripstein —“The Division of Responsibility and the Law of Tort”, en *Fordham Law Review*, p. 1813—: “No tiene sentido decir que alguien es responsable por lo que hace con su vida si lo que resulta de su vida depende de un modo inapropiado de los actos de otros, ya sea porque se le hacen soportar costes que pertenecen a otras personas o porque se le libera de los costes que impone a los demás”.

<sup>119</sup> Coleman, *op. cit.*, p. 334.

<sup>120</sup> Papayannis, *Comprensión y justificación... cit.*, p. 205.

<sup>121</sup> Posner, *op. cit.*, p. 223.

<sup>122</sup> Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, p. 53.

al comportamiento oportunista en el ámbito contractual. Si no hubiera un remedio compensatorio en caso de incumplimiento, la cantidad de contratos que se celebrarían sería muy inferior a la eficiente.<sup>123</sup>

De esta manera, la importancia de la compensación está fuera de discusión. ¿Puede la responsabilidad civil cumplir esta función de manera óptima? Hay una serie de características de la responsabilidad que hacen que esto sea dudoso. Como hemos visto, la responsabilidad civil unifica los fundamentos de la responsabilidad y de la compensación. Esto significa que el agente es responsable en *las mismas condiciones* en que la víctima tiene la potestad de exigirle una indemnización. Sin interacción injusta, sin que el agente haya causado un daño a la víctima en violación de los términos de interacción, no hay responsabilidad ni derecho a ser indemnizado.<sup>124</sup> Esta estructura, que se ajusta muy bien a la justicia entre particulares, trae en la práctica algunas dificultades para el objetivo compensatorio. La responsabilidad civil requiere, por lo general, que la parte demandante sea capaz de identificar al agente dañador en concreto, que argumente que este satisface los fundamentos de la responsabilidad y que pruebe los hechos relevantes. Todo esto supone que el reclamo de compensación de la parte demandante puede verse truncado en una amplia gama de supuestos.

Algunas fuentes de frustración del reclamo son *internas* al litigio, entre ellas: incertidumbre sobre la causalidad individual, incertidumbre sobre los estándares de diligencia, incapacidad para producir la prueba suficiente según el estándar de prueba relevante, etcétera. Otras fuentes de frustración del reclamo son *externas*. Dado que las personas son libres e iguales solo formalmente, en el mundo real tendremos demandantes que ignoran sus derechos, no tienen capacidad económica para iniciar o financiar el litigio hasta el final y, por ello, se ven tentados por pactos extrajudiciales claramente infracompensatorios, o fueron dañados por agentes insolventes, entre otros supuestos. En todos estos casos, la aspiración compensatoria queda truncada.<sup>125</sup>

<sup>123</sup> Cooter y Ulen, *Law & economics*, p. 283; Coleman, *op.cit.*, pp. 106 y ss.

<sup>124</sup> Papayannis, *El derecho privado...*, *cit.*, pp. 109-110.

<sup>125</sup> Los estudios de análisis económico del derecho aportan una buena perspectiva respecto de los límites de la ejecución privada y también acerca del problema de la insolvencia de las partes. V. Miceli, *The Economic Approach to Law*, pp. 284 y ss.

Estas dificultades podrían recomendar el reemplazo de la responsabilidad civil por modelos institucionales que gestionen la compensación de manera centralizada. El caso paradigmático de este modelo es el instaurado en Nueva Zelanda por la Ley de Compensación de Accidentes, de 1972. El sistema surgió del reconocimiento de que la responsabilidad civil tradicional “es incapaz de resolver el serio problema social de las víctimas de accidentes que necesitan una fuente segura de apoyo financiero después de haber sido privadas, de manera permanente o temporal, de su capacidad de trabajo”.<sup>126</sup> Más allá del caso neozelandés, las alternativas son muchas. Podrían crearse fondos financiados con impuestos generales, impuestos especiales sobre quienes realizan actividades riesgosas o con la recaudación de multas cobradas a los agentes culpables.

El reemplazo de la responsabilidad civil *in totum* parece inviable, al menos en las sociedades liberales, pero es conceptualmente posible, y ello muestra que la compensación no es una función *distintiva* de la responsabilidad civil. Esta puede conseguirse de muchas maneras. Una opción intermedia, probablemente la más aceptable, es la complementación de la responsabilidad por fondos específicos para ciertos problemas sociales a los que la responsabilidad dará típicamente una respuesta deficiente. Esta tendencia se aprecia en los ordenamientos jurídicos modernos, que, en lugar de situarse en los extremos de la pura responsabilidad civil o su reemplazo por fondos sociales de compensación, implementan modelos mixtos. De esta forma, algunos sistemas emplean, por regla general, la responsabilidad civil para gestionar los daños que nos causamos unos a otros, a la vez que también crean fondos de compensación para atender la situación de una clase concreta de víctimas. En España, por ejemplo, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo tiene por objeto

el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la

---

<sup>126</sup> V. Todd, “Accident Compensation and the Common Law”, p. 22. El sistema ha experimentado sucesivas reformas en 1982, 1992, 1998, 2001, 2005, 2008 y 2010, sin embargo, en su esencia no ha cambiado.

finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista.<sup>127</sup>

Asimismo, en el ámbito de los accidentes de circulación, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, dispone que corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros asumir la indemnización de las víctimas en una serie de casos, tales como los daños causados por vehículos desconocidos, robados o carentes de seguro o, incluso, cuando la compañía aseguradora de la parte demandada fuese insolvente, entre otros supuestos.<sup>128</sup>

Las ventajas de los fondos de compensación tienen que ver con que los fundamentos de la responsabilidad y del derecho a ser indemnizado no están unificados. Una víctima puede tener derecho a recibir una indemnización sin mostrar exactamente quién es responsable por el daño que sufrió. El Estado podría prever una sanción para los agentes dañadores, pero su fracaso en probar la responsabilidad de un demandado en concreto no frustraría las pretensiones compensatorias de la víctima. En lo que hace a la función compensatoria, los fondos sociales creados para tal efecto pueden tener un mejor desempeño que la responsabilidad civil.

En conclusión, la responsabilidad civil puede contribuir, en alguna medida no determinable en abstracto, a la función compensatoria. Cuán exitosa sea la responsabilidad civil para lograr este objetivo es una cuestión contingente que debe estudiarse cuidadosamente en cada sistema jurídico. ¿Cuántas víctimas de accidentes quedan cada año sin compensación, y qué tipo de lesiones sufren? Si la respuesta fuese que muchas víctimas no logran una justa indemnización y que las lesiones son de aquellas que consideramos centrales para el desarrollo de las personas, como la integridad física y la salud, entonces la responsabilidad civil contribuirá bastante poco a la función compensatoria, y la idea de reemplazarla por fondos sociales capaces de atender estas necesidades con urgencia cobra más fuerza. En todo caso, queda claro que la compensación no es una función capaz

<sup>127</sup> Ley 29/2011, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, art. 1.

<sup>128</sup> V. Real Decreto Legislativo 8/2004, art. 11.

de justificar la responsabilidad civil, ya que otros mecanismos institucionales *podrían* lograr ese objetivo de mejor manera.

## 2. La disuasión de daños ineficientes

La otra función que es muy frecuentemente atribuida a la responsabilidad civil es la disuasión de daños ineficientes.<sup>129</sup> En principio, es esperable que la responsabilidad civil contribuya a mantener en un nivel razonable la cantidad y la gravedad de los daños que se producen en una sociedad, pues tanto los potenciales agentes dañadores como las víctimas reciben incentivos para que su comportamiento no sea terriblemente ineficiente. Los agentes procurarán tomar medidas para no ser responsabilizados —o para pagar menos indemnizaciones si la responsabilidad fuese objetiva— y las víctimas intentarán obrar con alguna prudencia a fin de no ser declaradas responsables de su propio daño. Ello, por cierto, no significa que las partes siempre vayan a comportarse de manera óptima.<sup>130</sup>

En primer lugar, las propias reglas no imponen estándares maximizadores. La concepción económica de la culpa —la omisión de aquellas diligencias cuyo coste sea menor que el valor esperado del daño—,<sup>131</sup> aunque no es totalmente ajena al discurso jurídico, en ninguna jurisdicción que conozca está plenamente vigente. En segundo lugar, aun cuando los estándares de comportamiento estuviesen orientados a ofrecer incentivos para la conducta eficiente, se ha demostrado

---

<sup>129</sup> Entre muchos otros, V. Calabresi, *The costs of accidents...*, cit., pp. 69 y ss.; Cane y Atiyah, *op. cit.*, pp. 439 y ss.; Dobbs *et al.*, *op. cit.*; Fried y Rosenberg, *Making tort law: What should be done and who should do it*; Landes y Posner, *The economic structure of tort law*, pp. 10-11; Nolan, *op. cit.*; Salvador Coderch, *op. cit.*, pp. 113-115.

<sup>130</sup> La intuición detrás de esta afirmación es que en el mundo real las condiciones exigidas por los modelos económicos solo se instancian parcialmente y, aunque esto debilita los efectos económicos de las reglas, no los anula totalmente. Existen estudios empíricos que corroboran esta hipótesis. V. por ejemplo, Schwartz, "Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law really Deter?" en *UCLA Law Review*. Para un argumento mucho más crítico sobre la capacidad disuasoria del derecho de daños, que cita otros estudios más pesimistas, V. Sugarman, "Doing Away with Tort Law", en *California Law Review*, pp. 564-573.

<sup>131</sup> Esta simple regla económica fue sintetizada por el juez Learned Hand en el famoso caso *United States vs. Carroll Towing Co.*, al definir la culpa como una función de tres variables: (i) la probabilidad de que ocurra el accidente; (ii) la gravedad del daño, si el accidente tiene lugar; y (iii) el coste de las precauciones necesarias para evitarlo. Cuando el agente omite las precauciones siendo que su coste es inferior al valor esperado del daño que se evitaría, entonces sencillamente debe decirse que es *culpable*.

analíticamente que ningún conjunto de reglas es capaz de incentivar simultáneamente a los potenciales agentes dañadores y a las potenciales víctimas para que se comporten de manera óptima.<sup>132</sup> En tercer lugar, más allá del propio contenido de las reglas de responsabilidad, las partes toman sus decisiones sobre diligencia e imposición de riesgos a terceros en un contexto de altos costes de transacción. Existen defectos informativos —y, por ende, errores de cálculo en cuanto a las diligencias óptimas o el monto de los daños que pueden causarse— y conductas inobservables —y, por consiguiente, incentivos perversos para ahorrar los costes de la diligencia, pues nadie será condenado por una culpa que es incomprobable—. Además, deben considerarse los efectos distorsivos producidos por la complejidad de las normas jurídicas —que dificultan su conocimiento y utilización por los agentes—, los procedimientos judiciales mal diseñados —que imponen barreras a la obtención de una indemnización— y ciertos condicionamientos sociales mencionados en el apartado anterior, como la ignorancia de los propios derechos, las dificultades para conseguir un asesoramiento adecuado o la falta de financiamiento para llevar adelante un litigio por la pérdida sufrida. Todos estos factores atentan contra la *eficacia* y, en última instancia, contra la *eficiencia* de las reglas de responsabilidad, incluso de las mejor pensadas para lograr una disuasión óptima.<sup>133</sup>

Más allá de las razones por las cuales la responsabilidad civil es incapaz de tener un desempeño disuasorio óptimo, también debe notarse que la responsabilidad civil es innecesaria para el logro de esta función. Esto es así porque puede lograrse que tanto los agentes como las víctimas se comporten de manera óptima mediante instituciones distintas de la responsabilidad. Piénsese que los incentivos para que los potenciales agentes dañadores adopten precauciones óptimas pueden generarse mediante el castigo penal —o las multas administrativas— por daños causados o incluso por la mera realización de la actividad riesgosa. Asimismo, los incentivos para que la víctima no adopte precauciones excesivas podrían lograrse mediante un esquema de compensación social que cubra sus perjuicios en la medida en que la misma parte dañada no haya contribuido causalmente al accidente. Por ende, una combinación de derecho penal —o derecho adminis-

<sup>132</sup> Shavell, "Strict Liability versus Negligence" en *The Journal of Legal Studies*, p. 7.

<sup>133</sup> He tratado con más detalle todas estas cuestiones en Papayannis, *El derecho privado...*, cit., cap. 1.

trativo— y un fondo social de compensación sería capaz de lograr los mismos incentivos que la responsabilidad civil para todas las partes involucradas.<sup>134</sup>

Todavía podría argumentarse a favor de la responsabilidad civil que pueden ahorrarse los costes de gestionar estos dos sistemas alternativos simplemente reconociendo a la víctima un derecho a demandar al agente dañador. ¿Para qué implementar diversas instituciones que gestionarían dos aspectos distintos de la misma interacción dañosa por separado —la sanción disuasoria por un lado y la compensación de las víctimas por el otro—, cuando una sola institución —la responsabilidad civil— es capaz de resolver a la vez, y en idéntico sentido que los esquemas alternativos, el problema social de brindar incentivos correctos a las partes de la interacción? La respuesta es que en realidad esta tesis requiere una indagación empírica para ser constatada. Sin un estudio al respecto, no puede saberse si la responsabilidad civil es más cara o más barata de gestionar que otros sistemas alternativos combinados. De hecho, algunos estudios señalan que la responsabilidad civil genera costes de administración más bien elevados. Según Shavell, por cada dólar que reciben las víctimas en Estados Unidos en concepto indemnizatorio se invierte un dólar o más para gestionar la transferencia.<sup>135</sup>

En definitiva, la disuasión óptima no es una función *distintiva* de la responsabilidad civil, porque puede alcanzarse por medios distintos de esta, ni la responsabilidad civil parece particularmente exitosa en lograr este objetivo. Ello sugiere que, pese que podamos intuir que la responsabilidad civil contribuye a disuadir *en alguna medida* los daños ineficientes, parece difícil justificar esta institución apelando a estos fines o funciones.

### 3. La prevención

La función preventiva debe ser claramente distinguida de la función disuasoria.<sup>136</sup> En ambos casos se trata de que el daño no ocurra, pero la disuasión deja

---

<sup>134</sup> Un excelente desarrollo de esta idea puede consultarse en Weinrib, “The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law”, *Valparaiso University Law Review*, pp. 503 y ss.

<sup>135</sup> Shavell, “Liability for Accidents”, en *Handbook of Law and Economics*, p. 151.

<sup>136</sup> Este no siempre es el caso en la literatura. V. entre otros, Salvador Coderch *et al.*, *Prevenir y castigar: la libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, pp. 117-124; y Vergara, *Sistema maestro de responsabilidad civil*, p. 29.

libertad de acción al agente, mientras que la prevención se la niega. La acción preventiva no consiste en ofrecer incentivos para que el agente opte por un modo de actuación más seguro, sino que se intenta suprimir la fuente generadora de riesgo. Esto es claro en supuestos como la denuncia de daño temido. Si una compañía constructora insiste en edificar pese a que las condiciones del terreno no son apropiadas, la disuasión le envía el siguiente mensaje: si dañas en el curso de tu edificación defectuosa, deberás indemnizar a quienes sean perjudicados. La decisión de continuar con la actividad y de exponer al riesgo a las potenciales víctimas pertenece enteramente al potencial agente dañador. En contraste, la acción preventiva le impide continuar con la obra, si fuera necesario mediante la asistencia de la fuerza pública. La obra se paraliza y con ello se suprime la fuente del riesgo. La decisión de las víctimas de no tolerar el riesgo prevalece por sobre la voluntad del agente de exponerlas al riesgo asumiendo eventualmente los costes del resarcimiento ordenado por la ley. Como puede apreciarse, la acción preventiva tiene sentido cuando es probable que las reglas indemnizatorias no sean efectivamente disuasorias para los potenciales agentes dañadores. La diferencia entre ambas figuras es de capital importancia, ya que la prevención supone una injerencia mucho mayor en la libertad de acción que la disuasión.

Una interpretación similar corresponde a la figura de los gastos preventivos, mencionada en el apartado II.3.A, conforme con la cual la potencial víctima puede reclamar el reembolso de los gastos en que hubiera incurrido para evitar un daño cuya producción era inminente, en la medida en que hayan sido razonables. Si esos gastos son razonables, era exigible para el agente dañador realizarlos. Ante la omisión del agente, la víctima queda expuesta a un riesgo que tiene derecho a no sufrir. Los principios preventivos empoderan a la víctima haciendo que no sea voluntario para el agente asumir el coste de las precauciones óptimas. La lógica de la disuasión es reemplazada por la de la prevención.

Esta tendencia preventiva en el derecho moderno es difícilmente discutible, sin embargo, podrían existir dudas sobre si corresponde ubicarla conceptualmente en la responsabilidad civil. Hay quienes han argumentado enérgicamente que la responsabilidad civil no tiene por función la protección de derechos subjetivos. Acciones como las mencionadas más arriba, que tienen por finalidad evitar o poner fin a una injerencia ilegítima sobre un bien protegido por un derecho subjetivo,

quedan fuera de la responsabilidad civil, que, en cambio, tiene una función puramente compensatoria o resarcitoria.<sup>137</sup> Ciertamente, esta visión de la responsabilidad civil es la que se ha reproducido mayormente en la literatura. La responsabilidad como reacción o respuesta. Pero la palabra *responsabilidad*, como es bien sabido, admite varios sentidos.<sup>138</sup> Dos de ellos son relevantes aquí. En el primer sentido, una persona es responsable en tanto es vulnerable a la acción de otra mediante la cual le reclama un resarcimiento. En un segundo sentido, hablamos de “las responsabilidades de una persona” para hacer referencia a sus deberes. Así, no considero un abuso del lenguaje afirmar que nuestra responsabilidad civil, nuestros deberes respecto de otros ciudadanos de la comunidad, comienzan mucho antes de que les causemos algún daño. Todos tenemos, como mínimo, la responsabilidad —el deber— de tomar precauciones razonables a efectos de no dañar a otros. Es parte de nuestras responsabilidades recíprocas procurar que otros no resulten dañados por nuestras acciones culposas o meramente riesgosas, según lo establecido en cada sistema jurídico.

Esta reconstrucción es coherente con la concepción según la cual el mundo normativamente ideal es aquel en el cual el daño no tiene lugar. Nótese que el aspecto preventivo se ajusta perfectamente a la tesis según la cual existe una brecha valorativa insalvable entre los estados de cosas en los cuales no se producen daños y aquellos en los cuales el daño es compensado.<sup>139</sup> Podría pensarse que esta prioridad del mundo sin daño debería justificar una expansión mayor del aspecto preventivo. ¿Por qué indemnizar si se puede evitar el riesgo?

La respuesta es que, dado que la acción preventiva se toma antes de que el agente infrinja su deber de no dañar, en algunos casos es difícil justificar su concesión sin vulnerar los derechos ajenos.<sup>140</sup> Los casos fáciles son aquellos en los que hay certeza de que la conducta realizada es *per se* ilícita. Por ejemplo, si el agente

<sup>137</sup> Pantaleón, “Comentario al art. 1902...”, *cit.*, pp. 1971-1972.

<sup>138</sup> Hart, *op. cit.*, p. 212.

<sup>139</sup> Papayannis, “La práctica del *alterum...*”, *cit.*, pp. 41-42; Papayannis, *El derecho privado...*, *cit.*, pp. 77-78; Vargas Tinoco, “El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención”, en *Filosofía del derecho privado*, p. 348.

<sup>140</sup> En efecto, hay diversas situaciones que exigen considerar distintos factores para tomar una decisión idónea en materia preventiva. V. Vergara, *op. cit.*, pp. 42, 45 y ss.

pone en peligro a la potencial víctima infringiendo su deber de diligencia, esta circunstancia ya ofrece bases independientes de la inminencia del daño para suprimir la conducta. Pero en ocasiones el tribunal puede tener dudas de si se ha violado el estándar de diligencia o de si un riesgo en principio *lícito* amenaza concretarse de modo realmente inminente. En sede preventiva, las personas juzgadas pueden enfrentarse a una difícil decisión. Deben determinar cómo proteger eficazmente a la víctima antes de que ocurra el daño, sin incurrir en una tasa de error judicial que coarte de manera injustificada la libertad de acción de los potenciales agentes dañadores. Sin duda, la magnitud del riesgo, la inminencia del daño, el tipo de daño que se produciría, su eventual irreparabilidad, entre otros factores, son relevantes para la función preventiva.

Aun así, pese a que la tendencia preventiva es creciente en la responsabilidad civil moderna, no se trata de una función *distintiva*, ya que la prevención podría lograrse también con normas del derecho administrativo. No hay ninguna razón conceptual por la cual la prevención pertenezca necesariamente al ámbito de la responsabilidad civil.

#### 4. La definición de derechos: justicia distributiva y redistribución de recursos

La definición de derechos entre las partes es lo que en la doctrina se conoce como *función de demarcación*.<sup>141</sup> En otros trabajos, expliqué que no hay una manera distributivamente neutral de decidir cuáles deberían ser las reglas apropiadas para regular las interacciones privadas.<sup>142</sup> Decidir si en un determinado ámbito debe regir la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por culpa, cuál es el estándar de diligencia exigible, qué causas de exoneración podrán invocarse y con qué consecuencias, cuál será la extensión de la responsabilidad, en qué condiciones —si acaso— se responde por las acciones de otras personas, qué regla de asignación se empleará cuando intervengan múltiples causantes, solo por mencionar algunas cuestiones relevantes en los juicios de responsabilidad civil,

<sup>141</sup> V. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 43; V. también McBride y Bagshaw, *Tort Law*, pp. 2 y ss.

<sup>142</sup> Papayannis, *Comprensión y justificación...*, *cit.*, p. 317; y Papayannis, *El derecho privado...* *cit.*, pp. 203 y ss.

requiere atender —seguramente entre otras cosas— a la manera en que esas reglas beneficiarán y, correlativamente, perjudicarán tanto al grupo de los potenciales agentes dañadores como al de las potenciales víctimas. Por ello, es esencial prestar atención al contexto característico en que tiene lugar la interacción: ¿se trata de riesgos razonables que las partes se imponen recíprocamente o, por el contrario, son riesgos que un colectivo impone sistemáticamente a otro? ¿Involucra el riesgo una perspectiva de daños graves, moderados o leves? ¿Afectan estos daños al patrimonio o a otros derechos de mayor jerarquía, como la salud? Todos estos factores inciden en el juicio distributivo respecto de qué regla resulta más apropiada en cada situación.<sup>143</sup>

Por supuesto, esto no implica que las consideraciones de justicia en la distribución de riesgos y daños sean las únicas pertinentes. Más bien, se apunta a rechazar que las consecuencias distributivas negativas puedan ser ignoradas o, una vez consideradas, relegadas sin una razón de peso que las contrarreste. El argumento de que el derecho privado no es distributivo y, por ello, que las consecuencias distributivas deben quedar fuera del análisis, fracasa si se acepta que (i) las reglas de la responsabilidad extracontractual configuran lo que en otros trabajos he denominado *derechos y deberes de indemnidad* —es decir, derechos a no sufrir ciertos daños y los correlativos deberes de no causarlos— y (ii) estos derechos de indemnidad son un bien que toda persona racional desearía para poder desarrollar el plan de vida que elija, en el marco de una política liberal de derechos.<sup>144</sup> Aceptadas estas premisas, no puede desconocerse el componente distributivo de la responsabilidad civil ni, por implicación, la pertinencia de considerar en el momento del diseño institucional el patrón distributivo que las distintas reglas tienden a generar.

No puedo explayarme demasiado aquí sobre los derechos y deberes de indemnidad. Basta con señalar de modo sucinto que son el componente más importante de aquello que distribuye la responsabilidad civil. No es lo único que distribuye,

---

<sup>143</sup> Keating, “Is cost-benefit analysis the only game in town?”, en *Southern California Law Review*, pp. 201 y ss.; y Keating, “A social contract conception of the tort law of accidents”, en *Philosophy and the law of torts*, pp. 31-32.

<sup>144</sup> Papayannis, “Derechos y deberes... cit”, pp. 705-707.

pues también impone, por ejemplo, cargas probatorias, establece tasas de interés, costas judiciales, etcétera, que sin alterar los términos de interacción tienen efectos económicos inmediatos sobre las partes.<sup>145</sup>

Me interesa, no obstante, centrarme en las reglas que regulan las interacciones. Estas garantizan a los individuos tanto el derecho a no sufrir determinadas pérdidas en ciertas circunstancias —como la acción dolosa, negligente o riesgosa— como un derecho secundario —que se activa con la vulneración del derecho primario— a recibir una indemnización que neutralice tanto como sea posible el perjuicio injustamente sufrido. A la vez, impone el deber de no dañar en ciertas circunstancias —como la acción dolosa, negligente o riesgosa— y el deber secundario —que se activa con la infracción del deber primario— de indemnizar los daños injustamente causados. Así, las reglas de responsabilidad —y también las del derecho contractual y los derechos reales— delimitan (i) una esfera de *indemnidad*, es decir, una protección contra la interferencia injustificada de otras personas, y (ii) una esfera de *libertad* de acción que al mismo tiempo es el fundamento de una *inmunidad* contra los reclamos de terceros. En la medida en que la persona respete los términos de interacción establecidos jurídicamente, puede obrar en el mundo sin quedar sujeta a la potestad de otros de exigir responsabilidades ulteriores. Mientras más exigentes sean los deberes, menor será el ámbito de libertad que dejan al actor, pero mayor la indemnidad que conceden a la potencial víctima, y viceversa.<sup>146</sup>

Como puede apreciarse, la cooperación social es imposible sin un marco normativo que establezca términos equitativos o razonables para la interacción privada. La coordinación colectiva, los proyectos comunes, los negocios complejos y las múltiples relaciones sociales de amistad o asociación entre las personas solo son posibles cuando se cuenta con un conjunto de reglas como las provistas por la

---

<sup>145</sup> De forma mediata, sin embargo, los efectos de estas reglas pueden trascender lo meramente económico. Si las personas de un grupo desaventajado carecen de recursos para defender sus derechos, resultan más atractivas para los generadores de riesgos que otros colectivos mejor posicionados para demandar y ganar los pleitos. A la postre, es previsible que la desigualdad económica tenga efectos negativos sobre otros derechos, como la salud o la integridad física.

<sup>146</sup> Para una explicación completa, V. Papayannis, *Comprensión y justificación... cit.*, pp. 286 y ss.

responsabilidad civil, los contratos y los derechos reales. Estas normas son esenciales para la cohesión y la estabilidad social.<sup>147</sup>

Conforme con una postura liberal, estos términos de interacción pacífica solo serán razonables o equitativos si toman en consideración los intereses de los agentes, concebidos como personas libres e iguales, y distribuyen adecuadamente los beneficios y las cargas que de allí derivan. El esquema de cooperación social no puede ser razonable si limita demasiado la libertad en beneficio de la indemnidad de otros o, por el contrario, garantiza un amplio margen de libertad en perjuicio de esa indemnidad. Esto es así en cualquier contexto de riesgos porque tanto la libertad como la indemnidad son dos componentes igualmente necesarios para la autonomía. Un individuo que goza de una gran seguridad personal por imperio de unas normas que al mismo tiempo socavan totalmente su libertad de acción no es autónomo, pero tampoco lo es cuando el coste de su libertad es una total ausencia de seguridad personal. Un plan de vida sostenible requiere un buen equilibrio entre ambas cosas. El desafío, entonces, es encontrar aquella configuración del derecho privado que refleje un compromiso razonable entre estos componentes de la autonomía.

Llegados a este punto, el argumento distributivo puede ser comprendido en su dimensión política. Sean cuales fueren los propósitos o fines que una persona elija para su vida, para llevarlos a término necesitará gozar de una libertad de acción considerable y, simultáneamente, estar protegida contra las interferencias de terceros en una buena medida. Como la protección contra las interferencias normalmente se implementa con deberes de indemnidad que, siendo de aplicación general, a la vez restringen su libertad, nadie querría ni una indemnidad absoluta ni una libertad absoluta.

Los derechos y deberes de indemnidad se ajustan a lo que Rawls denominó “bienes primarios”.<sup>148</sup> Definidos ampliamente, estos bienes incluyen derechos y libertades básicos, libertad de movimiento y ocupación o trabajo en un marco diverso

---

<sup>147</sup> V. Gerhart, *Tort law and social morality*, cap. 1.

<sup>148</sup> Adhiero así a lo que Kordana y Tabachnick —“Rawls and Contract Law”, en *Law Review*, pp. 606 y ss.— denominan “una concepción amplia de la estructura básica”.

de oportunidades, poderes y prerrogativas asociadas a funciones y posiciones de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas de la estructura básica, el ingreso y la riqueza, y las bases sociales del autorrespeto.<sup>149</sup> Estos son bienes que cualquier persona racional desearía con independencia de cuáles fuesen sus objetivos o proyectos en la vida. Por supuesto, una persona puramente racional desearía el máximo de libertad y el máximo de indemnidad para sí misma. Sin embargo, no sería *razonable*, en términos de Rawls, en tanto esa configuración solo es posible despreciando los derechos de otras personas a un conjunto de bienes iguales. Solo cuando se desprecia el plan de vida de otras personas, cuando no se las considera como libres e iguales, puede pretenderse la prevalencia de unas reglas que privilegian la propia autonomía en desmedro de la de todos los demás. Las personas razonables aceptan al otro como un par que alberga su propia concepción de lo bueno y, por ello, también requiere de indemnidad y libertad. La persona razonable, en definitiva, desea una conciliación adecuada de estos valores y, por consiguiente, reconoce que su libertad e indemnidad no pueden ser absolutas en un esquema *equitativo* de cooperación social.<sup>150</sup>

También en lo que hace al ingreso y la riqueza, como bienes primarios, el derecho privado desempeña un papel fundamental en su distribución y redistribución. No me refiero solamente a que la regulación de la propiedad, el derecho de familia o las sucesiones influyen sobre la capacidad de los individuos de adquirir y acumular riqueza. La responsabilidad civil y el derecho contractual tienen efectos *redistributivos* del ingreso. Una regla que impone un deber de diligencia en un determinado contexto allí donde no existía no solo cambia la distribución de los derechos y deberes de indemnidad entre las partes, sino también redistribuirá el ingreso a futuro entre aquellas personas obligadas por el nuevo deber y aquellas que resultan beneficiarias de esa norma. Antes de la existencia del deber, la potencial víctima que deseara reducir el riesgo al que estaba expuesta debía invertir una cantidad de dinero en precauciones. Luego de la creación del deber, es el agente dañador quien está compelido a incurrir en esos gastos para no ser considerado negligente. Eso supone que parte del ingreso del agente dañador será

<sup>149</sup> V. Rawls, *Political Liberalism*, pp. 181, 308 y ss.; y Rawls, *A theory of justice*, pp. 54 y 79.

<sup>150</sup> Para la idea de razonabilidad, V. Rawls, *Political Liberalism*, *cit.*, pp. 48 y ss.

transferido implícitamente a la víctima, que, sin incurrir en los costes de las precauciones, gozará del mismo nivel de seguridad que antes. Lo mismo ocurre con las reglas del derecho de contratos que imponen deberes de información o garantías a favor de la parte vulnerable. Estas medidas serán progresivas si la transferencia, en el ámbito general —no caso a caso—, tiene una dirección desde los grupos privilegiados a los grupos menos aventajados.<sup>151</sup>

Lo dicho hasta aquí podría conducir a un grave equívoco que intentaré prevenir. El aspecto distributivo y redistributivo de la responsabilidad civil no tiene prácticamente impacto en el patrón de razonamiento que deben seguir las personas juzgadoras para resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Corresponde a la legislación tener en cuenta las consecuencias distributivas y redistributivas de las reglas para evitar efectos *disfuncionales*, como un empeoramiento de las clases sociales desaventajadas.<sup>152</sup> Ahora bien, una vez que la legislación establece el conjunto de reglas, la persona juzgadora debe aplicarlas, con independencia de sus efectos distributivos. De lo contrario, estaría invadiendo incumbencias propias del poder que goza de mayor legitimidad democrática para definir estas cuestiones.

La persona juzgadora solo ocasionalmente deberá considerar los efectos distributivos de sus decisiones. En concreto, deberán realizar juicios más bien complejos que incluyan consideraciones de justicia distributiva, pero que no se agoten en ellas, cuando exista una laguna jurídica, una antinomia o una indeterminación que requiera ser resuelta a fin de dictar sentencia. A modo de ilustración, si el estándar de diligencia aplicable no está perfectamente perfilado por la legislación, la persona juzgadora deberá tomar en cuenta, entre otras cosas, los efectos distributivos globales de una regla que establece un determinado nivel de exigencia y que esta misma persona creará para poder resolver el caso.<sup>153</sup> La responsabilidad

---

<sup>151</sup> Los efectos redistributivos pueden ser neutralizados total o parcialmente si el agente afectado es capaz de trasladar esos costes adicionales al propio beneficiario de la norma redistributiva o a un tercero. Siguiendo a Duncan Kennedy —Kennedy, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, en *Law Review*, pp. 605 y ss.—, aquí solo diré que la posibilidad de trasladar costes es contingente y limitada, por lo que los efectos redistributivos rara vez son completamente neutralizados.

<sup>152</sup> Sobre los efectos regresivos de la responsabilidad civil, *cf.* Keren-Paz, *op. cit.*

<sup>153</sup> Siendo que normalmente las y los jueces tienen obligación de fallar, si una situación no está prevista en la legislación, no podrá dictar una sentencia lógicamente fundada sin una norma general que deberá

de la persona juzgadora aquí es ineludible, aunque ocasional. Por otra parte, la persona juzgadora también deberá incorporar consideraciones distributivas cuando el propio sistema jurídico remita a ellas. Excepcionalmente, como se ha visto, serán aplicables las normas sobre responsabilidad o reducción de la indemnización por razones de equidad.<sup>154</sup> Aquí la idoneidad institucional de la persona juzgadora para realizar juicios distributivos es incuestionable. Primero, porque es la propia legislación la que encomienda a la persona juzgadora realizar estos juicios. Segundo, porque no se trata de considerar los efectos globales de una norma, sino los efectos particulares de una decisión sobre responsabilidad o sobre reducción de la indemnización por razones de equidad, lo que requiere una comparación de la situación patrimonial de las partes del proceso. La información relevante para esta clase de evaluaciones está mucho más acotada y las repercusiones de estas decisiones tienen menor incidencia en el sistema general de responsabilidad civil.

Para concluir, la función de demarcación, y sus funciones derivadas distributiva y redistributiva, no son *distintivas* de la responsabilidad civil. La definición de derechos puede lograrse también con el derecho penal y el resto de las ramas del derecho. Por su parte, los objetivos distributivos y redistributivos tradicionalmente son desarrollados de modo más explícito por el derecho tributario y del gasto público; sin embargo, a diferencia de otras funciones, como la preventiva, una vez que se cuenta con un sistema de responsabilidad civil estas funciones son *necesarias*: la idea de una responsabilidad que no defina los derechos, no distribuya derechos y deberes ni redistribuya nunca recursos de unas personas a otras es conceptualmente imposible. En cambio, sí es concebible una responsabilidad civil que no implemente las funciones preventiva o punitiva, por ejemplo.

## 5. La reducción de costes secundarios

En su famoso libro *The Costs of Accidents*, Guido Calabresi distinguió tres tipos de costes, que denominó “primarios”, “secundarios” y “terciarios”. Los costes primarios

---

crear en el mismo acto de decisión. V. Bulygin, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en *Análisis lógico y derecho*, pp. 358 y ss.

<sup>154</sup> V. apartado II.3.E en este capítulo.

están dados por la cantidad y la gravedad de accidentes que ocurren y las precauciones que se invierten para evitar daños aún mayores. Se trata del coste más obvio o explícito de las interacciones dañosas. Los costes secundarios tienen que ver con el hecho de que los costes primarios de los accidentes recaigan sobre pocas personas o sobre quienes están en peores condiciones económicas de soportarlos —es decir, quienes ostentan una menor capacidad contributiva—. Detrás de esta categoría de costes opera el principio de utilidad marginal decreciente, según el cual hacer recaer un daño de 1 000 sobre 10 personas con capacidades contributivas similares reduce el bienestar social menos que hacerlo recaer sobre una de ellas. Asimismo, hacer recaer la pérdida de 1 000 sobre una persona que gana el salario mínimo impacta en su bienestar mucho más de lo que impactaría sobre el bienestar de una persona extremadamente rica. Finalmente, están los costes terciarios, que son aquellos en los que se incurre a fin de gestionar un sistema de responsabilidad civil. Esto incluye el gasto estatal en administrar justicia, pero también lo que las partes destinan al pago de abogadas y abogados, personas que realizan peritajes, etcétera, para llevar el litigio adelante.<sup>155</sup>

En lo que aquí interesa, los costes secundarios pueden ser reducidos de dos maneras: (i) haciendo que recaigan sobre la parte con mayor capacidad contributiva o (ii) dispersando el coste de los accidentes entre muchas personas a lo largo del tiempo.<sup>156</sup>

En cuanto a lo primero diré muy poco aquí, puesto que las únicas reglas capaces de hacer recaer los daños o su indemnización sobre la parte con mayor capacidad contributiva son aquellas referidas, nuevamente, a la indemnización y la reducción de la indemnización por razones de equidad.<sup>157</sup> Estas reglas, no obstante, son de aplicación más bien excepcional.

En lo que hace a la dispersión del coste entre muchas personas, en cambio, la responsabilidad civil puede contribuir de varias maneras. Podría implementarse

---

<sup>155</sup> Sobre los diversos tipos de costes, V. Calabresi, *The costs of accidents...*, cit., pp. 26 y ss.

<sup>156</sup> *Ibid.*, pp. 39-44

<sup>157</sup> V. apartado II.3.E de este mismo capítulo.

algún esquema de seguro obligatorio para ciertas actividades, como ocurre en materia de circulación automotor, o, alternativamente, confiarse en el seguro voluntario. Esto último requiere abordar una serie de dificultades asociadas en general con la falta de información para evaluar riesgos, las preferencias por el bienestar actual antes que el bienestar posterior al momento del accidente<sup>158</sup> o la incapacidad psicológica para comprender que los accidentes no son un fenómeno ajeno, algo que siempre ocurre a otras personas.<sup>159</sup>

En cualquiera de sus versiones, los seguros pueden generar un problema denominado riesgo moral —*moral Hazard*—. Al menos respecto de los daños patrimoniales, los individuos que están cubiertos por un seguro tienden a adoptar precauciones insuficientes, ya que nunca asumirán el coste total del accidente. Será la compañía de seguros la que cargará con el daño y, a lo sumo, si puede observar la conducta del agente, aumentará su prima de seguro en razón del incremento en la tasa de siniestralidad.<sup>160</sup> Por lo tanto, ya puede advertirse que la reducción de los costes secundarios tiene incidencia en la cantidad —o en la gravedad— de los accidentes, es decir, incrementa en alguna medida el volumen de los costes primarios.

Una manera eficaz de fomentar el seguro voluntario es la imposición de responsabilidad objetiva sobre quienes pueden contratar un seguro, quienes pueden autoasegurarse o quienes tienen la capacidad de trasladar a los consumidores el valor del daño a través de los precios.<sup>161</sup> En el primer caso, aunque la dispersión no depende de esto, lo óptimo sería imponer responsabilidad sobre quienes pueden contratar el seguro *a menor coste*. De ahí que la previsibilidad sea uno de los criterios más importantes para determinar el alcance de la responsabilidad. Solo quien puede prever las consecuencias por las cuales será responsable puede estar

---

<sup>158</sup> Por supuesto, contratar un seguro supone privarse de dinero en un primer momento, lo que disminuye la capacidad de consumo, para recibir dinero en un momento posterior, luego del accidente. Muchas personas podrían preferir no asegurarse, a fin de mantener su consumo actual en un nivel más elevado.

<sup>159</sup> Calabresi, *The costs of accidents...*, cit., pp. 56-59.

<sup>160</sup> Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, pp. 56-57.

<sup>161</sup> Priest, "The Invention of Enterprise Liability: A critical history of the intellectual foundations of modern tort law", *The Journal of Legal Studies*, p. 520.

motivado para contratar un seguro.<sup>162</sup> En el segundo caso, se trata de responsabilizar a quien puede ahorrar en el tiempo presente para afrontar daños en el futuro. La dispersión se produce en el tiempo y no entre las personas. Por último, también puede responsabilizarse objetivamente a las empresas que son capaces de trasladar el coste de los daños a los consumidores mediante un leve incremento en los precios. De esta forma, idealmente el consumidor termina pagando por un seguro que valora —porque está dispuesto a seguir comprando el producto a un precio más alto que incluye el seguro— pero que no es capaz de adquirir por sí mismo en el mercado.

Estas funciones tampoco son *distintivas*, ni necesarias, de la responsabilidad civil, ya que pueden lograrse mediante otros mecanismos de compensación social. Sin embargo, son una parte cada vez más importante del derecho moderno. La expansión de la responsabilidad objetiva, en el grado en que se ha considerado equitativo durante el siglo XX, hubiese sido inviable sin un buen desarrollo de la industria del seguro. Además, en algunas jurisdicciones las personas juzgadoras han tomado como relevante para fundar sus decisiones el hecho de que la parte demandada estuviese asegurada.<sup>163</sup> Esta estrategia no está exenta de peligros, puesto que la función principal de la responsabilidad civil no es dispersar el coste de los accidentes. El foco excesivo en este objetivo puede generar distorsiones en materia de responsabilidad interpersonal, función que veremos más adelante.

## 6. La función sancionadora

Es un tema controvertido si la responsabilidad civil cumple funciones sancionadoras. Para aclarar el debate, creo necesario distinguir dos cuestiones. En primer lugar, cabe preguntarse si por regla general el remedio típico de la responsabilidad civil, es decir, la indemnización de daños y perjuicios tiene algún componente sancionador. Argumentaré que no lo tiene. En segundo lugar, corresponde analizar qué ocurre con la nueva tendencia de incorporar los daños punitivos

<sup>162</sup> Calabresi, “Concerning cause and the law of torts: An essay for Harry Kalven, Jr.”, en *The University of Chicago Law Review*, p. 75.

<sup>163</sup> Keren-Paz, *op. cit.*, pp. 141 y ss.; y Álvarez Lata, “La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo”, en *Tratado de responsabilidad civil*, p. 971.

como uno de los remedios disponibles. En este caso, sostendré, todo depende de la concepción que se tenga de ellos.

El remedio indemnizatorio es claramente impropio para sancionar a la parte demandada. En primer lugar, uno de los principios rectores de la responsabilidad en su faceta subsanadora es que *no hay responsabilidad sin daño*. No obstante, una conducta puede ser incorrecta y, por lo tanto, merecedora de sanción, con independencia de que resulte inocua. El derecho penal, de cuyo carácter sancionador nadie duda —más allá de que sea controvertido para qué se castiga—, abarca también acciones que no producen resultados distintos de los incorporados en la propia descripción de la acción, como la punición de acciones imprudentes, y acciones que no producen resultados por causas independientes de la voluntad de su autor, como los delitos en grado de tentativa; en el caso del derecho civil, ninguna excepción al principio de que no hay responsabilidad sin daño tuvo ni tiene lugar.

A efectos del argumento, podría aceptarse que el derecho civil pretende sancionar solo *algunas* conductas reprochables, a saber, aquellas que causan daños. En otras palabras, la responsabilidad civil toma como objeto un subconjunto de las acciones merecedoras de castigo, por alguna razón de política jurídica nunca explicada. Aun en esta versión diluida, la tesis es problemática. La producción del resultado dañoso no modifica el carácter de la conducta del agente. Que su acción sea culpable y el grado en que lo sea —culpa grave, culpa leve o culpa levísima— no depende de la magnitud del daño causado sino, entre otras cosas, de la magnitud del daño que la acción era capaz de causar en el momento en que fue realizada. Una sanción apropiada, entonces, debería ser proporcional a la gravedad de la culpa del agente. Pero esta proporcionalidad no se ve reflejada en la responsabilidad civil, ya que esta parte del ordenamiento jurídico no establece ninguna relación directa entre la gravedad de la acción y el monto de la indemnización, que siempre se determina teniendo en cuenta el perjuicio sufrido por la víctima. Como es bien sabido, conductas que evidencian un gran desprecio por los intereses ajenos, en términos de los riesgos que introducen, pueden causar daños muy leves, y conductas ligeramente culpables pueden causar pérdidas enormes. El remedio indemnizatorio, entonces, hace que algunas conductas mere-

cedoras de un severo castigo reciban una sanción moderada, y otras merecedoras de un castigo moderado reciban una severa sanción. El derecho civil, como instrumento sancionador, no satisface el principio de proporcionalidad, que constituye un elemento básico en la comprensión de la práctica del castigo.

Finalmente, la institución del seguro de responsabilidad civil, desarrollada a comienzos del siglo XIX, antes de que la responsabilidad objetiva se abriese camino, es incompatible con la función sancionadora, en tanto nace cuando el único fundamento de la responsabilidad era la culpa. Además, su propósito principal era proteger el patrimonio del agente dañador, en lugar de garantizar la compensación de las víctimas.<sup>164</sup> Precisamente esto último muestra que no tiene sentido concebir la responsabilidad civil en términos de sanción, ya que solo una concepción muy extraña del castigo permitiría a los agentes asegurarse contra las sanciones impuestas por el sistema. El cumplimiento del castigo es *intuitu personae*. El seguro contra terceros quiebra esta lógica de modo manifiesto. Cualquiera que sea el propósito del castigo, este se frustra completamente si no es el agente mismo quien asume las consecuencias de sus acciones incorrectas.

Distinta es la cuestión respecto de los daños punitivos. La incorporación de los daños punitivos, que consisten en condenar a la parte demandada a un pago extracompensatorio, podría ser vista como una forma de sanción. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. Si la lectura que se hace de los daños punitivos tiene que ver con la disuasión de conductas dolosas o gravemente negligentes en condiciones en que la mera compensación carece de fuerza motivacional suficiente,<sup>165</sup> entonces estos daños son parte de la función disuasoria, reseñada en el apartado III.2. No se trata de una función *distintiva*, aunque esta puede ser una aspiración del sistema. En cambio, si la lectura que se propone de los daños punitivos se basa en su valor expresivo, la sanción puede ser entendida en clave de responsabilidad interpersonal, función que abordaré en el próximo apartado. La idea es que mediante los daños punitivos la víctima puede comunicar al agente

---

<sup>164</sup> V. el estudio de Soto, "Responsabilidad civil y seguro", en *La responsabilidad en el derecho*, pp. 193 y 195-198.

<sup>165</sup> Polinsky y Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", en *Harvard Law Review*, p. 887.

dañador y al conjunto de la sociedad su indignación moral por lo que ha sufrido a manos de la parte demandada. No se trata meramente de imponer un castigo al agente para retribuirle el mal que ha ocasionado, sino de implementar una forma de *retribución relacional* en la cual la víctima tiene una posición especial.<sup>166</sup> Mediante la exigencia de daños punitivos la víctima expresa su indignación a fin de destacar la censura que merecen las acciones del agente dañador, por haber infringido de modo ultrajante los estándares jurídicos de la comunidad. De esta forma reivindica sus derechos ante el demandado en aquellos casos en los cuales una indemnización dejaría todavía *algo* sin corregir. De acuerdo con esta concepción, en los daños especialmente humillantes, la indemnización podría ser incapaz de restablecer la dignidad de la víctima, de reivindicarla plenamente ante quien ha causado el daño como una persona merecedora de respeto.<sup>167</sup>

No me pronunciaré aquí sobre el valor moral de la retribución relacional, ya que me interesa más la estructura del argumento. De resultar convincente, la función sancionadora sería una expresión de la justicia interpersonal para casos excepcionales, en los cuales el remedio indemnizatorio es incapaz de satisfacer plenamente esta forma de justicia.

En conclusión, el remedio indemnizatorio no puede ser interpretado a partir de una función sancionadora. El remedio punitivo, por su parte, admite dos lecturas. La lectura disuasoria hace que esta función no sea distintiva de la responsabilidad civil. La lectura conforme con la cual los daños punitivos son una forma de retribución relacional encaja esta figura en la estructura de la justicia interpersonal, que abordaré a continuación.

## 7. Justicia interpersonal

Para comprender el sentido de la justicia interpersonal, conviene recordar la noción de injusticia relacional. Como afirman Goldberg y Zipursky, la forma de un

---

<sup>166</sup> Martínez Alles, “La dimensión retributiva...”, *cit.*, pp. 124-125

<sup>167</sup> Martínez Alles, “Moral Outrage and Betrayal Aversion: The Psychology of Punitive Damage”, en *Journal of Tort Law*, pp. 267 y ss.

injusto relacional es la siguiente: “Para todo  $\chi$  y para todo  $Y$ ,  $\chi$  no debe hacer  $A$  a  $Y$ ”. Una vez que un  $\chi$  hace  $A$  a un  $Y$ , entonces el  $\chi$  queda sujeto a la potestad normativa que la responsabilidad civil confiere a  $Y$  —una potestad de sujetar a responsabilidad a la parte demandada, de llamarla a responder—. Este es el sentido en el cual el derecho privado es *privado*: confiere a las víctimas un poder normativo, que ellas pueden ejercer discrecionalmente, contra el agente dañador.<sup>168</sup> La comisión de un injusto deja a la parte demandada en una posición de vulnerabilidad ante su víctima, y solo ante ella. El Estado simplemente “confiere a las víctimas la potestad de exigir un resarcimiento si así lo desean”.<sup>169</sup>

Esta es la manera en que opera la responsabilidad civil, sin duda. Pero ¿qué sentido tiene establecer estas relaciones bilaterales? ¿Qué sentido tiene conferir un remedio específico a la víctima para que exija responsabilidad a la parte demandada por el daño injusto que le causó? En los últimos años, Goldberg y Zipursky sostuvieron la tesis de que implementar un sistema de responsabilidad civil constituye un deber político del Estado ante sus ciudadanos. La idea es que el Estado, en pos de la convivencia pacífica y civilizada, inicialmente priva a las personas del derecho natural de reaccionar ante el maltrato de otros. A cambio, el Estado debe ofrecer un mecanismo alternativo para canalizar estas demandas, en concreto, una acción civil en contra de los agentes dañadores.

Centrémonos en la idea de que implementar un sistema de derecho de daños es un deber político del Estado. Presuntamente, este deber se funda en el hecho de que el Estado prohíbe a los ciudadanos tomar la justicia en sus manos. Sin embargo, no está del todo claro que este deber político de ofrecer *algún tipo* de acción a la ciudadanía determine que el Estado deba instaurar un sistema de responsabilidad civil, en lugar de otras alternativas. ¿Cómo podemos fundamentar el deber de establecer un remedio específicamente dirigido al agente dañador? En otras palabras, ¿cómo se pasa de un deber de implementar *algún* mecanismo para buscar reparación a otorgar a la víctima una potestad legal de exigir al agente

<sup>168</sup> Goldberg y Zipursky, “Torts as wrongs”, en *Texas Law Review*, pp. 945-947; y Goldberg y Zipursky, *Recognizing wrongs*, *cit.*, pp. 92 y ss.

<sup>169</sup> Goldberg y Zipursky, “Tort law and responsibility”, en *Philosophical foundations of the law of torts*, p. 27.

dañador esa reparación? Sin duda, el argumento no puede ser que sin un remedio bilateral la víctima quedaría desprotegida o abandonada. Eso depende de si el Estado proporciona otros mecanismos adecuados para compensarla y, en su caso, sancionar al agente dañador. Por lo tanto, falta algún elemento que explicita la importancia de la responsabilidad civil, de modo que podamos apreciar qué se perdería si esta fuese reemplazada por otros mecanismos de compensación para la víctima y de sanción para el dañador.

Ese elemento adicional, en mi opinión, puede rastrearse a las ideas de Stephen Darwall sobre las relaciones entre personas libres e iguales.<sup>170</sup> En lo que aquí interesa resaltar, el marco de interacción de la responsabilidad civil, estructurado a partir de derechos y deberes correlativos y recíprocos, supone una forma de *responsabilidad* mutua entre personas iguales. Los remedios de la responsabilidad civil implican que todas las personas, si sufren un daño injusto, tienen la *autoridad* de obligar al otro a responder por esa injusticia. Solo cuando las partes se reconocen esta autoridad recíproca para exigirse mutuamente responsabilidades pueden ser concebidas como genuinamente iguales. En este esquema todas las personas tienen potencialmente una autoridad para exigir a otras una respuesta por el daño injustamente causado y, correlativamente, todas son potencialmente responsables, es decir, vulnerables a la autoridad de sus víctimas. La idea de responsabilidad y autoridad mutua reafirma la igual consideración y respeto que los ciudadanos se deben entre sí. El proceso en que se canalizan estas demandas, por otra parte, es altamente *civilizado*. Cuando una persona vulnera los derechos de la otra, de alguna manera no trivial le falta al respeto. Las demandas de responsabilidad civil son una manera respetuosa de exigir ese respeto.<sup>171</sup>

Nótese que la responsabilidad civil realiza este valor incluso cuando la parte demandada oponga resistencia a la demanda. Aunque inicialmente niegue los hechos, emplee estrategias dilatorias, ofrezca un arreglo extrajudicial que está por debajo del daño efectivamente causado y, en última instancia, pague a rega-

---

<sup>170</sup> V. en general, Darwall, “Bipolar obligation”, en *studies in metaethics*; y Darwall, *The second-person standpoint: Morality*.

<sup>171</sup> Darwall y Darwall, “Civil recourse as mutual accountability”, en *Florida State University Law Review*, p. 20.

ñadientes, aun en estos casos, la parte demandante habrá ejercido su potestad jurídica de exigir a la parte demandada su responsabilidad. El reconocimiento institucional del poder de la víctima de sujetar a responsabilidad al agente dañador, correlativo con la vulnerabilidad de este último en relación con la víctima, ya expresa la idea de respeto mutuo. Incluso cuando un demandante vulnerable se enfrenta a un dañador poderoso, el derecho le permite sujetarlo a responsabilidad, sentarlo en el banquillo de los acusados a fin de que rinda cuentas por el daño que causó. Y esto resulta a su vez necesario para que el derecho civil reconozca institucionalmente la *dignidad* de las personas. La dignidad no solo nos impone un conjunto de exigencias respecto de cómo debemos tratar a otras personas, sino que también conlleva la autoridad para exigir de otras personas el mismo trato respetuoso sujetándolas a responsabilidad. Los sistemas de responsabilidad civil permiten a quienes han sido dañados reclamar a la parte demandada un trato digno, compatible con su estatus de *persona*.<sup>172</sup>

Desde esta perspectiva, ante la prohibición que recae sobre los ciudadanos de tomar la justicia en sus manos, existen razones para que el Estado cumpla con su deber político de brindar una vía de reclamación implementando un sistema de responsabilidad civil, antes que cualquier otro mecanismo centralizado, como los seguros sociales. Solo un sistema de responsabilidad civil es capaz de expresar la estructura normativa de las interacciones *respetuosas* entre personas libres e iguales. Los mecanismos alternativos de sanción y compensación en operaciones independientes sin duda pueden neutralizar las pérdidas de las víctimas, pueden sancionar el exceso de libertad que se atribuyen los agentes dañadores, incluso lograr la retribución del mal ocasionado; sin embargo, son incapaces de subsanar la *falta de respeto* y ofrecer un reconocimiento *significativo* de la dignidad de las personas. Los sistemas de responsabilidad, en cambio, son especialmente apropiados para lidiar con este aspecto de la injusticia relacional, en tanto permiten a las víctimas exigir del agente dañador el respeto que merecen como personas iguales. A la vez, dan ocasión para que el agente dañador reconozca el maltrato al que sometió a la parte demandante, y que haga algo al respecto.

---

<sup>172</sup> Darwall, *The second-person...*, pp. 13-14 y ss.

De esta manera, puede apreciarse que la expansión de los remedios de la responsabilidad civil en los últimos años —que además de la indemnización incluye las disculpas públicas, las garantías de no repetición o los daños punitivos—, obedece a una visión más amplia de la justicia entre las partes, más cercana a la defendida por las concepciones reconciliatorias —o restaurativas— de la justicia correctiva.<sup>173</sup> Esta visión sugiere que la compensación monetaria es solo una parte de la reparación y la subsanación de la falta de respeto que constituye el daño. La rehabilitación del respeto mutuo puede requerir un conjunto de medidas, como las recién mencionadas.<sup>174</sup>

En conclusión, hay un valor único en la responsabilidad civil que consiste en la realización de la justicia interpersonal. Este valor no puede ser realizado con mecanismos alternativos. Solo la responsabilidad civil garantiza este valor. De ahí que la justicia interpersonal sea la única función genuinamente *distintiva* de la responsabilidad civil. Solo la responsabilidad civil nos permite tratar con otros en nuestras relaciones particulares en un verdadero pie de igualdad.

## Bibliografía

Abraham, K., *The forms and functions of tort law: An analytical primer on cases and concepts*, Foundation Press, Westbury, Nueva York, 2002.

Acciarri, H. e Irigoyen Testa, M., “Utilización de fórmulas matemáticas y baremos”, en F. Trigo Represas y M. Benavente (eds.), *Reparación de daños a la persona, Rubros indemnizatorios, responsabilidades especiales*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

Alessandri Rodríguez, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

Alpa, G., *La responsabilità civile: Parte generale*, Utet Giuridica, Torino, 2010.

<sup>173</sup> Pino Emhart, “Restaurar para corregir...”, *cit.*

<sup>174</sup> Radzik, “Tort Processes and Relational Repair”, en *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, pp. 236 y 240.

Alterini, A., *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Álvarez Lata, N., “La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo”, en L. Reglero Campos y J. Busto Lago (eds.), *Tratado de responsabilidad civil. Tomo 2*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014.

Barros Bourie, E., “La responsabilidad civil como derecho privado, Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al *Tratado de responsabilidad extracontractual*”, en Centro de Estudios Públicos, *Estudios Públicos*, núm. 112, Chile, 2008, pp. 309-338.

\_\_\_\_\_, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2020.

Beever, A., *Rediscovering the Law of Negligence*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007.

Binder, A., *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Bulygin, E., “Sentencia judicial y creación de derecho”, en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 355-369.

Calabresi, G., *The costs of accidents: A legal and economic analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970.

\_\_\_\_\_, “Concerning cause and the law of torts: An essay for Harry Kalven, Jr.”, en *The University of Chicago Law Review*, núm. 43, Chicago, 1975, pp. 69-108.

\_\_\_\_\_, *The future of law and economics: Essays in reform and recollection*, Yale University Press, New Haven, 2016.

- Calnan, A., *Justice and tort law*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1997.
- Cane, P., *The Anatomy of Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, 1997.
- Cane, P. y Atiyah, P., *Atiyah's accidents, compensation and the law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Coleman, J., *Risks and wrongs*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- Cooter, R. y Ulen, T., *Law & economics*, Addison-Wesley, Boston, 2012.
- Darwall, S., *The second-person standpoint: Morality, respect, and accountability*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-Londres, 2006.
- , "Bipolar obligation", en R. Shafer-Landau (ed.), *Oxford studies in metaethics*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Darwall, S. y Darwall, J., "Civil recourse as mutual accountability", *Florida State University Law Review*, núm. 39, 2011, pp. 17-41.
- De la Rúa, J. y Tarditti, A., *Derecho penal. Parte general*, Ammurabi, Buenos Aires, 2014.
- Diez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- Dobbs, D., Hayden, P. y Bublick, E., *Hornbook on torts*, West Academic Publishing, Saint Paul, Minnesota, 2016.
- Duff, A., *Answering for crime: Responsibility and liability in the criminal law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- England, I., "The idea of complementarity as a philosophical basis for pluralism in tort law", en D. Owen (ed.), *Philosophical foundations of tort law*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

- Feinberg, J., “Voluntary euthanasia and the inalienable right to life”, *Philosophy & Public Affairs*, núm. 7, 1978, pp. 93-123.
- Fried, C. y Rosenberg, D., *Making tort law: What should be done and who should do it*, American Enterprise Institute, Washington, 2003.
- Gardner, J., “What is tort law for? Part 1, The place of corrective justice”, *Law and Philosophy*, núm. 30, 2011, pp. 1-50.
- Gerhart, P., *Tort law and social morality*, Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York, 2010.
- Gherzi, C., *Teoría general de la reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- Gilead, Y., Green, M. y Koch, B., “General report, causal uncertainty and proportional liability: Analytical and comparative report”, en Y. Gilead, M. Green y B. Koch (eds.), *Proportional liability: analytical and comparative perspectives*, Walter de Gruyter GmbH, Berlin-Boston, 2013.
- Goldberg, J. y Zipursky, B., “Torts as wrongs”, en *Texas Law Review*, núm. 88, 2010, pp. 917-986.
- \_\_\_\_\_, *The oxford introductions to US law: Torts*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- \_\_\_\_\_, “Tort law and responsibility”, en J. Oberdiek (ed.), *Philosophical foundations of the law of torts*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- \_\_\_\_\_, *Recognizing wrongs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2020.
- Goldenberg, I., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

- Hart, H., *Punishment and responsibility: Essays in the philosophy of law*, Clarendon Press, Oxford, 2008.
- Holmes, O., *The common law*, Little, Brown and Company, Boston, 1881.
- Infantino, M. y Zervogianni, E., *Causation in European tort law*, Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2017.
- Irigoyen Testa, M., “Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino”, en Latin American and Iberian Law and Economics Association (ALACDE), *Call for papers: XV annual conference*, Berkeley Program in Law & Economics, 2011.
- Kaiserman, A., “Partial liability”, en *Legal theory*, núm. 23, 2017, pp. 1-26.
- Keating, G., “A social contract conception of the tort law of accidents”, en G. Postema (ed.), *Philosophy and the law of torts*, Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York, 2001.
- , “Is cost-benefit analysis the only game in town?”, en *Southern California Law Review*, núm. 91, 2017, pp. 195-261.
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena, 1960.
- Kennedy, D., “Distributive and paternalist motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power”, en *Maryland Law Review*, núm. 41, 1981, pp. 563-658.
- Keren-Paz, T., *Torts, egalitarianism, and distributive justice*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2007.
- Koch, B., “Causas de exoneración”, en M. Martín-Casals (ed.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.

Kordana, K. y Tabachnick, D., “Rawls and contract law”, en *George Washington Law Review*, 2005, pp. 598-632.

Koziol, H., “Punitive damages: Admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? Comparative report and conclusions”, en H. Koziol y V. Wilcox (eds.), *Punitive damages common law and civil law perspectives*, Springer-Verlag Vienna, Viena, 2009.

Landes, W. y Posner, R., *The economic structure of tort law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-Londres, 1987.

Llamas Pombo, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en J. Moreno Martínez (ed.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.

López Mesa, M., *La responsabilidad civil: sus presupuestos en el Código Civil y Comercial*, B de F Buenos Aires, 2019.

Lorenzetti, R., “La tutela civil inhibitoria”, en *La Ley*, 1995C, pp. 1217-1226.

Martín-Casals, M., “A new spanish compensation scheme for death and personal injury resulting from road traffic accidents”, en J. Potgieter, J. Knobel y R. Jansen (eds.), *Essays in honour of Johann Neethling*, Lexis Nexis, Durban, 2015.

\_\_\_\_\_, “Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada”, en M. J. Santos Morón, J. R. Mercader Uguina y P. del Olmo García, (eds.) *Nuevos retos del derecho de daños en Iberoamérica. I Congreso Iberoamericano de responsabilidad civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

\_\_\_\_\_, “La ‘modernización’ del derecho de la responsabilidad extracontractual. Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil”, en

XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2011, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, La Coruña, 2011, pp. 11-111.

—————, “La triple racionalización del nuevo sistema español de valoración del daño corporal o “baremo”, en A. Gonçalo Dias Pereira, F. M. Albuquerque Matos, J. Barceló Domenech y N. Rosenvald (eds.), *Responsabilidade civil em saúde. Diálogo com o doutor Gorge Sinde Monteiro*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2021.

Martín-Casals, M. y Papayannis, D. M., *Uncertain Causation in Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Martín-Casals, M. y Ribot, J., “La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, en S. Cámara Lapuente (ed.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003.

Martínez Alles, M. G., “Moral Outrage and Betrayal Aversion: The Psychology of Punitive Damage”, *Journal of Tort Law*, núm. 11, 2018, pp. 245-303.

—————, “La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima”, en J. A. García Amado y D. M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado*, Palestra Editores, Lima, 2020.

McBride, N. J. y Bagshaw, R., *Tort Law. Longman law series*, 6a. ed., Pearson, Harlow, England, 2018.

Miceli, T. J., *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, California, 2004.

Moreteau, O., “Reducción de la indemnización”, en M. Martín-Casals (ed.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario*, Thomson-Aranzadu, Cizur Menor, Navarra, 2008.

Mullis, A. y Oliphant, K., *Torts*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, Reino Unido, 2011.

Nolan, D., “Causation and the Goals of Tort Law”, en A. Robertson y H. W. Tang (eds.), *The Goals of Private Law*. Hart Publishing, Londres, 2009.

Pantaleón, F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en Centro de Estudios Ramón Aceres (ed.), *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1990.

\_\_\_\_\_, “Comentario al art. 1902 del Código Civil”, en AA.VV. (ed.) *Comentario del Código Civil*, 1991.

Papayannis, D. M., “Derechos y deberes de indemnidad”, *Doxa*, núm. 35, 2012, pp. 691-716.

\_\_\_\_\_, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

\_\_\_\_\_, “La práctica del *alterum non laedere*”, *Isonomía*, núm. 41, 2014, pp. 19-68.

\_\_\_\_\_, “Probabilistic Causation in Efficiency-Based Liability Judgments”, *Legal Theory*, núm. 20, 2014, pp. 210-252.

\_\_\_\_\_, *El derecho privado como cuestión pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

\_\_\_\_\_, “Internismo y externismo en el derecho privado”, en G. Lariguet, (ed.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Brujas-Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Córdoba, 2016.

\_\_\_\_\_, “El deber de fidelidad en las relaciones conyugales”, en J. A. García Amado, P. Gutiérrez Santiago y M. Ordás Alonso (eds.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 2017.

- \_\_\_\_\_, “From private wrongs to private remedies: an unbridgeable gap?”, *Jurisprudence*, núm. 9, 2018, pp. 597-606.
- \_\_\_\_\_, “Responsabilidad por el dolor causado y sufrido”, en J. A. García Amado y D. M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar: ensayos de filosofía del derecho privado*, Palestra Editores, Lima, 2020.
- \_\_\_\_\_, “¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?”, en C. Fernández Blanco y E. A. Pereira Fredes (eds.), *Derecho y pobreza*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2021.
- \_\_\_\_\_, “Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia”, *Isonomía*, núm. 55, 2021, pp. 61-83.
- Picasso, S. y Saénz, L. R. J., “Comentario al art. 1742”, en G. Caramelo, M. Herrera y S. Picasso (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015.
- Pino Emhart, A., “Restaurar para corregir. La dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual”, en D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2018.
- \_\_\_\_\_, “The Value of Apologies in Law and Morality”, *REI. Revista Estudos Institucionais*, núm. 6, 2020, pp. 1396-1416.
- Pizarro, R. D., *Tratado de la responsabilidad objetiva*, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- Polinsky, A. M., *An Introduction to Law and Economics*, Little, Brown, Boston-Toronto, 1989.
- Polinsky, A. M. y Shavell, S., “Punitive Damages: An Economic Analysis”, *Harvard Law Review*, núm. 111, 1998, pp. 869-962.
- Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, Nueva York, 2014.

- Priest, G. L., "The Invention of Enterprise Liability: A critical history of the intellectual foundations of modern tort law", *The Journal of Legal Studies*, núm. 14, 1985, pp. 461-527.
- Radzik, L., "Tort Processes and Relational Repair", en J. Oberdiek (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Rawls, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993.
- , *A theory of justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Raz, J., *The Authority of Law: Essays on law and morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- Reglero Campos, L. F. y Medina Alcoz, L., "El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor", en L. F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago (eds.), *Tratado de responsabilidad civil. Tomo 1*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014.
- Ripstein, A., "The Division of Responsibility and the Law of Tort", *Fordham Law Review*, núm. 72, 2003, pp. 1811-1844.
- , *Private wrongs*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016.
- Rogers, W. V., "Pluralidad de causantes", en M. Martín-Casals (ed.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- Rosenkrantz, C. F., "En defensa de la responsabilidad estricta: una revisión crítica del *Tratado de responsabilidad extracontractual*, de Enrique Barros Bourie", *Estudios Públicos*, núm. 112, 2008, pp. 285-308.

- Ruda González, A. (2008), *Daño ecológico puro: la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson, Madrid, 2008.
- Salvador Coderch, P., “Las funciones del derecho de daños”, en P. Salvador Coderch, M. T. Castiñeira Palou y C. Gómez Ligüerre (eds.), *Prevenir y castigar: la libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Salvador Coderch, P., Castiñeira Palou, M. T. y Gómez Ligüerre, C., *Prevenir y castigar: La libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Schwartz, G. T., “Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law really Deter?”, *UCLA Law Review*, núm. 42, 1994, pp. 377-444.
- Shapiro, S., *Legality*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-Londres, 2011.
- Shavell, S., “Strict Liability versus Negligence”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 9, 1980, pp. 1-25.
- , *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1987.
- , “Liability for Accidents”, en A. M. Polinsky y S. Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Elsevier, Ámsterdam-Londres, 2007.
- Sheinman, H., “Tort Law and Corrective Justice”, *Law and Philosophy*, núm. 22, 2003, pp. 21-73.
- Smith, S. A., “Duties, Liabilities, and Damages”, *Harvard Law Review*, núm. 125, 2012, pp. 1727-1756.

Solé Feliú, J., “La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, *Anuario de derecho civil*, núm. 50, 1997, pp. 865-902.

\_\_\_\_\_, “*Lex artis* y estándar de diligencia en la profesión médica”, en M. P. García Rubio, J. J. Moreso e I. Varela Castro (eds.), *Conceptos multidimensionales del derecho*, Reus, Barcelona, 2020.

Soto, R. A., “Responsabilidad civil y seguro”, en F. Pantaleón (ed.), *La responsabilidad en el derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2000.

Steel, S., *Proof of Causation in Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Stevens, R., *Torts and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Sugarman, S. D., “Doing Away with Tort Law”, *California Law Review*, vol. 73, num. 3, 1985, pp. 555-664.

Todd, S., “Accident Compensation and the Common Law”, en S. Todd, R. Chambers, C. Hawes, M. Bedggood y A. Beck, A. (eds.), *The Law of Torts in New Zealand*, Thomson Reuters, Nueva Zelanda, 2016.

Vargas Tinoco, A., “El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención”, en D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

\_\_\_\_\_, *Más allá de una indemnización: autonomía y respeto en la responsabilidad civil*, Universidad de Girona, Girona, 2020.

\_\_\_\_\_, “Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado”, en J. A. García Amado y D. M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar: ensayos de filosofía del derecho privado*, Palestra Editores, Lima, 2020.

Vergara, L., *Sistema maestro de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2018.

Von Wright, G. H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan, Londres, 1963.

Weinrib, E. J., “The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law”, *Valparaiso University Law Review*, núm. 23, 1989, pp. 485-526.

—————, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-London, 1995.

—————, *Corrective Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Wright, R. W., “Causation in Tort Law”, *California Law Review*, núm. 73, 1985, pp. 1735-1828.

—————, “Allocating Liability Among Multiple Responsible Causes: A principled defense of joint and several liability for actual harm and risk exposure”, *University of California, Davis Law Review*, núm. 21, 1988, pp. 1141-1211.

## Legislación

Código Civil alemán —Bürgerliches Gesetzbuch o BGB—.

Código Civil argentino —2015—: Ley 26.994. Promulgado según decreto 1795/2014.

Código Aeronáutico Argentino: Ley 17.285.

Ley de Riesgos del Trabajo: Ley 24.557.

Ley 24.240 de defensa del consumidor —1993—; no consideraba originalmente los daños punitivos. En 2008, esta ley fue reformada por la Ley 26.361.

Código Civil español: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación.

Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Código Civil Federal de México: Nuevo Código publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada: *DOF* 13-04-2007.

Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal. Última reforma publicada el 28 de noviembre de 2014.

Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil —PETL—.

Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm —2010—.

## Sentencias

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo Directo 30/2013, de 26 de febrero de 2014, México.

Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Bahía Blanca, *Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico*, de 28 de agosto de 2014.

V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, 16/10/2016, Perú.

*Summers vs. Tice*, 33 Cal 2d 80, 199 P 2d 1 (Cal 1948).

*Sindell vs. Abbott Laboratories*, 26 Cal 3d 588 (1980).

*United States vs. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169.

# El daño como presupuesto de la responsabilidad civil

Martín Juárez Ferrer\*

\* Doctor en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Profesor —UNC y UCC—. Investigador —UES21—.

**El daño como presupuesto de la responsabilidad civil.** I. Introducción: concepto; II. Condiciones del daño resarcible, el interés protegido por el derecho de daños, evolución; III. Condiciones del daño resarcible, continuación; IV. Clasificaciones del daño; V. La repercusión del daño en el ámbito de las lesiones a la integridad física; VI. Otras cuestiones problemáticas del concepto de daño.

## I. Introducción: concepto

Antes de empezar el tratamiento del daño como presupuesto, conviene hacer una distinción preliminar sobre el daño *que sucede en el mundo* y el daño *resarcible*. Pasar por alto esta distinción es frecuente en la dogmática, y conlleva confusiones que pueden ser evitadas.

No todo daño que sucede en el mundo es un daño resarcible. Dicho de otro modo, el conjunto de daños resarcibles es un subconjunto contenido en el conjunto de daños en el mundo, en donde existen también otros elementos. Como ejemplo de otros daños que no son resarcibles pueden mencionarse los daños que son causados por la propia persona damnificada. Una persona que se martilla el dedo cuando hace un trabajo no sufre, en principio un daño resarcible, por cuanto no hay posibilidad de imputación de esas consecuencias a otro —dejando de lado los casos en que haya un producto defectuoso, en los que, según el sistema jurídico en particular, el hecho de la víctima puede tener una fuerza interruptiva del nexo causal menor o inexistente—. <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> V. López Olaciregui, “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, en *Revista del Derecho comercial y de las obligaciones*.

Por esta razón, el derecho de daños no da remedio a las víctimas por todos los daños que padecen, sino solo por algunos de ellos que cumplen con las denominadas condiciones intrínsecas de *resarcibilidad* que hacen a la certidumbre, a la afectación a un interés digno de tutela —o al menos no ilegítimo—, y a la subsistencia. Siempre y cuando se satisfagan los restantes presupuestos de la responsabilidad civil, tales como que hayan sido causados con culpa, dolo o una actividad sujeta a responsabilidad objetiva.

Desconocer esta distinción ha generado confusiones, pues a veces se utiliza el concepto de *daños en el mundo* en vez del concepto de *daños resarcibles*; agrandando el espectro del derecho de daños y presentándolo de modo hipertrofiado, usualmente como forma de criticar sus reglas y su expansión.

Estas críticas, con mucho sentido, están vinculadas a la imposibilidad e inconveniencia de dar remedio a todos los daños en el mundo.<sup>2</sup> Pero estas pierden toda su fuerza cuando hablamos del daño resarcible, puesto que se trata de un subconjunto de daños con límites definidos mediante decisiones legislativas e interpretativas. Por lo tanto, afirmar que el resarcimiento es imposible o inconveniente es poco plausible. Lo primero porque los contornos del daño resarcible pueden ser controlados y moderados hasta un punto de factibilidad. Lo segundo porque un mundo en el que los daños importantes no son resarcidos en general sería poco atractivo.

El daño es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, juntamente con la existencia de una conducta que haya causado ese daño, y con el factor de atribución —que es la decisión de la autoridad de imponer responsabilidad a quien ha realizado esa conducta—. Cada uno de estos presupuestos es una condición necesaria para la existencia de daño resarcible, y de su contracara, la responsabilidad de aquel a quien se atribuye el daño.

El carácter necesario del daño para la existencia de responsabilidad civil es una importante diferencia con el papel, más modesto, que juega el daño en el derecho

---

<sup>2</sup> Juárez Ferrer, *El derecho constitucional a la reparación integral*, p. 41.

penal. En este último, la existencia de daño no es necesaria para la configuración de cualquier delito; puesto que existen delitos cuyo tipo no lo exige —delitos de peligro—, así como también formas de actuación que tampoco lo requieren —por ejemplo, la tentativa—.

El daño como presupuesto de la responsabilidad civil exige el cumplimiento de ciertas condiciones, como se explicó en el capítulo I de este manual. Hay sistemas más abiertos y sistemas más cerrados; en los sistemas latinoamericanos usualmente nos encontramos con sistemas abiertos que definen el daño de un modo amplio a partir de una pérdida o disminución que sufre la víctima en su persona o sus bienes, u otros bienes no reñidos con la ley. Estas condiciones, que podemos convenir en llamar “intrínsecas”, dependen del sistema jurídico de que se trata, aunque casi siempre incluyen, además de la exigencia de algún tipo de afectación a un interés jurídico, la existencia de un determinado nivel de certidumbre sobre la entidad del daño y una cierta conexión personal por parte de quien sufre el daño con la conducta dañosa.

El daño, en el ámbito de la responsabilidad civil, es una pérdida, un detrimento o una desmejora, ya sea en la faceta patrimonial o bien en la extrapatrimonial de una persona —sea esta física, es decir, humana, o de existencia ideal—. Podríamos sintetizar lo anterior diciendo que, debe haber un daño en el mundo que afecte al menos a alguien.

Entonces, para comprender el concepto de daño en cuanto presupuesto, conviene hacer algunas precisiones:

- No todo daño en el mundo es un daño resarcible, puesto que no todo daño cumple con los presupuestos de la responsabilidad civil.
- Un daño en el mundo es una condición necesaria, pero no suficiente, para que haya un daño resarcible.
- La existencia de una pérdida de algún tipo es condición necesaria, pero no suficiente, para que haya daño resarcible. Adicionalmente, para

que haya daño resarcible, la pérdida debe estar causalmente vinculada con la conducta de otro que debe satisfacer un factor de atribución.

Entonces, el concepto de daño en cuanto presupuesto —y en este sentido se usará *daño* en adelante— requiere la existencia de un detrimento que afecte a una persona o entidad jurídica, en un determinado conjunto de intereses jurídicos de tipo patrimonial o extrapatrimonial y que, además, tenga un determinado grado de certeza cualitativa sobre su existencia.

## II. Condiciones del daño resarcible, el interés protegido por el derecho de daños, evolución

La más importante de las condiciones del daño resarcible es que la lesión, afectación o vulneración recaiga sobre un interés digno de tutela jurídica o, al menos, no prohibido por las leyes. Adicionalmente, la dogmática ha entendido que deben darse otras condiciones, tales como el carácter de *cierto*, la personalidad del daño y, para algunos autores, la subsistencia del daño.<sup>3</sup> Analizaremos en este punto la cuestión del interés protegido, y por separado las restantes condiciones.

Una de las condiciones intrínsecas del daño es la existencia de un interés digno de tutela jurídica que ha sido, en algún sentido, vulnerado por la conducta anti-jurídica. El entendimiento del interés protegido como condición intrínseca del daño ha evolucionado en el tiempo; pasando de una concepción estricta, que requería la existencia de la vulneración de un derecho subjetivo, a una concepción muy amplia, que se satisface con la existencia de un simple interés no reprochado por las normas jurídicas.

La historia de la clasificación de los intereses jurídicos ha sido, en buena medida, producto del desarrollo del derecho administrativo, que utilizó esta clasificación para distinguir reclamos de los ciudadanos en contra del Estado según la inten-

---

<sup>3</sup> V. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*.

sidad de su interés y exigiendo, como requisito de admisibilidad, una determinada intensidad de tutela jurídica.<sup>4</sup> En el ámbito del derecho de daños esta clasificación ha sido menos central, puesto que el conjunto de casos excluidos ha sido cuantitativamente pequeño en relación al de los incluidos, a diferencia de lo que ocurrió en el derecho administrativo.

La existencia de esta clasificación puede explicar la ya mencionada confusión conceptual en la dogmática del derecho de daños entre el daño en el mundo y el daño resarcible, que se traduce en la identificación entre ambos términos. En este sentido, la existencia de un sector acotado por la mayor o menor intensidad de la protección jurídica permitiría algún tipo de límite al conjunto de daños resarcibles.

Adicionalmente, esta confusión conceptual también se tradujo en la idea de una posible catarata de personas damnificadas<sup>5</sup> que podrían reclamar daños sufridos por cadenas causales remotas. La dogmática se ha servido, en ocasiones, de una limitación de intereses protegidos para limitar los legitimados activos para reclamar indemnizaciones, así como también ha limitado los daños resarcibles mediante reglas de causalidad.<sup>6</sup>

Finalmente, la clasificación de intereses jurídicos también ha sido utilizada como herramienta para la discriminación de modos de vida y de relacionamiento considerados disvaliosos. Se ha entendido, por ejemplo, que no hay derecho subjetivo a la indemnización del daño patrimonial derivado de la muerte de la pareja de quien no está unido en matrimonio, o de quien no podría estarlo en el marco de legislaciones que no admiten matrimonios entre personas del mismo sexo.

En tiempos recientes esta condición ha perdido relevancia, por la admisión generalizada de intereses no antijurídicos como habilitantes de la protección del derecho de daños. Sin embargo, han surgido nuevos debates en relación al daño que

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>5</sup> Cf. Borda, *La reforma 1968 al Código Civil*, p. 203.

<sup>6</sup> V. para un desarrollo más amplio de esta cuestión, el capítulo X de este manual.

algunos han vinculado a la conversación sobre el interés protegido, lo que ha renovado el estudio de esta condición.

## 1. Derecho subjetivo

En una primera etapa evolutiva se estimó que el derecho de daños solo debe tutelar violaciones de derechos subjetivos. Un daño en el mundo solo satisfacía la condición de afectación a un interés jurídico, si este interés jurídico tenía el rango de derecho subjetivo.

Esto puede parecer sensato en muchos casos, por ejemplo, para afectaciones del derecho a la propiedad, en donde la violación del derecho subjetivo del propietario es normalmente una condición razonable a efectos de ofrecer un remedio indemnizatorio. Sin embargo, se advierte que existen otras relaciones y situaciones jurídicas que no tienen necesariamente la entidad de un derecho subjetivo, pero cuya protección también resulta sensata, incluso en el ámbito más clásico de protección de la propiedad —por ejemplo, la situación de quien vive en un inmueble de forma pacífica sin tener título para ello—.

Adicionalmente, el requisito de tener un derecho subjetivo también resulta un obstáculo para la protección, mediante el derecho de daños, de bienes que son de todos, o bienes comunes —como el medio ambiente—. <sup>7</sup>

Finalmente, un entendimiento estrecho del concepto de derecho subjetivo, en conjunción con las razones ya expuestas, llevó a excluir del ámbito de lo resarcible a los daños extrapatrimoniales derivados de lesiones a la integridad física o psíquica, o la vida de quienes no están unidos en matrimonio. <sup>8</sup>

En esta etapa evolutiva se entendió que el daño patrimonial era aquel que derivaba de la lesión a intereses patrimoniales, y que el daño extrapatrimonial era el derivado de la lesión a intereses extrapatrimoniales. Esta idea fue correctamente

<sup>7</sup> Cf. Pizarro, y Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, pp. 43 y 165.

<sup>8</sup> Cf. Pizarro, *Daño moral. Reparación, prevención y punición de las consecuencias no patrimoniales*, p. 266.

criticada, ya que del daño a un derecho patrimonial pueden derivarse repercusiones espirituales y a la inversa, de la afectación a intereses de tipo no patrimonial —como el honor— pueden derivarse afectaciones al patrimonio.<sup>9</sup>

Esta etapa fue superada no tanto por las críticas recién mencionadas, sino sobre todo por su concepción estrecha del interés resarcible, que deja sin reparación daños en el mundo que consideramos que debieran ser resarcibles. Dicha concepción de lo que debe recibir protección del Estado por vía de las normas jurídicas fue ampliándose y ello requirió una comprensión más extensa de los intereses en protección.

## 2. Interés legítimo

Una segunda etapa evolutiva abarcó el espectro de intereses jurídicos, incluyendo no solo derechos subjetivos, sino también intereses legítimos. Sin embargo, esto generó interesantes controversias. Por ejemplo, en la doctrina argentina, respetadas personas autoras entendieron que quienes no estaban unidos en matrimonio no tenían un interés legítimo.<sup>10</sup> En esa línea, se asumió como ilegítimo el interés de los miembros de una pareja en que uno o ambos tenían vínculos matrimoniales previos en sistemas de matrimonio indisoluble, o si se trataba de personas que no podían unirse por tratarse de parejas del mismo sexo. La modificación de los valores sociales en el sentido de tutela sobre otras formas de relacionarse y la correlativa ampliación de lo que merece protección jurídica fueron erosionando la valla del interés legítimo como piso de admisibilidad para reclamos de daños.

## 3. Simple interés

Lo más habitual en los sistemas de nuestro entorno es que la condición de lesión a un interés jurídico se satisfaga simplemente con el hecho de que el interés no sea antijurídico. Esta concepción del interés protegido es muy amplia, y permite la reparación y protección de cualquier interés valioso para la persona o entidad

<sup>9</sup> Tal es el criterio de SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 30/2013 de 26 de febrero de 2014.

<sup>10</sup> Cf. Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, p. 430; y Llambías, *Código Civil anotado*, p. 330.

jurídica con el único límite de la antijuridicidad. Esta es la regulación que existe en la legislación argentina.<sup>11</sup>

El Código Civil Federal de México, por su parte, no introduce ninguna precisión al respecto, puesto que el artículo 1910 solo indica que es necesario que se cause daño a otra persona, lo que permite un entendimiento amplio de los intereses protegidos por el derecho.

Finalmente, en los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, artículo 2:101, se indica la necesidad de que haya un interés jurídicamente protegido.<sup>12</sup>

#### 4. La cuestión de la repercusión

Como se indicó más arriba, la tesis que sostuvo que solo los derechos subjetivos deberían ser intereses protegidos fue criticada, por cuanto de lesiones a intereses patrimoniales no se siguen de modo necesario y exclusivo repercusiones en el patrimonio, y viceversa.

Esto llevó a la postulación de una tesis alternativa, que admitió la posibilidad de que lesiones a intereses patrimoniales generen repercusiones extrapatrimoniales. Esta tesis alternativa, llamada del *daño consecuencia*, puede ser aplicada no tanto en lo tocante a los intereses protegidos —el verdadero meollo del asunto—, sino en relación al tipo de daños que se generan a partir de lesiones a intereses de una u otra índole.

Debe notarse, entonces, que esta tesis del daño consecuencia solo postula que el daño patrimonial puede surgir de la lesión a intereses extrapatrimoniales y viceversa. Hasta aquí esta tesis solo tiene efectos que podríamos llamar conceptuales; es decir, la tesis indica, por una parte, que la conceptualización de un daño como patrimonial y extrapatrimonial no se vincula al interés lesionado, sino a su repercusión.

---

<sup>11</sup> Código Civil Comercial Argentino, art. 1737.

<sup>12</sup> V. para un análisis más detallado de este punto, al capítulo I de este manual.

En tiempos recientes se ha promovido una versión más fuerte de esta tesis que postula no solo sus efectos conceptuales, sino que además entiende que la repercusión de la lesión del interés —y su constatación mediante pruebas— es un requisito del daño resarcible.<sup>13</sup> Esta versión fuerte de la tesis no solo tiene efectos conceptuales, sino que pone una condición intrínseca adicional de resarcibilidad del daño, que es la de tener repercusión en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la persona. Esta versión literal de la idea de repercusión solo serviría para descartar el resarcimiento de daños tales como los sufridos, por ejemplo, por la persona propietaria de una cabaña en la montaña que es utilizada por un montañista extraviado, que luego limpia y repone todo lo usado en la cabaña.

Sin embargo, la idea de repercusión que nos interesa revisar es aquella, que llevada al terreno del lucro cesante, sostiene que este no se ha dado si la persona no ha visto disminuido efectivamente su salario. Esta idea implica que, ante la ausencia de pérdida efectiva de salario, no existe lucro cesante derivado de daños a la integridad física o psíquica de la persona. Dejaremos por ahora este problema para tratarlo al final de este capítulo.

### III. Condiciones del daño resarcible, continuación

Entre las otras condiciones que existen para que se presente el daño resarcible están la certeza o certidumbre del daño, el carácter personal de quien lo sufre y, por último, el más discutido, la subsistencia del daño.

#### 1. Certeza o certidumbre del daño, entidad cualitativa

La condición de un daño de ser *cierto*, o bien la certidumbre o certeza del daño hace referencia a que el daño de que se trata debe ser, al menos, cualitativamente constatable en cuanto a su existencia, aun cuando no pueda comprobarse de modo objetivo su entidad cuantitativa.

---

<sup>13</sup> Cf. Ossola, *Responsabilidad civil*, p. 133.

La idea de *daño cierto* se opone a la idea de *daño hipotético* —es decir, el daño que pudo haberse sufrido pero que no se sufrió, por cualquier circunstancia de que se trate—. Haciendo una analogía con el derecho penal, esto implica que el daño civil no admite tentativas, ni tipos de peligro. Casi haber perdido la vida en un accidente que por segundos o por centímetros no se produjo equivale, en principio, a no haber sufrido un daño resarcible. La única excepción podría darse, por ejemplo, si de este peligro de daño físico derivase un perjuicio de otra naturaleza, como un terror a volar. Esta clase de estrés postraumático, aunque es una consecuencia mediata de aquel casi accidente, podría constituir un daño cierto, dependiendo de lo que establezca el sistema jurídico al respecto en cuanto a su resarcibilidad.

## 2. Clasificación de daños según su certeza

Desde la perspectiva de su certeza, los daños pueden clasificarse de la siguiente manera:

- Daños ciertos
- Daños hipotéticos, que podrían producirse eventualmente en el futuro, pero respecto de los cuales no hay certeza razonable y, por ende, no son resarcibles.

### A. Certeza y prueba

El requisito de certeza del daño es un requisito sustancial y de derecho de fondo. Este debe ser distinguido de la prueba de la existencia del daño, y de la prueba de su carácter cierto y no meramente conjetural o hipotético.

Ya sea el daño pasado o futuro, las exigencias de certeza son idénticas en el sentido sustantivo recién mencionado —con independencia del estándar de prueba vigente en el sistema jurídico concreto, que podría ofrecer variaciones, por ejemplo, de acuerdo al tipo de daño de que se trate—. Esto implica que la legislación o los tribunales podrían ser sensibles a que en algunos daños futuros se presentaran mayores dificultades probatorias para alcanzar dicho estándar.

La producción de mayor o menor prueba sobre la existencia del daño resulta solo indirectamente relevante, puesto que se trata de verificar que el daño esté realmente configurado y, por oposición, que no se trate de una mera eventualidad, hipótesis o conjetura.

### B. Certeza y futuro

El requisito de certeza presenta dificultades mayores cuando el daño de que se trata no sucedió en el pasado, sino que, por el contrario, continúa o es previsible su aparición en un tiempo futuro. La condición de futuro de un daño resulta en una menor certidumbre epistémica, puesto que el ámbito del futuro es usualmente uno de menor certeza en términos sustanciales.

Sin embargo, que un daño sea futuro no lo hace eventual, solo lo hace un daño de menor certidumbre. Este daño futuro también deberá ser probado, aunque las pruebas de este solo podrán llevarnos a la probabilidad razonable, a diferencia de los daños ciertos respecto de los que podemos tener mayores garantías epistémicas. Nada de esto debería incidir, en principio, en la cuantificación del daño, en la medida en que el daño se considere cierto.

Distinto es el caso de la pérdida de *chance*, en que la víctima pierde la oportunidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio y, por ende, se trata de un daño *menos cierto* pero que aun así supera el estándar de certeza exigido por el ordenamiento. En estos casos, una solución común en los distintos sistemas jurídicos es que la víctima reciba una indemnización proporcionada a la probabilidad que tenía de obtener el beneficio o evitarse el perjuicio.<sup>14</sup> Sin embargo, los vínculos entre daño futuro, certidumbre e indemnización de este daño no son sencillos, y serán abordados al final de este capítulo.

---

<sup>14</sup> Cf. Pizarro, y Vallespinos, *op. cit.*, p. 156; y Barros Bourié, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, p. 401.

### C. Estándar de certeza

La certeza del daño es una exigencia cuya formulación mediante el lenguaje resulta afectada por la vaguedad, en términos de Genaro Carrió.<sup>15</sup> Esto hace que, más allá de algunos casos típicos y claros casos de daño cierto y de daño puramente hipotético —es decir, no-cierto—, existe una buena clase de casos en la *zona de penumbra*.

La dogmática ha entendido que el estándar de certeza exigible para que un daño sea resarcible es la existencia de una *probabilidad objetivamente razonable*,<sup>16</sup> lo que no resuelve demasiado el problema de vaguedad ya advertido.

Resulta preferible hablar, en cambio, de un daño cierto cuando las probabilidades de su existencia son mayores que las de su inexistencia —más probable que no—. Adicionalmente, esta formulación es perfectamente entendible como una concreción del estándar de probabilidad objetivamente suficiente.

## 3. Personalidad del daño

Una tercera condición del daño resarcible es que el daño sea personal, es decir, propio de quien reclama el daño. Esto significa que solo puede reclamar un daño quien lo ha sufrido.

### A. Daños indirectos

Esta condición de personalidad del daño es perfectamente compatible con la existencia de daños indirectos, es decir, daños que se sufren como consecuencia del daño que sufre otro. Al mismo tiempo, esta condición excluye el reclamo de daños que no son propios de quien los reclama. Es posible explicar esta condición mediante dos ejemplos, que a su vez muestran dos funciones de la condición:

<sup>15</sup> Cf. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 31.

<sup>16</sup> Cf. Pizarro, y Vallespinos, *op. cit.*, p. 151.

una primera, que reafirma el concepto de legitimación sustancial para reclamar y, una segunda, que pone límites al ámbito de lo resarcible mediante esta condición.

El primer ejemplo puede darse en el caso de una persona que resulta afectada en su integridad física por un evento dañoso. La o el damnificado directo es quien sufre el daño en su propio cuerpo. Esta persona puede decidir o no reclamar una indemnización. Su hija o hijo no puede reclamar el daño que su madre o padre ha sufrido, puesto que solo esta última persona es la damnificada directa y, por ende, el daño no es personal suyo.

La hija o el hijo, eventualmente, podría reclamar el daño propio que sufre al ver a su padre sufrir, si el sistema jurídico lo habilita para este reclamo. En Argentina, por ejemplo, conforme con el artículo 1741 del Código Civil y Comercial —en adelante CCyC— no le permitirían reclamar daños morales salvo que su madre o padre sufriera una *gran incapacidad*. En este caso, la hija o el hijo experimenta un daño personal, aun cuando es un damnificado indirecto y, entonces, puede reclamar indemnización por su daño.

El segundo ejemplo agrega complejidad al asunto. En un sistema de derecho de daños en donde la regulación de la personalidad del daño fuera estricta, la madre de una niña, niño o adolescente —NNA— que muere como consecuencia de un accidente no podría reclamar el dolor sufrido por NNA en el accidente, ni tampoco la privación de lucros u oportunidades que la niña o niño habría tenido, con independencia de su mayor o menor certeza. Lo que la madre sí podría reclamar, en cambio, es el daño que ella misma sufriría como consecuencia de la muerte de su NNA.

Los ejemplos muestran que la condición de personalidad del daño tiene al menos dos tipos de situaciones diversas en las que actúa. En el primer ejemplo, parece sencillo justificar esta condición puesto que es difícil imaginar, aunque no imposible, que ante la ausencia de reclamos de la persona damnificada existan terceros que puedan tomar el reclamo de esta para sí mismos —con excepción de las acciones derivadas de la tutela de créditos que terceros tengan en contra de esta persona damnificada—. En el caso del segundo ejemplo, en cambio, la condición parece tener un contenido —al menos en parte— de tipo político, en el

sentido de que resulta de una decisión legislativa de incluir algunos daños y excluir otros del ámbito de lo resarcible.<sup>17</sup> Es perfectamente imaginable un sistema en donde se pueden reclamar, por ejemplo, los daños propios de aquella NNA que murió, por derecho de herencia.<sup>18</sup>

Podría decirse entonces, que el requisito de personalidad del daño se confunde con la idea de legitimación por una parte y, por otra, también constituye una condición que pone límites prudenciales al ámbito de lo resarcible. Estos aspectos obedecen a distintas funciones, y requieren una explicación y justificación muy distintas.

### *B. La tutela jurídica de la persona damnificada indirecta*

Cuando hay coincidencia entre víctima y damnificada se trata de un daño directo, puesto que el daño impacta directamente en la persona de la víctima. En cambio, cuando el daño impacta en la persona damnificada por repercusión de lo que sufre la víctima, entonces el daño es indirecto. No es inusual que quien sufre un daño de modo indirecto reciba una protección jurídica menor que quien lo sufre de modo directo. Esta menor protección del daño indirecto ha resultado, por ejemplo, en una restricción de la legitimación activa para reclamar una indemnización de quienes son personas damnificadas indirectas.

En este sentido, la legislación civil argentina anterior al 2015 preveía que solo podían reclamar el daño extrapatrimonial indirecto quienes eran herederos legítimos de la persona damnificada directa, y solo si esta había muerto. Este esquema fue criticado por la dogmática por cuanto privaba del derecho a la reparación integral en múltiples casos a personas damnificadas indirectas y, en ocasiones, fue interpretado en forma más amplia por la jurisprudencia.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> La cuestión se trata extensamente en Barros Bourié, *op. cit.*, p. 362.

<sup>18</sup> V. un mayor desarrollo de este tema en el capítulo X de este mismo manual.

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, in re *Gómez Orué, F. vs. Provincia de Buenos Aires*, Fallos 316:2894.

La reciente reforma al derecho de daños argentino que trajo la sanción del CCyC ha mitigado la exclusión de las personas damnificadas indirectos de los reclamos de daños extrapatrimoniales. Sin embargo, todavía mantiene el impedimento para reclamar los daños indirectos de los familiares de quien no ha muerto a consecuencia del daño, salvo que del evento dañoso se derive una gran incapacidad; y ha ampliado el conjunto de personas legitimadas activas para reclamar daño moral por muerte incluyendo a familiares y a quienes tenían *trato familiar ostensible*, lo que deja fuera igualmente a otras eventuales personas damnificadas indirectas.

#### 4. Subsistencia del daño

Algunas legislaciones, tales como el CCyC en su artículo 1739, ponen como condición del daño resarcible la subsistencia del daño. Esta condición hace referencia a, que para que sea resarcible el daño, este no debe haber sido resarcido con anterioridad. Entendemos que no se trata de una condición, puesto que si el daño ya ha sido resarcido simplemente no existe tal daño.<sup>20</sup>

En cualquier caso, si quien daña o la persona responsable ha resarcido el daño, esto quiere decir que, de ese modo, se ha extinguido la obligación de resarcir. Si la víctima costó su propio resarcimiento, opera entonces una transformación del objeto de la obligación de resarcir, que se convierte en la devolución de lo gastado en la reparación.

Por último, si un tercero ha resarcido, puede que lo haya hecho con o sin asentimiento del responsable. En ese caso, según las reglas del sistema, este tendrá acción o bien subrogatoria, o bien de gestión de negocios, o de enriquecimiento sin causa; eventualmente, si existiera un seguro contratado por la persona damnificada para daños y perjuicios, entonces la aseguradora podrá ejercer la acción resarcitoria.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Cf. Pizarro, y Vallespinos, *op. cit.*, p. 166.

<sup>21</sup> Cf. Pizarro, y Vallespinos, *Tratado de obligaciones*, p. 84.

## IV. Clasificaciones del daño

### 1. Daño patrimonial y daño extrapatrimonial

Probablemente, la clasificación más relevante es la que distingue daños patrimoniales de daños extrapatrimoniales. Los daños patrimoniales son aquellos que afectan —es decir, cuyas consecuencias se reflejan en— el patrimonio, con independencia del tipo de interés afectado. Por su parte, los daños extrapatrimoniales se definen por exclusión, puesto que son todos aquellos que afectan intereses distintos a los patrimoniales.<sup>22</sup>

### 2. La clasificación

La clasificación que aquí se propone no ha sido siempre pacíficamente aceptada como tal. Esta clasificación presupone que daño patrimonial y daño extrapatrimonial son categorías exhaustivas y excluyentes de otros elementos en el conjunto de daños.<sup>23</sup>

La nomenclatura que se utiliza sigue esta categoría, puesto que también se ha denominado al daño extrapatrimonial como daño moral, lo que ha permitido, en el derecho comparado, hablar de otras terceras categorías de daños fuera del daño patrimonial y el moral, tales como el daño sexual, el daño estético, el daño a la vida en relación, el daño psíquico o el daño psiquiátrico.<sup>24</sup>

En la clasificación que se propone, estas terceras categorías quedan subsumidas en uno u otro subconjunto y, por lo tanto, todo lo que no es patrimonial es extrapatrimonial. En este entendimiento: el daño sexual, entendido como la afectación de las posibilidades de la vida sexual preexistente, es un daño extrapatrimonial; el daño a la vida en relación es un daño extrapatrimonial; el daño estético es, en

<sup>22</sup> Cf. Barros Bourié, *op. cit.*, p. 239.

<sup>23</sup> Cf. Pizarro, y Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil, cit.*, p. 138.

<sup>24</sup> Cf. Pizarro, *op. cit.*, p. 79.

principio, y salvo que la o el damnificado viva de su imagen estética o que el daño sea muy importante, es un daño extrapatrimonial. El daño psíquico y psiquiátrico, en cuanto se refieren al costo de tratamientos de estas especialidades, son daños patrimoniales; en cuanto se refieren al sufrimiento, la angustia, el dolor mental, pertenecen al subconjunto del daño extrapatrimonial.<sup>25</sup>

Esta clasificación ha sido especialmente importante en sistemas jurídicos en los cuales el daño moral no estaba reconocido, o bien estaba prohibido en su reparación. La búsqueda de terceras categorías permitía en estos sistemas abrir una brecha en la rigidez de la regulación y lograr con argumentos conceptuales la reparación de daños muy reales en su existencia. Este es el caso del Código Civil italiano de 1942, que prohibía la reparación del daño moral en supuestos diferentes de los expresamente contemplados, y en donde doctrina y jurisprudencia acudieron a terceras categorías a fin de lograr indemnizaciones más integrales.

También se ha acudido a terceros géneros de daños en sistemas donde eran mayoritarias las posturas negatorias del daño moral, o bien posturas que proponían su reparación de modo simbólico. Lo mismo sucede en sistemas jurídicos en donde los montos indemnizatorios son muy bajos y la desagregación de rubros indemnizatorios permite aumentar la cuenta indemnizatoria.

Algunas de las razones para defender la clasificación bipartita y exhaustiva de los daños tienen que ver con la conveniencia conceptual, afirmando que las terceras categorías de daños tales como el daño sexual y el estético se funda en la entidad de los bienes menoscabados más que en los intereses conculcados.<sup>26</sup> En este sentido, la teoría que se ha denominado daño consecuencia sería, para esta doctrina, más compatible con una clasificación bipartita.

### 3. Valor de la vida humana

En el ámbito de los sistemas jurídicos de familia romano-germánica se ha cuestionado en ocasiones que exista un valor de la vida humana *per se*. Ello implica

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 102.

que la vida humana perdida o afectada en su integridad solo puede ser reparada en forma de daño extrapatrimonial, cuando la víctima no realizaba actividades económicas valiosas, ni generaba ninguna clase de ingresos. Este resulta uno de los tantos postulados existentes en los sistemas jurídicos que no surgen ni expresa ni tácitamente de las proposiciones normativas de los textos legales,<sup>27</sup> sino de la construcción de la dogmática.

En este capítulo, se entiende que se trata de una cuestión contingente a cada sistema jurídico y su dogmática, que sin duda tiene mayor sentido en el supuesto en que las indemnizaciones que se mandan a pagar tienen alguna vinculación con la integridad. En cambio, cuando la indemnización es baja o no se toma seriamente los intereses de las víctimas afectadas es frecuente que se plantee que la vida humana tiene un valor en sí mismo. Este tipo de argumentaciones también aparece de modo particular cuando se trata de víctimas que no integran la población económicamente activa, por ser NNA o personas adultas mayores ya retiradas; y los montos que se mandan a pagar por daño extrapatrimonial son bajos.<sup>28</sup>

#### 4. Resultado de la indemnización dineraria

El resultado de la indemnización dineraria es bien distinto para cada clase de daño. Cuando se indemniza el daño patrimonial, la acción resarcitoria funciona como un mecanismo de recomposición patrimonial, puesto que lo que se recibe es, finalmente, del mismo género que lo que le ha sido sustraído. Esto es distinto cuando el resarcimiento es sobre el daño extrapatrimonial, puesto que lo que la víctima recibe no es de la misma especie, ni del mismo género que lo que ha perdido. Con la indemnización dineraria, la víctima incrementa su patrimonio en relación a su situación previa al daño.

---

<sup>27</sup> Como ejemplo, los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil —PETL por sus siglas en inglés— establecen en su art. 2:102 (2) que “la vida, la integridad física y psíquica [...] gozan de la protección más amplia, sin que de este texto puede deducirse, sin más, la protección del llamado valor de la vida humana en sí misma”.

<sup>28</sup> Cám. 2a. Civ. y Com., Córdoba, (26.12.18), in re *Bendetowicz, Samuel vs. Revol, Jorge Luis* (Expediente núm. 5306806), Auto núm. 150.

Se ha discutido sobre el carácter resarcitorio de la indemnización del daño extrapatrimonial, y una buena parte de la dogmática ha entendido que no estamos ante un resarcimiento sino, ante una compensación por lo sufrido.<sup>29</sup>

Esta compensación tiene, para alguna parte de la dogmática, la finalidad de otorgar placeres o satisfacciones que permitan sustituir o compensar los sufrimientos padecidos. Para otra parte de la dogmática, en cambio, la indemnización por daño moral tiene como fin otorgar nuevas posibilidades a una víctima cuyo proyecto de vida ha sido truncado en mayor o menor medida.<sup>30</sup> Esta discusión tiene importantes efectos jurídicos: si una indemnización por daño extrapatrimonial no tiene una finalidad reparatoria o resarcitoria, podría decirse que no resulta aplicable con la misma fuerza normativa el principio de reparación integral. Por ende, los límites de la legislación en este ámbito serán menos rígidos que en el ámbito de la reparación de daños patrimoniales. Esta discusión se revisa con detalle en el capítulo X de este manual.

Lo anterior resulta de especial importancia en sistemas jurídicos en donde las indemnizaciones por esta clase de daños han sido o han tendido a ser exiguas o bajas. Entendemos que en estos casos la existencia de un principio constitucional de reparación integral puede servir como un límite a la legislación en defensa del derecho de las víctimas, límite que funciona mejor si se resalta el carácter reparatorio o resarcitorio de la indemnización.

## 5. Daño emergente y lucro cesante

Los daños patrimoniales han sido tradicionalmente clasificados en dos subconjuntos: el daño emergente y el lucro cesante. Esta clasificación viene del derecho romano, y no es completamente precisa en sus límites, pero sí es exhaustiva y excluyente, es decir, los daños patrimoniales o bien son daños emergentes o bien son lucros cesantes.

---

<sup>29</sup> V. Marcellino, “Valoración, cuantificación y satisfacción en el daño moral”, en *Cuantificación del daño. Parte general*; y Papayannis, “Responsabilidad por el dolor causado y sufrido”, en *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*.

<sup>30</sup> V. Papayannis, *op. cit.*

### A. Daño emergente

El daño emergente es la pérdida o la disminución de valores económicos que ya existen en el patrimonio. Comprende lo efectivamente perdido en el patrimonio y lo gastado en virtud del evento dañoso, por ejemplo, el costo de reparación de un vehículo, o de tratamientos médicos derivados de lesiones producto de un accidente de tránsito. Como puede apreciarse, el criterio de distinción se apoya parcialmente en lo temporal, por cuanto lo comprendido por el daño emergente es lo que ya no está en el patrimonio y que estaba antes del daño. Sin embargo, también existe un daño emergente cuyo tiempo es posterior al evento dañoso, que incluye los gastos en los cuales la víctima ha debido incurrir como consecuencia de haber sufrido el daño.

Esto lleva a pensar si la distinción no se funda, en verdad, en un criterio de certidumbre en la existencia del daño, y de una correlativa sencillez probatoria; por cuanto del daño emergente se espera, en algún modo, un grado alto de certeza en su acaecimiento —sea una pérdida del patrimonio o bien un gasto derivado del daño—. Esto marcaría un contraste con el lucro cesante, en donde lo perdido es una ganancia que no se obtuvo, lo que remite a una pérdida con un grado de certeza menor, y en algún modo compatible con una mayor indeterminación y una mayor dificultad probatoria.

Un caso típico de daño emergente en forma de gasto derivado del daño es la llamada “privación de uso” de un automóvil que ha sufrido daños materiales a raíz de un choque. En principio, podría decirse que quien se ha visto privado de su automóvil tiene que recurrir a otro medio de transporte, con certeza, y que ello le ocasionará un gasto que podemos denominar “de reemplazo”.

Sin embargo, en la práctica no son infrecuentes las discusiones relativas al costo de reemplazo del vehículo. Se discute cual es el vehículo de reemplazo esperable o admisible, cuánto es el costo diario de esto y hasta cuándo debe cargar aquella persona que dañó con este costo si, por ejemplo, la persona damnificada no arregla su vehículo de modo inmediato al accidente.

Esta clase de discusiones muestran que en muchos casos el daño emergente también es futuro, y que no siempre el grado de certeza de su existencia es tal que no quedan dudas —como sí en la pérdida total de una cosa, por ejemplo—.

### B. *Lucro cesante*

El lucro cesante es la ganancia que se ha frustrado o que se ha dejado de obtener por parte de la persona damnificada; también puede decirse que es el cercenamiento de utilidades que se esperaban con suficiente grado de probabilidad objetiva.

No se trata de la mera posibilidad ni seguridad de obtener ganancias, basta una *razonable probabilidad* para satisfacer el requisito de certidumbre del daño. Esta diferencia está usualmente vinculada a una cierta futuridad en el daño —aunque ello depende del punto de vista que se adopta, por ejemplo, el del momento del hecho, o el de la sentencia, o el del pago de la indemnización—, que suele venir además acompañada de un grado menor de certidumbre en la existencia de este, precisamente por las complejidades en torno a la justificación de afirmaciones sobre hechos futuros, y una correlativa mayor dificultad probatoria de ese daño.

Algunos de los problemas que se insinúan de esta dificultad de separar con precisión las aguas entre el daño emergente y el lucro cesante surgen con mayor claridad cuando se trata de un lucro cesante derivado de lesiones a la integridad física —o psicológica—, lo que se verá cuando se analicen figuras tales como la reparación de la pérdida de capacidad de desarrollar tareas valiosas que no están remuneradas —por ejemplo, las tareas domésticas—.

## 6. Daño pasado y daño futuro

Como ya se dijo, el daño también puede ser clasificado según su aparición en una línea de tiempo. El daño pasado es el daño que ya ha ocurrido, por ejemplo, desde la perspectiva temporal de la demanda judicial —o bien desde la sentencia—. El daño futuro es el que aún no se ha producido, pero que va a producirse como resultado de la propia dinámica del tipo de daño o bien de la evolución

de daños pasados. La variable tiempo es relevante en al menos tres aspectos: (i) el daño futuro siempre es un daño que tiende a ofrecer un grado de certeza inferior al daño pasado; (ii) el tiempo en el daño marca el inicio del curso de intereses, y también indica en favor de quien se devengan los intereses —en el caso del daño pasado a favor de la víctima, en caso del daño futuro a favor del demandado—; y por último, (iii) la existencia de daños futuros no previstos al momento de la sentencia trae el problema de la no verificación de lo previsto, y la eventual revisión de lo decidido. Estas cuestiones se tratarán más adelante.

### A. Certeza y futuridad

La existencia de daños futuros respecto del momento de una transacción extrajudicial, de la demanda judicial, o incluso de la sentencia implica una tensión con la certeza que exige el daño resarcible. Esto es así porque el futuro es, por definición, el ámbito de lo aún no sucedido y por ende, un ámbito de —al menos relativa— incerteza.

La falta de certeza no es absoluta, sino relativa, puesto que de los datos del presente y del pasado es posible obtener algunos indicios de lo que ocurrirá en el futuro. Estos indicios mostrarán probabilidades y estas siempre tendrán un menor grado que las relativas a hechos pasados o presentes. Esto ocurre, por ejemplo, con la necesidad de tener que reemplazar prótesis en personas que han sufrido daños en su cuerpo. Puede estimarse que cada cinco años deberá procederse a un reemplazo, pero luego es posible que ese tiempo sea mayor o menor que lo anticipado.

El daño futuro es resarcible en la medida en que haya una *probabilidad razonable* de su producción, al menos cualitativa, sin que sea necesaria mayor determinación de su existencia cuantitativa.

### B. Pasado, futuro e intereses

El tiempo tiene proyección en el curso de los intereses, y ello varía según el tipo de daño.

### a. Daño pasado

En relación al daño pasado, dependiendo del sistema de mora y de las reglas del comienzo de curso de intereses, esta conllevará intereses moratorios por el tiempo transcurrido entre el comienzo de su curso y el tiempo del pago de la indemnización. Existen sistemas en los cuales el curso de los intereses en la responsabilidad extracontractual comienza el día del hecho, y otros en el cual el curso comienza con la demanda judicial, su notificación e incluso, en ocasiones, con la sentencia—esto en el caso de sistemas jurídicos en donde el curso de los intereses en obligaciones ilícitas comienza con la sentencia—.

### b. Daño futuro y fórmulas indemnizatorias

Cuando existen daños derivados de incapacidades físicas o psíquicas, que se cuantifican mediante fórmulas indemnizatorias del tipo de valor presente de ingreso futuro, la sentencia judicial —o los cálculos extrajudiciales o judiciales— cuantifica desde un momento determinado, respecto del cual hay daños pasados y daños futuros.

En relación a los daños futuros, es decir, aquellos cuya ocurrencia o aparición se espera para el periodo posterior a la sentencia —o mejor aún, al pago de la indemnización establecida en la sentencia—, puede darse el caso de que el sistema prevea el pago mediante sumas periódicas equivalentes a los periodos futuros, o bien mediante un capital único. En este último caso, la persona damnificada recibirá en un único momento ( $T_1$ ) una suma de dinero que representa la totalidad o parte de lo que habrá de perder en un tiempo futuro ( $T_2, T_3 \dots T_n$ ). En estos casos, la persona damnificada recibirá entonces un beneficio, que es el de contar en  $T_1$  con el dinero que de otro modo hubiese tenido en  $T_2, T_3 \dots T_n$ .

Por ese beneficio se le descontará un interés compensatorio del anticipo del dinero, cuya tasa equivaldrá al rendimiento que se supone obtendrá invirtiendo su capital. Se trata de un interés compensatorio que será “pagado” por la o el damnificado a la persona demandada que asume la indemnización completa de una vez, mediante la detracción de las rentas esperadas.

En síntesis, el carácter futuro del daño y su pago en capital único y anticipado genera un beneficio que se traduce en intereses compensatorios que deberá pagar la persona damnificada.<sup>31</sup> Ello hace fundamental identificar el punto de quiebre entre el daño pasado y el futuro; este punto suele ubicarse en la sentencia según los sistemas jurídicos, y en sistemas donde rige el valorismo en materia de obligaciones dinerarias se ubica en el pago.

Contrariamente, en relación a los daños pasados, es decir, transcurridos entre el evento dañoso y el momento de pago del capital indemnizatorio, el beneficio para la o el damnificado explicado en el punto anterior no se producirá, por lo que nada habrá que detraer en concepto de intereses compensatorios.<sup>32</sup>

## 7. Revisión

Los daños futuros más allá de la sentencia o del pago de la indemnización plantean el problema de la existencia de daños no previstos, y de daños previstos que no se verifiquen efectivamente. En general, los sistemas suelen ser reacios a la revisión de daños una vez que la sentencia ha quedado firme, con las muy limitadas excepciones que proveen los distintos recursos de revisión de cosa juzgada. Esta característica carga a las partes con la necesidad de ser especialmente previsoras y prudentes en la estimación de los posibles daños futuros, puesto que la aparición de nuevos daños no contemplados será soportada, en principio, por la persona damnificada; mientras que la inexistencia de daños sí contemplados afectará a quien paga la indemnización.

Un caso particular está dado por la muerte de la persona damnificada mientras se tramita el juicio en el que se reclaman daños futuros derivados de incapacidad física o psíquica. Ante esta circunstancia hay dos situaciones posibles. Una primera es entender que el crédito indemnizatorio se ha generado con el daño, y que quien dañó no tiene justa razón para enriquecerse disminuyendo su deuda

---

<sup>31</sup> Cf. Juárez Ferrer, “El interés en las fórmulas de cuantificación del lucro cesante”, en *Cuantificación del daño. Parte general*.

<sup>32</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, in re *Navarrete, E. c/ Provincia de Córdoba* (20.10.09), en TR La Ley 70059076.

con la muerte de la o el damnificado. Una segunda es entender que el acontecimiento futuro que se esperaba —es decir, la subsistencia de la persona damnificada por un periodo de tiempo— se ha visto negado por la realidad; y que, por ende, la indemnización no debe cubrir los periodos esperables en abstracto, sino solo los periodos en que concretamente existió en vida de la persona damnificada la incapacidad determinada.

## V. La repercusión del daño en el ámbito de las lesiones a la integridad física

### 1. Debate y nomenclatura

La tesis del daño consecuencia y su posterior relectura<sup>33</sup> han derivado en la formulación de dos distintas concepciones sobre la repercusión de los intereses como condición del daño resarcible. Como ya se dijo, ha habido un solapamiento de estas con las antiguas concepciones de daño lesión y daño consecuencia, aun cuando ninguna de las concepciones sobre la repercusión postula la idea de daño lesión en sentido estricto. Para abordar esta cuestión conviene entonces, y en primer lugar, dejar de lado la identificación de las posturas con las tesis de daño lesión y de daño consecuencia; y advertir que lo que está en debate es la identificación de la consecuencia, o más bien, de la repercusión precisa que requiere el daño resarcible para su configuración.

### 2. Ámbito del debate

El ámbito de este debate es el de los daños derivados de lesiones a la integridad física o psíquica de las personas humanas. Estos daños a la integridad física o psíquica pueden ser totales o parciales y se mide en forma de incapacidad expresada en un porcentaje del total. En los casos en que esta incapacidad es parcial, la correlación entre esta y la afectación de ingresos, posibilidades de crecimiento laboral o profesional y otros aspectos de la vida laboral es cuando resulta menos

---

<sup>33</sup> V. *supra*, apartado II de este mismo capítulo.

contingente. A veces, esta correlación es también contingente cuando la incapacidad es total y la persona damnificada continúa trabajando mientras que quien le emplea continúa pagando el mismo salario. En la mayor parte de los casos de incapacidad total hay una correlación directa entre incapacidad y afectación de la vida laboral, puesto que generalmente esta sufre una interrupción o una cesación completa. El ámbito problemático es, entonces, el de incapacidades medidas en porcentajes que no tienen una correlación clara con las afectaciones en la vida laboral. En la jurisprudencia argentina, el problema se ha visto con claridad en casos en donde juezas o jueces resultan damnificadas en eventos dañosos, y sufren una disminución de su capacidad física o psíquica evaluada por peritos médicos en porcentajes. Estas juezas o jueces que sufren esta pérdida de capacidad no experimentan merma alguna en sus ingresos, puesto que gozan de una protección de intangibilidad salarial de jerarquía constitucional. Esto pone en evidencia la relación contingente que existe entre pérdida parcial de capacidad y pérdida de ingresos.

### 3. Las afectaciones de la vida laboral

Como consecuencia de una determinada afectación a la integridad física o psíquica que es medida por un baremo o tarifario médico se derivan usualmente afectaciones de la vida laboral. Estas afectaciones incluyen, entre otras, la pérdida de ingresos, la afectación o pérdida de posibilidades de ascenso laboral o de mayor crecimiento profesional, la afectación o pérdida de la posibilidad de cambiar de trabajo o de reencausar la vida profesional. Entre las concepciones en pugna, una de ellas exige para la configuración del daño resarcible, la existencia de una o unas específicas afectaciones de la vida laboral; la otra, por el contrario, entiende que las afectaciones de la vida laboral no son una circunstancia normativamente relevante.<sup>34</sup> Estas posiciones en pugna se ven con claridad en los distintos votos en las sentencias en *Ontiveros* y en *Grippe*, que se analizan más adelante.

Adicionalmente, estas concepciones deben ser combinadas con reglas sobre el peso específico de cada una de estas afectaciones en el caso concreto, y con reglas

---

<sup>34</sup> Cf. sobre la noción de circunstancia o propiedad jurídicamente relevante, Alchourrón, y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 31.

relativas a la prueba de las eventuales afectaciones. Entonces, es posible que, de considerar la existencia de afectaciones como una circunstancia normativa relevante, exista una serie de reglas respecto del peso de cada una de estas, que o bien asignen un igual valor a cada una, o bien que den un mayor valor a una por sobre otras, o bien que entienda que ante la afectación de cualquiera de ellas se configura la afectación exigible.

Adicionalmente, las reglas relativas a la prueba pueden indicar una presunción a favor de la persona damnificada; que admite prueba en contrario —si no lo hiciera directamente sería el caso de considerar a la afectación como una circunstancia normativa irrelevante—, o bien una regla que asigne a la persona damnificada la carga de probar la afectación y eventualmente su entidad.

#### *A. Concepción amplia: afectación como circunstancia jurídicamente irrelevante*

En la concepción amplia del daño resarcible, la afectación de la vida laboral es una circunstancia normativamente irrelevante. Ello quiere decir, desde este punto de vista, que al seleccionar los elementos con los que construirá el supuesto de hecho de la norma, la legislación ha escogido unos y ha desechado otros; además, que esta elección no está previamente determinada por criterios científicos, sino que se trata de un ámbito de posibilidades —relativamente— abierto.

En esta concepción, la afectación de la vida laboral no ha sido escogida por la legislación como una circunstancia relevante. Puede especularse sobre alguna de las razones por las que esta podría haberse inclinado por esta solución.

La discusión sobre la afectación de la vida laboral es más compleja que la del porcentaje de incapacidad. Dado lo anterior, puede resultar en un obstáculo para la reparación integral de la persona damnificada y para el arribo de transacciones extrajudiciales. El porcentaje de incapacidad, ya incorporado al ámbito de la medicina legal, puede ser un indicador confiable y técnico en vez del más complejo y menos técnico de las afectaciones de la vida laboral.<sup>35</sup> Es posible

---

<sup>35</sup> Cf. Pizarro, y Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 749.

presumir que de un porcentaje de incapacidad se deduce una afectación a la vida laboral, y siendo más sencillo de medir lo primero, esto es lo que se toma como relevante.

En definitiva, la concepción amplia afirma que el resarcimiento del daño derivado de la incapacidad física o psíquica depende de la acreditación del grado de incapacidad, y a los fines jurídicos no resulta relevante la afectación a la vida laboral y su acreditación. Esta concepción no se desliga de las consecuencias o de las afectaciones de la vida laboral; simplemente escoge como condición la afectación del interés protegido, en detrimento de la probatoriamente más escurridiza cuestión de la afectación de la vida laboral.

### *B. Concepción restrictiva: afectación como circunstancia jurídicamente relevante*

En la concepción restrictiva que ya hemos mencionado,<sup>36</sup> la afectación es una circunstancia jurídicamente relevante ante cuya ausencia no existe daño resarcible. Esta concepción restrictiva resulta, en comparación con la concepción amplia, más exigente para la persona damnificada y más benévola con quien dañó o quien resulta responsable, puesto que contiene mayores exigencias sustanciales o probatorias. Así, se abre una serie de cuestiones tales como: cuáles son las afectaciones relevantes; si es suficiente con “alguna” afectación para la configuración del daño; si todas las afectaciones tienen igual entidad o “valor”, o si en cambio, debe hacerse una suerte de tabla con el peso específico de cada uno; y finalmente, si estas afectaciones pueden o no presumirse, y eventualmente que clase de prueba se admite en contrario.

Las respuestas a estas cuestiones terminaran de perfilar la entidad y la importancia de la afectación en el elenco de circunstancias jurídicamente relevantes y, de esta manera, la extensión de los derechos de las y los damnificados.

---

<sup>36</sup> Cf. Ossola, *op. cit.*, p. 153.

### *C. Algunos argumentos externos para estas concepciones*

A pesar de que, como es obvio, la legislación puede actuar con libertad en la selección de circunstancias relevantes, a este debate suelen incorporarse algunos otros argumentos que no conciernen a los textos, sino a su contexto o a una forma tradicional de entendimiento de las reglas. Asimismo, se mostrará cómo un argumento constitucional puede impactar en este debate, con base en el contexto, y de ese modo, modificar el entendimiento de la regla a la luz de la Constitución.

#### **a. Argumento literal-conceptual sobre el lucro cesante**

Un argumento que suele ofrecerse para sostener la concepción restrictiva es que el mismo concepto de lucro cesante, en su interpretación literal, refiere a una pérdida de ingresos. Entonces, entendido cabalmente, la indemnización por lucro cesante solo puede darse si hay una efectiva afectación a la vida laboral, y en particular, en forma de pérdida de ingresos.

#### **b. Argumento tradicional**

En defensa de la concepción amplia, tradicionalmente se ha entendido como suficiente para la procedencia de la indemnización de lesiones a la integridad física o psíquica la determinación de la incapacidad mediante una prueba pericial. Sobre la base de este consenso interpretativo respecto de las reglas del lucro cesante es que se han dictado sentencias judiciales que han quedado consentidas y se han acordado transacciones sobre indemnizaciones, tomando siempre en cuenta la incapacidad y su prueba, y no la existencia de determinadas afectaciones a la vida laboral.

#### **c. Argumento constitucional**

La concepción restrictiva resulta menos beneficiosa para las personas damnificadas y, en consecuencia, disminuye sus derechos y restringe su extensión. Dado lo

anterior podría criticarse a esta concepción con un argumento constitucional, que es el de la existencia del principio de no regresividad en la protección de los derechos —que existe tanto en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos como en muchas otras convenciones internacionales de derechos humanos—; en particular con relación al derecho a la reparación integral, que además goza de jerarquía constitucional.<sup>37</sup>

#### 4. El caso argentino

En Argentina esta cuestión ha generado uno de los más importantes debates en el ámbito del derecho de daños; dada su actualidad, por su persistencia en la jurisprudencia, y por la gran repercusión que tiene en numerosos casos en donde las personas damnificadas resultan parcialmente incapacitadas pero no es fácil determinar o probar las afectaciones a la vida laboral.

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que surge de los fallos *Ontiveros*<sup>38</sup> y *Grippe*<sup>39</sup> da cuenta de la existencia del debate en la dogmática argentina. En ambos fallos hay tres posiciones con algunas coincidencias y algunas diferencias.

En primer lugar, todos los jueces que votan en estos casos —H. Rossatti, J. C. Maqueda, C. F. Rosenkrantz y R. L. Lorenzetti— sostienen que es necesario que haya afectación a la vida laboral, es decir, todos parecen, en principio, estar enrolados en la concepción restrictiva.

Sin embargo, una lectura detallada muestra las diferencias de matiz que llevan a debilitar esta aparente coincidencia. Sucede que solo uno de estos jueces —C. F. Rosenkrantz<sup>40</sup>— mantiene la coherencia entre la concepción restrictiva

<sup>37</sup> Cf. Papayannis, y Juárez Ferrer, “El derecho constitucional a la reparación integral como exigencia del art 19 de la CN”, en *Acciones privadas y Constitución*, p. 609.

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *in re Ontiveros, Stella M. vs. Prevención*, (10.8.17), Fallos 340:1038, p. 1038.

<sup>39</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *in re Grippe, Guillermo vs. Campos*, (2.9.21) Fallos 344:2256, p. 2256.

<sup>40</sup> El juez Rosenkrantz parece ser más consistente con su enrolamiento con la concepción restrictiva. Para este juez la pérdida de ingresos sí es una circunstancia relevante, y la incluye junto con otras

que postula y la decisión de no indemnizar cuando no hubo pérdida de ingresos.

El resto de los jueces sostienen la concepción restrictiva, pero deciden que debe indemnizarse cuando no hubo pérdida de ingresos. Dos de estos jueces —H. Rossatti y J. C. Maqueda<sup>41</sup>— sostienen una concepción restrictiva debilitada, puesto que mandan a indemnizar de igual modo si hubo pérdida de ingresos y si hubo solo una afectación de eventuales posibilidades de ingresos. El restante juez —R. Lorenzetti<sup>42</sup>— también sostiene la concepción restrictiva, pero la abandona si las circunstancias del caso resultan injustas bajo argumentos humanistas.

---

afectaciones de la vida laboral, en un lugar prominente. En el caso *Ontiveros*, el juez entiende que no habiendo afectación a la vida laboral alguna entonces no procede la indemnización, lo cual se condice con la postura asumida, y con las consecuencias de esa postura.

<sup>41</sup> Para Rossatti y Maqueda debe indemnizarse la incapacidad aunque no haya pérdida de ingresos, pero sí otras manifestaciones. Dado que la pérdida de ingresos es la más importante de las afectaciones de la vida laboral, estos jueces parecen tomar la tesis interpretativa que de que basta la presencia de al menos una afectación para que haya indemnización. En al menos uno de estos casos, el de *Ontiveros*, era difícil hablar de alguna afectación; por cuanto *Ontiveros* no perdió ingresos, ni tenía posibilidades de ascenso antes del evento dañoso, ni parecía posible ni remotamente un cambio de trabajo, por su edad y por cuanto era jueza de un tribunal de apelaciones. Por ende, parece que, a los fines prácticos, Rossatti y Maqueda adscriben a la concepción amplia. Esto se ratifica cuando la lectura de los votos muestra que los jueces hacen hincapié, por un lado, en la necesidad de que las indemnizaciones satisfagan el derecho a la reparación integral y no sean exiguas. Por el otro, cuando indican —tíbilmente en *Ontiveros* y de modo bien claro en *Grippe*— que el sistema de reparación de accidentes laborales —que indiscutidamente no requiere afectación de la vida laboral, sino tan solo incapacidad— es un piso mínimo a tener en cuenta en otros sistemas indemnizatorios —en estos casos, el sistema general del Código Civil y Comercial—.

<sup>42</sup> Para Lorenzetti debe indemnizarse la incapacidad, puesto que la vida humana y, por ende, la integridad tiene un valor por sí misma, y que ello requiere tomar en cuenta las distintas afectaciones de la vida laboral, entre las cuales es relevante la disminución de ingresos. Nuevamente, parece que este juez se lista en la concepción restrictiva. Pero la lectura detenida de los fundamentos revela que, mediante una serie de argumentos que no lo comprometen con ninguna de ambas concepciones, que los jueces no deben atarse a fórmulas matemáticas que reduzcan la vida humana a un número, y la idea de que las pericias deben ser tomadas de modo prudente y cauteloso por quien juzga y su posición debe ser analizada con cuidado. Dado el resultado de ambos casos, da la impresión de que este juez postula que las indemnizaciones deben ser amplias —no debe reducirse la persona a un número— y que, para este fin, los tribunales pueden acudir como medio a dejar las fórmulas de lado si estas no dan el resultado deseado —justo, o integral—. Así como también, para este objetivo, deja de lado las exigencias normativas que había indicado con anterioridad, i.e., que haya afectación en el ámbito laboral. Finalmente, entonces, parece que este juez dice que la afectación es relevante, pero luego no lo es tanto, o incluso nada, puesto que en estos casos en que no hubo pérdida de ingresos ni afectación de la vida laboral se revocan decisiones que negaban indemnizaciones. A los fines prácticos, entonces, los fundamentos de Lorenzetti dan como resultado la irrelevancia de la afectación de la vida laboral, e incluso de reglas que limiten la discrecionalidad de quien juzga.

De la evaluación de estos fallos parece surgir una tendencia, la mayoría de los jueces —tres sobre cinco, pero un juez no votó en ambos casos— parece estar en la concepción restrictiva. Sin embargo, por diversas razones el resultado práctico que eligen es el de la concepción amplia, en casos en donde la concepción restrictiva hubiera dado un resultado completamente opuesto. Por su parte, el juez Rosenkrantz se enlista de modo consistente en la concepción restrictiva. Esto permite hablar de que la jurisprudencia actual de la CSJN argentina adhiere, en términos funcionales, a la concepción amplia, es decir, considera jurídicamente irrelevante la pérdida de ingresos y solo considera relevante la existencia de la incapacidad médicamente determinada.

## 5. Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)

Los PETL, en el art. 10:202 (1) indican lo siguiente:

En el caso de daño corporal, lo que incluye el daño a la salud física y a la psíquica si comporta una enfermedad reconocida, el daño patrimonial incluye la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va a acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica.

Este texto parece distinguir entre los distintos componentes de la indemnización por lucro cesante, lo que tornaría en ese marco a la pérdida de ingresos como una circunstancia normativamente relevante. Obviamente, la dogmática podrá construir normas más específicas con el peso concreto de la pérdida de ingresos y la afectación de la capacidad de obtenerlos.

## 6. Evaluación crítica

La concepción restrictiva implica un retroceso en el reconocimiento de los derechos a la reparación de las personas damnificadas. Esta concepción implica una mayor exigencia sustancial y probatoria en cabeza de la o el damnificado, que se

traduce en un derecho indemnizatorio más acotado; por cuanto esta persona tendrá sobre sí la carga de acreditar la entidad cualitativa y cuantitativa de la repercusión del perjuicio y, por ende, en una menor protección de los derechos de indemnidad de la persona damnificada.<sup>43</sup>

En la concepción amplia, en cambio, la exigencia de alegación y prueba para lo o el damnificado parece más balanceada, por cuanto habiendo probado la lesión a su interés, esto no requiere ulteriores pruebas, ni alegaciones.

Esta exigencia menor de esta concepción es razonable, ya que, de la lesión al interés protegido, y en particular en los casos de lesiones a la integridad física o psicológica es lo normal y ordinario que existan repercusiones en el ámbito patrimonial y que se afecte la capacidad de la persona de trabajar.

Sin embargo, no es frecuente que exista entre la lesión a la integridad física o psicológica y su repercusión una proporcionalidad determinada, aun cuando la determinación de incapacidades en puntos porcentuales pueda llevar a pensar eso. Usualmente, una incapacidad que ha sido determinada en un 30% no necesariamente hace perder de modo directo un 30% de los ingresos, ni afecta en un 30% las posibilidades de ascensos, crecimientos o cambios laborales, sino que esa repercusión en los ingresos se da de un modo más elíptico, complejo y difícil de determinar.

Es irrazonable suponer que, si la persona no ha visto disminuidos sus ingresos en un 30%, por ejemplo, porque las leyes laborales no permiten disminución del salario por incapacidad, no haya daño cierto y resarcible, sino solo pérdida de *chances*. La afectación del interés protegido, determinada en su entidad cuantitativa en un porcentaje determinado, debería resultar suficiente para hacer procedente el derecho indemnizatorio, aun cuando no haya habido una pérdida de ingresos visible y clara.

---

<sup>43</sup> Cf. Papayannis, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, p. 318.

## 7. Problemas asociados a estas concepciones

Finalmente, existen algunos problemas asociados al debate sobre la relevancia jurídica de las afectaciones a la vida laboral. Estos problemas no están en el centro del debate, sino que surgen de determinadas posiciones, o está relacionados con características del sistema jurídico externas al derecho de daños.

### A. Resarcibilidad del valor vida

Una primera cuestión que surge, en forma paralela al debate sobre la relevancia jurídica de la afectación laboral, es la de si la vida humana tiene un valor resarcible en sí misma o no. Esta cuestión ya ha sido mencionada arriba, y aquí solo se tocará en relación a este problema.

En algunos sistemas jurídicos se entiende como resarcible la vida humana en sí misma. No está exento de dificultades ver que significa *en sí misma*. Usualmente, esto refiere a que la vida humana es resarcible aunque se tratara de una persona de edad muy avanzada, o de una persona muy joven, o incluso, de una persona no nacida, refutando así la idea de que estas vidas tienen un valor menor.<sup>44</sup>

También se hace referencia a la vida que vale en sí como forma de habilitar una indemnización cuantitativamente más grande aun cuando la persona no tenga ingresos, o estos sean escasos, o se trate de una persona que causaba más egresos que ingresos. En estos escenarios, la tesis pretende o bien un piso indemnizatorio por la vida, o bien la disminución o eliminación de las diferencias que los distintos ingresos o riquezas de una persona podrían producir en la indemnización.

Por último, esta tesis suele utilizarse en contextos en donde las indemnizaciones son bajas, tanto en el ámbito del resarcimiento del lucro cesante y otros daños patrimoniales, como en el ámbito del daño extrapatrimonial. La idea del valor de

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 280; y cf. Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, p. 68.

la vida en sí misma permite, como en el punto anterior, fijar una suerte de piso indemnizatorio mínimo que no puede ser dejado de lado.

Cabe preguntarse si la concepción amplia respecto de la relevancia de la afectación de la vida laboral está o no vinculada a la tesis del valor vida, y si, de estarlo, este vínculo es necesario o contingente. En este capítulo se entiende que si existe este vínculo, no es necesario.

Para sostener que la afectación de la vida laboral no es una circunstancia jurídicamente relevante en modo alguno, es necesario asumir que la vida tiene un valor en sí. Puesto que la concepción amplia puede simplemente ampararse en que la legislación ha optado por un indicador del daño distinto a la afectación laboral, por razones prudenciales; por ejemplo, facilitar la prueba del daño y promover acuerdos extrajudiciales. Identificar ambas posiciones es un error, y como tal está orientado a debilitar el atractivo argumental de la concepción amplia en sistemas en donde la tesis del valor vida en sí misma resulta una tesis minoritaria o totalmente rechazada.

Finalmente, es probable que quienes sostienen la tesis del valor de la vida humana en sí misma —tal como el juez Lorenzetti de la CSJN Argentina— se sientan más a gusto con la concepción amplia, puesto que esta justifica algunos resultados que la tesis del valor vida en sí misma promueve, y con las sensibilidades de las que esta se nutre.

### *B. Afectaciones a la vida laboral y las reglas del derecho del trabajo*

Una segunda cuestión que surge en forma paralela es cómo dotar de sentido a las reglas de los accidentes laborales. Es frecuente que en los sistemas de resarcimiento de accidentes laborales se establezcan sistemas simplificados de reparación de los daños. En estos sistemas simplificados, las indemnizaciones suelen estar tarifadas de acuerdo a diversos parámetros tales como la edad de la persona damnificada, sus ingresos y la entidad de su incapacidad.

Los sistemas de reparación de accidentes laborales suelen establecer reglas en las que los daños a resarcir coinciden con lo que en el ámbito del sistema general de derecho de daños se llama lucro cesante o indemnización por incapacidad. Es decir, estamos ante indemnizaciones por daños similares.

Sin embargo, en los sistemas de reparación de daños por accidentes de trabajo la discusión antes mencionada no se presenta, y por ende no existen dudas sobre la irrelevancia —jurídica— de la pérdida efectiva de ingresos. Esto puede obedecer a múltiples razones, entre las cuales podría estar el carácter especialmente tuitivo del derecho del trabajo respecto del trabajador, o la autonomía —relativa— de sus reglas.

Sin embargo, la irrelevancia jurídica de la pérdida de ingresos da ciertos indicios interpretativos respecto de la práctica del derecho de daños. Estos indicios interpretativos solo explican, y no necesariamente justifican el sistema jurídico, pero dicha explicación resulta importante en orden a la discusión ya mencionada. Por una parte, pone en contexto la interpretación de las reglas de indemnización del lucro cesante o de incapacidades y, por otra parte, este contexto justifica la ubicación de la discusión respecto del principio de no regresividad en materia de derechos y en relación al entendimiento que se viene dando al derecho de reparación integral.

En el ámbito del derecho mexicano, y en particular del Código Civil Federal, está vinculación es clara. Desde que su artículo 1915 —así como varias legislaciones de los Estados— remiten a la Ley Federal del Trabajo mediante una fórmula que se basa en sus disposiciones. Entonces, esta vinculación refuerza en este ámbito la idea de la irrelevancia de la pérdida de ingresos como circunstancia o condición para el resarcimiento de la indemnización por incapacidad o lucro cesante.

## **VI. Otras cuestiones problemáticas del concepto de daño**

### **1. Actividades valiosas no remuneradas**

La vida cotidiana de una persona está integrada, en parte, por su trabajo por el que recibe un salario o algún tipo de remuneración o pago; por otro lado, están

sus otras actividades, entre las cuales se encuentran la lectura, el deporte, las prácticas religiosas, la vida social y otras. Las afectaciones al desarrollo de estas actividades son resarcibles bajo distintos rubros. Además de las actividades laborales y las de ocio y sociales existen “otras” actividades que son valiosas, en el sentido económico de esta palabra, y que sin embargo no generan compensaciones ni pagos ni sueldos para quienes las hacen.

Estas tareas pertenecen generalmente a tareas vinculadas a los “quehaceres del hogar”, con frecuencia desarrollados por mujeres —madres o cuidadoras—, y muy frecuentemente invisibilizadas en relación a su entidad cualitativa y a su costo económico. Estas tareas comprenden, entre otras, la limpieza de la casa, el lavado de ropa y cosas del hogar, el cuidado del jardín, el paseo de perros y otras mascotas, la labor de hacer tareas con sus hijos, de llevarlos a la escuela o a otras actividades escolares o recreativas. Todas estas actividades, que si las hace un miembro de la familia no están específicamente remuneradas, tienen un valor económico.<sup>45</sup>

La afectación de la capacidad física o psíquica por lesiones muy posiblemente también tenga repercusión en este ámbito. Cómo deben indemnizarse resulta un problema que a veces es inadvertido, ¿se trata de un daño emergente o de un lucro cesante?

La clasificación de estas afectaciones tiene consecuencias; si se trata de un daño emergente, entonces su indemnización será mediante el costo de sustitución de la tarea en cuestión. Para una tarea del hogar, el costo de sustitución es el valor del sueldo de una persona que haga tareas del hogar, para el transporte de NNA el de un transportista, etcétera.

Distinto es si estas tareas son valoradas y clasificadas como un daño a la capacidad, e indemnizadas mediante las reglas de indemnizaciones por incapacidad o lucro cesante. En este caso, utilizar las reglas de cuantificación implicará que las tareas de quienes tienen ingresos mayores valen más, es decir, que las tareas de limpieza

---

<sup>45</sup> Cf. González Zavala, “Cuantificación de las tareas de cuidado y hogareñas, en casos de incapacidad”, en *Semanario Jurídico*, p. 221.

que hace un gerente en su casa son económicamente más valiosas que las de sus subalternos.

Para evitar esta consecuencia que se ha entendido en alguna ocasión como injusta se han utilizado en las fórmulas salarios mínimos o lo más básicos de las escalas salariales. Se trata de una cuestión que usualmente está abierta legislativamente, y cuya solución dependerá de la construcción que hagan los intérpretes de las normas que regulan estas tareas, sus afectaciones y su cuantificación.

Quizás lo más sensato es considerar estas afectaciones como parte integrante del lucro cesante e indemnizarlas con el valor del ingreso que cada persona tiene, y solo si la persona no tuviera ingresos se le deberá indemnizar con el salario de la actividad en cuestión. De tomarse esta solución parece difícil justificar una cuenta indemnizatoria separada, ya que la pérdida de afectación o de capacidad cubrirá todo el espectro de actividades económicas que desarrolle la persona, sean estas remuneradas o no. Es decir, si se valora la actividad remunerada y la actividad valiosa no remunerada de la misma manera, entonces la afectación patrimonial será idéntica en ambos casos.

## 2. Pérdida de chance

### A. Concepto

La pérdida de chance es el daño que se produce por la frustración de la oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo. La dogmática ha tendido a ubicar esta pérdida en el ámbito del daño patrimonial, pero, así como existen beneficios y menoscabos no patrimoniales a ser obtenidos o evitados, también es posible pensar en pérdidas de chances extrapatrimoniales —por ejemplo, la pérdida de chance de tener descendencia—.

Entendemos que probablemente los planteos de pérdida de chance extrapatrimonial sean menos frecuentes por cuanto en el ámbito del daño moral las distinciones y los aspectos del daño han sido abordados en menor medida desde la dogmática, y reciben menor atención y justificación en las decisiones judiciales.

Para que la chance sea resarcible debe ser seria, es decir, debe ser razonablemente previsible en su existencia, de no haber sucedido el evento que cortó la causalidad esperable. Esta seriedad y previsibilidad son una forma aminorada de la condición de certeza que requiere el daño resarcible. Esto permite sostener que, para que la chance sea resarcible, la probabilidad de su producción tiene que haber superado un determinado umbral cuya apreciación suele hacerse en concreto por el tribunal, aunque no es imposible que sea fijado por la legislación. En consonancia con esto, el artículo 1739 del Código Civil y Comercial argentino dispone que “la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

Pese a todo, tendemos a otorgar valor a chances inferiores a este umbral, lo cual permite pensar que cualquier tipo de oportunidad frustrada puede ser resarcida en la medida de la probabilidad de su ocurrencia.

### *B. Cuantificación de la pérdida de chance. Pérdida de chance y reparación integral*

Alguna dogmática ha sostenido que la pérdida de chance es un caso de excepción al derecho de reparación integral, pero, en este capítulo se sostiene que no se trata de una excepción a este derecho. Por lo tanto, la chance perdida debe ser reparada de modo integral y no parcial.<sup>46</sup>

#### a. Lo frustrado

Lo frustrado en la pérdida de chance no es el beneficio en sí, sino la oportunidad que se tuvo y que no se presentó. Esto tiene importancia en orden a la cuantificación del lucro cesante, puesto que explica por qué la indemnización de la pérdida de chance no escapa al principio de reparación integral, sino que este

---

<sup>46</sup> Pizarro, y Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil, cit.*, p. 156.

aplica sobre el valor de la chance frustrada y no sobre el beneficio que pudo haberse dado.

#### b. Cuantificación de la chance

El valor de la chance se obtiene tomando el grado de probabilidad existente para que la oportunidad pudiere derivar en un beneficio económico o espiritual estimado en porcentaje de probabilidad, este se multiplica por el valor del beneficio esperado.

La existencia de probabilidad de la ocurrencia del beneficio esperado es el elemento característico de la pérdida de chance. La chance es por definición aleatoria; pues nada permite asegurar que, de no haber mediado el evento lesivo, la persona damnificada habría obtenido el provecho económico o espiritual pretendido. La estimación entonces debe tener dos aspectos: (i) la estimación de la probabilidad de ocurrencia y; (ii) la estimación del valor del beneficio.

### Bibliografía

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

Barros Bourrié, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020.

Borda, G. A., *La reforma 1968 al Código Civil*, Perrot, Buenos Aires, 1971.

—————, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, tomo IV-A, Perrot, Buenos Aires, 1976.

Calvo Costa, C., *El daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

De Lorenzo, M. F., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

González Zavala, R. “Cuantificación de las tareas de cuidado y hogareñas, en casos de incapacidad”, *Semanario Jurídico*, T. 124-2021, p. 221.

Juárez Ferrer, M., *El derecho constitucional a la reparación integral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

\_\_\_\_\_, “El interés en las fórmulas de cuantificación del lucro cesante” en Juárez Ferrer, M. (dir.), *Cuantificación del daño. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2017.

Keren-Paz, T., *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Ashgate, Aldershot, 2007.

Llambías, J. J., *Código Civil anotado*, tomo II-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984.

López Olaciregui, J. M., “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, *Revista del Derecho comercial y de las obligaciones*, 1978.

Marcellino, L., “Valoración, cuantificación y satisfacción en el daño moral”, en Juárez Ferrer, M. (dir.), *Cuantificación del daño. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2017.

Ossola, F., *Responsabilidad Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

Papayannis, D.M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

Papayannis, D.M., *El derecho privado como cuestión pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

Papayannis, D. M. y Pereira Fredes, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Papayannis, D. M., “Responsabilidad por el dolor causado y sufrido”, en García Amado, J.A. y Papayannis, D.M. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Palestra Editores, Lima, 2020.

Papayannis, D. M. y Juárez Ferrer, M., “El derecho constitucional a la reparación integral como exigencia del art 19 de la CN”, en Gargarella, R., Álvarez Medina, S. y Iosa, J. (coords.), *Acciones privadas y Constitución*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021.

Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G, *Tratado de responsabilidad civil*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017.

Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G, *Tratado de obligaciones*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.

Pizarro, R.D., *Daño moral. Reparación, prevención y punición de las consecuencias no patrimoniales*, Rubinzal, Buenos Aires, 2021.

Van Gerven. W., Lever, J. y Larouche, P., *Cases, materials and text on National, Supranational and international Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000.

Zannoni, E., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 2005.

## Legislación

Código Civil Federal de México.

Ley Federal del Trabajo de México.

Código Civil Argentino (sancionado en 1869, derogado en 2014).

Código Civil y Comercial Argentino (sancionado en 2014).

Código Civil Italiano (sancionado en 1942).

Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil.

## Jurisprudencia

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 30/2013, sentencia del 26 de febrero de 2014.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, in re *Gómez Orué, F vs. Provincia de Buenos Aires*, Fallos 316:2894.

\_\_\_\_\_, in re *Ontiveros, Stella M. vs. Prevención*, (10.8.17), Fallos 340:1038.

\_\_\_\_\_, in re *Grippo, Guillermo vs. Campos*, (2.9.21), Fallos 344:2256.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, in re *Navarrete, E. vs. Provincia de Córdoba* (20.10.09), en TR La Ley 70059076.

Cám. 2a. Civ. y Com., Córdoba, Argentina, (26.12.18), in re *Bendetowicz, Samuel vs. Revol, Jorge Luis* (Expediente núm. 5306806), Auto núm. 150.

Cám. 5a. Civ. y Com., Córdoba, Argentina, (14.11.14), in re *Martínez de Petrazzini, V. F. vs. Suárez, Walter G.*, en La Ley Córdoba 2015, 336.



## La culpa

Diego M. Papayannis\*

\* Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Serra Hünter e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica Universidad de Girona —España—.

**La culpa.** I. Introducción; II. La noción de culpa; III. Objetividad de la culpa; IV. Interrelación entre estándares genéricos y específicos; V. Culpa y convenciones sociales; VI. Conflictos entre estándares genéricos y específicos; VII. Valoración de la conducta razonable; VIII. Variabilidad del estándar aplicable; IX. Prueba de la culpa.

## I. Introducción

Se dice usualmente que la responsabilidad civil ha experimentado una transformación profunda desde fines del siglo XIX hasta la actualidad, en tanto el eje del sistema se ha desplazado del reproche del agente dañador hacia una preocupación por el bienestar de la víctima. Ese cambio se ve reflejado en la estructura dogmática de la responsabilidad civil. Por una parte, el factor de atribución subjetivo —la culpa en sentido genérico— ha perdido fuerza y, en su lugar, han proliferado los factores objetivos, como el riesgo-beneficio o la garantía, cuya expansión más notable se produjo a partir de mediados del siglo XX. Asimismo, se han ampliado las categorías de daño indemnizable, a fin de brindar mayor cobertura a las víctimas en las múltiples dimensiones en las cuales sus intereses pueden verse perjudicados por las acciones de otros. Finalmente, las reglas sobre causalidad fáctica y extensión de la responsabilidad han sido complementadas y flexibilizadas, respectivamente, tanto con el objetivo de ofrecer respuesta a los supuestos de incertidumbre causal, como para compensar más allá de las consecuencias estrictamente previsibles de la acción incorrecta.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Lorenzetti, “El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, en *La Ley*, pp. 1140 y ss.

Todo esto, se afirma, obedece a un cambio de paradigma en relación con la función principal de la responsabilidad civil: ya no se trataría de sancionar la *causación injusta*, sino de compensar el *sufrimiento injusto*.<sup>2</sup> Este viraje solo puede comprenderse a la luz del contexto que lo motivó. La revolución industrial, además de propiciar un notable crecimiento económico, multiplicó las fuentes de riesgos lícitos —no culpables— a los que las personas están expuestas. Bajo el imperio de la regla de culpa, la materialización de esos riesgos debe ser soportada por las víctimas, lo que la doctrina consideró inadmisibles, ya que suponía un reparto inequitativo de los beneficios económicos de esas actividades riesgosas y los costes que estas generaban. La teoría del riesgo-beneficio vino a solucionar este desajuste,<sup>3</sup> lo que dio lugar a aquello que algunos juristas —incluso antes de la mayor expansión de la responsabilidad objetiva— calificaron sin matices como una auténtica *revolución*, y no una mera *evolución*, de la responsabilidad civil.<sup>4</sup> Como en toda revolución, existen posturas más radicales que no se conforman con decapitar la exigencia de culpa, con despojarla de su posición privilegiada en la responsabilidad civil, sino que alientan un total reemplazo de los sistemas de responsabilidad a favor de fondos de garantía, inspirados en la justicia distributiva y la solidaridad.<sup>5</sup>

En mi opinión, esta historia, que es un lugar común para la mayoría de las personas que han escrito sobre la materia, aporta más confusiones que claridad.<sup>6</sup> Distorsiona el sentido de la responsabilidad civil, la manera en que se ha transformado durante el último siglo y el papel que los factores de atribución subjetivos cumplen en la práctica. Por ello, antes de dedicar un capítulo a la culpa, corresponde reivindicar su importancia. No estamos aquí ante un resabio de la tradición jurídica que bien haríamos en remediar para dar más espacio a la responsabilidad objetiva. Ambos regímenes de responsabilidad son esenciales para la vida moderna,

<sup>2</sup> De Lorenzo, *El daño injusto en la responsabilidad civil (alterum non laedere)*, pp. 22 y ss.

<sup>3</sup> Orgaz, *La culpa (actos ilícitos)*, pp. 27-28.

<sup>4</sup> Josserand, “La evolución de la responsabilidad”, en *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, pp. 61 y 70-71.

<sup>5</sup> Lambert-Faivre, “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, p. 37.

<sup>6</sup> Para un tratamiento más detallado de los argumentos que siguen, V. Papayannis, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, pp. 122-134.

aunque la culpa sigue siendo el régimen dominante o primario, por excelentes razones.

Comencemos por analizar el supuesto cambio en la función de la responsabilidad civil. Cuando se afirma que el propósito no es sancionar el daño injustamente causado sino compensar el daño injustamente sufrido, se intenta disociar dos nociones que están conceptualmente ligadas. Si las reglas de responsabilidad civil regulan las interacciones entre los particulares, no hay espacio para un daño injustamente sufrido que no haya sido injustamente causado, ni lo contrario. El daño de la víctima es injusto solo si el agente que lo causó lo hizo con injusticia.

Siempre es útil recordar que en materia jurídica hay que distinguir el sufrimiento injusto del sufrimiento *inmerecido*. Como se explicó en el capítulo I de este manual, las injusticias se definen por el hecho de que son causadas por las personas en ejercicio de su agencia, de su voluntad.<sup>7</sup> Las personas actúan y, en principio, son responsables por las consecuencias de sus decisiones. Cuando una acción se realiza en violación de los términos de interacción establecidos por el derecho, y de ese modo se daña a otra persona, el agente obra más allá de los límites de su libertad, lo que da lugar a un daño injusto, es decir, causado injustamente, de un modo que no tenía derecho a causar. La víctima, a su vez, sufre correlativamente una interferencia injusta en sus derechos. En cambio, si una persona es dañada por un meteorito, su sufrimiento puede ser inmerecido —ciertamente lo es, porque no deriva de sus propias decisiones—, pero no puede decirse que esa pérdida constituya una *injusticia*. Si alguien insistiese en que su pérdida es injusta en esas circunstancias, deberíamos preguntarle quién le ha tratado injustamente, quién ha vulnerado sus derechos. El sufrimiento inmerecido tal vez exija que la comunidad haga algo para paliarlo, pero que una persona sufra de modo inmerecido nunca es suficiente para fundar un reclamo *relacional*, dirigido a otra persona en concreto. De ahí que la responsabilidad civil se organiza en torno a la idea de causación y sufrimiento correlativos. Y esta correlatividad es imposible sin interacción injusta.

---

<sup>7</sup> Coleman, *Riesgos y daños*, p. 334.

En definitiva, distinguir sufrimiento y causación injusta obvia que en la interacción entre dos personas ambos términos son inconcebibles por separado. Cuando Axileas daña a Xenofonte violando los términos de interacción establecidos por el derecho, Axileas causa injustamente y Xenofonte sufre injustamente. Es imposible que Xenofonte sufra una injusticia en una interacción con Axileas si este no hizo nada incorrecto conforme con las normas del sistema. Por razones todavía más evidentes, es imposible que Axileas haya causado injustamente un daño a Xenofonte si este no sufrió una pérdida injusta por parte de Axileas.

En el lenguaje de los derechos y deberes de indemnidad,<sup>8</sup> la responsabilidad objetiva no desplaza ni torna obsoleta a la culpa. La tremenda revolución de la responsabilidad civil, así presentada, es un mito que ha ganado excesiva popularidad. Lo que realmente ha evolucionado es el conjunto de reglas de interacción: mientras que con el régimen de culpa solo existía el derecho a no ser dañado con culpa o dolo —y un correlativo deber de no dañar con culpa o dolo en cabeza de los potenciales agentes dañadores—, la responsabilidad objetiva ha ampliado, en ciertos ámbitos bien especificados, los derechos y deberes de indemnidad de las partes.

Dependiendo de la actividad de que se trate, las personas pueden tener derecho a no ser dañadas con actividades riesgosas. Normalmente, las y los legisladores han optado por identificar aquellas áreas en las cuales la responsabilidad por culpa generaría consecuencias inadmisibles y, por consiguiente, las han sujetado a un régimen de responsabilidad objetiva.<sup>9</sup> Pero el régimen subjetivo sigue siendo el régimen *supletorio* de la responsabilidad civil. Que sea el régimen supletorio significa que, en caso de que la legislación no haya especificado que una situación concreta está regulada por un régimen de responsabilidad objetiva, la regla aplicable será la culpa, y el agente solo deberá indemnizar a la víctima si, y solo si, le causó un daño mediante una acción que infringe los estándares de comportamiento jurídicamente exigibles. En caso contrario, la víctima deberá tolerar el daño.

<sup>8</sup> V. capítulo I, sección II, de este manual.

<sup>9</sup> Reglero Campos, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil*, p. 276.

Esta ordenación es bastante sensata. El régimen supletorio no puede ser la responsabilidad objetiva.<sup>10</sup> Conceptualmente podría serlo, por supuesto, pero sería altamente inconveniente. La legislación debería establecer que, en todos los órdenes de la vida, la persona que cause daño siempre será responsable y deberá indemnizar a la víctima, salvo que la propia ley exija culpa para que proceda la responsabilidad. Una responsabilidad tan amplia sofocaría nuestra libertad de acción y nos haría incurrir en enormes gastos de gestión, pues las situaciones en las cuales deberíamos compensarnos recíprocamente los daños que nos causamos serían muy numerosas. Dedicaríamos una parte considerable de nuestra vida a pagar indemnizaciones y otra parte a intentar cobrarlas de quienes nos dañan. Mucho más sensato es optar por la regla de la culpa como régimen supletorio y dejar que la responsabilidad objetiva rijan únicamente por previsión legal expresa o en ciertos ámbitos o actividades específicos, como el uso de mecanismos o instrumentos peligrosos —artículo 1913 del Código Civil Federal de México—, aun cuando el mundo moderno amerite una buena cantidad de previsiones de este tipo.

Como puede apreciarse, la culpa sigue siendo un pilar fundamental de la responsabilidad civil, y su función en nada se ha debilitado por el desarrollo de los factores objetivos. De ahí que el factor subjetivo siga mereciendo un estudio detallado.

## II. La noción de culpa

Los factores de atribución subjetivos incluyen el dolo y la culpa. En ocasiones se habla de *culpa* como categoría genérica, como sinónimo del factor subjetivo. Esto es así porque hablar de culpa supone hablar de un apartamiento del estándar de conducta exigible, y ello ocurre tanto cuando se causa el daño intencionalmente —es decir, con dolo— como cuando, aun sin esa intención, se omiten precauciones que según el derecho debían adoptarse.

---

<sup>10</sup> Barros Bourie, “La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al *Tratado de responsabilidad extracontractual*”, en *Estudios Públicos*, pp. 323-324.

*Dolo* es una expresión ambigua. En el ámbito de las obligaciones se suele utilizar para referir a uno de los vicios de la voluntad, como incumplimiento malicioso o el obrar de mala fe.<sup>11</sup> No son estas las acepciones que nos interesan aquí. En la responsabilidad extracontractual, tradicionalmente se entiende que el dolo consiste en un estado psicológico del agente, en particular, una intención de causar daño a la víctima. Más modernamente, en cambio, se ha optado por una noción laxa, conforme con la cual obra con dolo quien se aparta del patrón de comportamiento exigible con la intención de dañar o, alternativamente, con un grave desprecio o manifiesta indiferencia por el bienestar, los intereses o los derechos de la víctima. Algunas legislaciones latinoamericanas recientes lo definen en términos similares.<sup>12</sup>

Esta definición amplia de dolo no es del todo sensible a la distinción entre dolo eventual, culpa con representación y culpa grave, ya que, al menos desde el punto de vista civil, la manifiesta indiferencia por el bienestar ajeno puede expresarse por cualquiera de las tres categorías mencionadas.<sup>13</sup> Siguiendo la doctrina más convencional, puede decirse que el agente obra con dolo eventual cuando, sin desear el resultado dañoso, lo acepta como una consecuencia posible de su plan de acción. En lo que hace a la culpa con representación —o culpa consciente—, el agente advierte la posibilidad concreta de dañar al otro, mas esa consecuencia no es parte de su plan. En este sentido, el agente confía en que el daño finalmente no se producirá. Por último, incurre en culpa grave, como explicaré en la sección VIII, quien se aparta de un modo severo, especialmente criticable, del estándar de conducta exigible. Esto último puede ocurrir por mero descuido. Por ejemplo, si una empresa implementa una política de contratación profundamente discriminatoria o carece de mecanismos de reclamación eficaces para que sus consumidores puedan ejercer sus derechos, es irrelevante que detrás de estos esquemas haya un plan diseñado específicamente para perjudicar a otros. Se trata de culpa grave por el apartamiento severo del patrón de conducta exigible. Lo característico de este grupo de casos es que en ninguno de ellos los derechos de la víctima

<sup>11</sup> Mosset Iturraspe, *Contratos*, pp. 172-174 y 404-408.

<sup>12</sup> V. Código Civil y Comercial argentino, art. 1724.

<sup>13</sup> Para las complejidades de esta cuestión en el derecho penal, V. Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos I*, pp. 424 y ss., y 1023 y ss.

son tomados suficientemente en serio. Esto es evidente, sobre todo, cuando el bien jurídico puesto en peligro goza de una jerarquía axiológica considerable.

Este tipo de formulaciones amplias del dolo es coherente con la tendencia —que se aprecia desde hace tiempo en el derecho civil— de equiparar las consecuencias jurídicas del dolo y de la culpa grave.<sup>14</sup> Lo verdaderamente relevante en la responsabilidad civil es la gravedad de la conducta desplegada por la parte demandada, ya que ese hecho puede incidir en la extensión de la responsabilidad, la posibilidad de aplicar la reducción de la indemnización por razones de equidad o la procedencia de los daños punitivos.

Respecto de la culpa en sentido propio, la doctrina suele distinguir tres formas en que puede concretarse: la negligencia, la imprudencia y la impericia.

- Negligencia: consiste en la omisión total o parcial de las precauciones que deben adoptarse en las circunstancias en que el agente actúa.
- Imprudencia: es un obrar precipitado, sin plena reflexión; supone incurrir en riesgos innecesarios o realizar conductas peligrosas.
- Impericia: se evidencia en una falta de habilidad, capacitación o conocimientos técnicos exigibles en las circunstancias.

El tratamiento doctrinal de la culpa es bastante uniforme en este sentido.<sup>15</sup> Ahora bien, ¿vale la pena trazar estas distinciones? Aunque estas categorías captan en el nivel intuitivo defectos diferentes en las conductas, creo que en última instancia son superfluas, porque son reconducibles a una misma idea más fundamental.

Comencemos con la negligencia y la imprudencia. Supongamos que Axileas, un conductor profesional, tiene el deber de tomar diversas medidas de precaución en su actividad. Imaginemos que antes de salir a la carretera, entre otras

---

<sup>14</sup> V. Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 196.

<sup>15</sup> V. entre muchos otros, Ghersi, *Teoría general de la reparación de daños*, pp. 109-110; y López Mesa, *La responsabilidad civil. Sus presupuestos en el Código Civil y Comercial*, pp. 684-685.

cosas, debe comprobar que los neumáticos estén en condiciones y que su presión sea adecuada al peso de la carga. Además, durante el trayecto debe descansar cada dos horas o cada 200 km recorridos. Si Axileas omite alguna de estas medidas, ¿es negligente o es imprudente? Si no comprueba la presión de los neumáticos antes de salir, sin duda *omite* una precaución que le era exigible, por lo tanto, es *negligente*. Pero a la vez, salir a la carretera con una carga de considerable peso sin comprobar que la presión de los neumáticos sea adecuada es una acción peligrosa, que genera un riesgo innecesario, muestra un obrar precipitado, sin plena reflexión; por lo tanto, sería una acción *imprudente*. La calificación como negligente o imprudente es arbitraria aquí. Depende de la descripción de la acción. Si se enfatiza la realización de la actividad, sin la adopción de las medidas exigibles, entonces la descripción de la conducta como *imprudente* parece más ajustada, pero si el relato enfatiza la omisión de las medidas, más que la realización de la actividad, entonces la calificación de *negligente* parece más natural.

Con la impericia ocurre algo similar. Si un médico que carece de la formación básica para realizar un determinado procedimiento se lanza a realizarlo de todos modos y, por su falta de experiencia, causa daño, ciertamente su acción es peligrosa, precipitada o hasta temeraria. Una adecuada reflexión le hubiese llevado a la conclusión de que no debía realizar el procedimiento. Esto indica que la acción del médico sería *imprudente* por su parte. A la vez, si el análisis se centra en aquello que el agente podía haber hecho —pero no hizo— para evitar el resultado dañoso, es decir, en el apartamiento del patrón de conducta exigible, nuevamente estaremos más próximos a encuadrar el caso como un supuesto de *negligencia*.

Por otra parte, como categoría jurídica, la impericia tiene otra particularidad que la hace especialmente problemática. Nunca es el caso que invocar la impericia del agente vaya a resolver la cuestión relevante: ¿se comportó, o no, la parte demandada de manera irrazonable? Un profesional inexperto en cierto tipo de operaciones puede haber incurrido en temeridad al intentar un procedimiento que no tenía suficiente formación para realizar, pero, en la medida en que no pueda señalarse un error en su conducta, no será culpable a efectos de la responsabilidad civil. En este caso, el agente es irrazonable, pero sus acciones durante el procedimiento puede que no lo sean. Que es irrazonable significa que toma una decisión

equivocada: debió abstenerse de realizar el procedimiento. Luego de ese primer error de juicio, no obstante, puede que sus acciones, tal vez por suerte para la potencial víctima y para sí mismo, sean incuestionables. Su temeridad al obrar con impericia puede que le suponga alguna sanción administrativa o disciplinaria, pero nunca responsabilidad civil —aunque se haya producido un daño—, cuando no pueda probarse que el agente se apartó de la conducta exigible a un experto en sus circunstancias. A la inversa, un profesional experto puede cometer un típico error de novato. La decisión de intentar el procedimiento está respaldada por su experiencia previa, pero sus acciones serán culpables por omitir aquellas precauciones que tenía razones para adoptar.

En el fondo, como muestra este análisis, lo único relevante es que el agente se comporte, por acción u omisión, de modo *irrazonable* en relación con su deber de no dañar a otros. El énfasis en las acciones u omisiones no es esencial en esta cuestión. Quien no se detiene a descansar cada 200 km recorridos o dos horas de trayecto, como indican los reglamentos, omite una medida de precaución importante, lo que constituye negligencia, y también realiza una acción imprudente, ya que conduce en condiciones en las que el riesgo de cansancio, fatiga o agotamiento comienza a ser significativo.

Por todo lo anterior, creo que no hay una verdadera ganancia teórica en comprender la culpa a la luz de las formas en que puede incurrirse en ella. Además de que la distinción entre negligencia, imprudencia e impericia sea analíticamente superflua, estas formas de culpa carecen de relevancia práctica. Las consecuencias jurídicas de la culpa son las mismas con independencia de que esa culpa pueda ser a su vez descrita como una negligencia, una imprudencia o una impericia.

El análisis de estas categorías, sin embargo, no ha sido ocioso. Nos ha conducido a la noción de culpa que efectivamente opera en la responsabilidad civil. La culpa es, antes que nada, un *apartamiento del estándar de conducta que resulta exigible*,<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Díez-Picazo, “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de Derecho Civil*. P. 1017.

cabe añadir, a efectos de no dañar a otros.<sup>17</sup> Nótese que esta formulación es neutral a la descripción de la acción. Una persona puede apartarse del estándar exigible tanto cuando realiza una conducta que por su peligro tiene el deber de omitir, como cuando omite tomar ciertos recaudos o precauciones al realizar una conducta de la cual, en principio, no tiene el deber de abstenerse. Aquí radica la diferencia más importante con la responsabilidad objetiva. La responsabilidad por culpa supone que la parte demandada causó un daño con una acción incorrecta. En la responsabilidad objetiva, en cambio, la parte demandada no hace nada incorrecto hasta el momento en que causa efectivamente el daño. Dicho de otro modo, tanto quien daña con culpa como quien lo hace en el curso de una actividad permitida infringen su deber de no dañar a otros —y, correlativamente, vulneran el derecho de la víctima a no ser dañada de ciertas formas—; sin embargo, quien obra con culpa realiza una acción incorrecta o ilícita aun antes de la producción del daño. Ese no es necesariamente el caso en la responsabilidad objetiva.

La diferencia estructural entre ambas reglas, entonces, es que la culpa presupone una acción antecedente que es ilícita y un consecuente también ilícito. La responsabilidad objetiva no presupone un antecedente ilícito, sino solo una consecuencia ilícita. Si Axileas conduce su automóvil a exceso de velocidad en una zona residencial y atropella a Xenofonte, su acción antecedente —exceder el límite de velocidad— es ilícita y el daño causado también lo es. Si Axileas conduce su automóvil dentro de los límites permitidos, con suficiente atención, etcétera, y atropella a Xenofonte porque en el momento en que llega al cruce fallan los frenos del automóvil —revisados esa misma semana—, entonces su acción antecedente no es ilícita, pero el consecuente es ilícito. Habrá quien pueda inquietarse por el hecho de que una consecuencia, más precisamente un estado de cosas dañoso, sea denominado *ilícito*. En realidad, la consecuencia dañosa siempre es reconducible a una acción diferente de la acción antecedente. *Conducir* el automóvil no es la

---

<sup>17</sup> El art. 4:101 de los Principles of European Tort Law —PETL— dispone: “Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”. Como se verá más adelante, la culpa no es un mero apartamiento de un estándar de conducta. Es el apartamiento de un estándar de conducta que es exigible precisamente *porque* es instrumental a que otras personas no sufran daños.

misma acción que *atropellar* con el automóvil. En ese sentido, la acción de conducir es lícita y la de atropellar es ilícita.<sup>18</sup>

La cuestión más compleja, que será objeto de exposición durante todo el capítulo, es la determinación del estándar de conducta exigible en cada circunstancia. Conviene adelantar que, de manera *genérica*, el estándar exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias en las cuales la parte demandada tuvo que decidir cómo actuar. La idea de *persona razonable* tiene su origen en la doctrina del “hombre razonable” —*reasonable man*— en el *common law*,<sup>19</sup> aunque actualmente ha germinado en los sistemas continentales, en los cuales estas referencias son cada vez más frecuentes. Los PETL, por ejemplo, definen el estándar exigible a la luz de la persona razonable en su artículo 4:102(1), y los comentaristas lo consideran equivalente al “modelo moderno del *bonus pater familias* del Derecho Romano [sic]”.<sup>20</sup> Se trata de una persona seria, responsable, que no va despreocupadamente por el mundo persiguiendo sus propios fines, sin considerar de qué manera su conducta puede afectar los intereses de los demás. Hay un conjunto de conceptos relacionados a los que puede apelarse para intentar esclarecer la figura de la persona razonable. Entre sus características más prominentes ciertamente se cuentan ser una persona prudente, diligente, sensata, cuidadosa, reflexiva, previsor, receptiva, sensible al hecho de que comparete el mundo con otras personas, entre otras cosas.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Papayannis, *El derecho privado como cuestión pública*, pp. 85 y 127.

<sup>19</sup> Para una antigua referencia al hombre razonable en el *common law*, V. Holmes, *The Common Law*, p. 107; para una referencia moderna, V. el Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm —2010—, § 3.

<sup>20</sup> Widmer, “Estándar de conducta exigible”, en *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*, p. 116. En los sistemas continentales, un hito en esta tendencia de *aggiornar* estas figuras patriarcales es la ley francesa 2014-873, para la igualdad real entre las mujeres y los hombres, por la cual se reforman un conjunto de textos legislativos, entre ellos, el código civil. Las menciones al buen padre de familia son reemplazadas por referencias al cuidado razonable. Por supuesto, estos cambios lingüísticos no pueden garantizar que la aplicación del estándar de la persona razonable esté libre de sesgos de género. V. Tomás Martínez, “La sustitución del ‘buen padre de familia’ por el estándar de la ‘persona razonable’: reforma en Francia y valoración de su alcance”, en *Revista de derecho civil*, p. 81. Trataré este tema en el apartado VIII.

<sup>21</sup> Para una reflexión preliminar sobre algunos de estos términos, V. De Ángel Yagüez, “Criterios o pautas, estándares de conducta: buen padre de familia/persona razonable/*lex artis*”, en *Conceptos multidimensionales del derecho*, pp. 478-479.

De forma *específica*, el estándar de comportamiento exigible se puede encontrar expresamente prescrito por la legislación aplicable, cada vez que una norma jurídica ordena o, por el contrario, prohíbe una acción. La mayor dificultad en este punto estriba en determinar cómo han de resolverse los casos en los cuales se presenta una discrepancia entre los estándares jurídicos específicos y los genéricos, basados en la razonabilidad de la conducta. Abordaré este problema en el apartado VI.

Entretanto, es importante comprender que la culpa no consiste en la mera violación de una norma vigente. La culpa siempre es una conducta irrazonable en relación con ciertos resultados. Para que una acción sea culpable debe ser previsible que cause cierto tipo de daño. Imaginemos que alguien conserva veneno para ratas en un restaurante, justo al costado de los fuegos en que se cocina la sopa.<sup>22</sup> Si esta acción es culpable, lo será porque algún riesgo significativo deriva de ella. Inmediatamente pensamos en la posibilidad de que el veneno contamine los alimentos y dañe a un comensal. En relación con *ese* tipo de daño producido por el envenenamiento, la acción será culpable, pero no lo será en relación con otro tipo de daños que eran imprevisibles. Supongamos que el veneno, aunque no se sabía de antemano, también resultaba ser altamente inflamable, y que cae en los fuegos generando una explosión que daña al ayudante de cocina. ¿Es culpable la acción de dejar el veneno en la cocina junto a los fuegos? Lo es respecto del envenenamiento, mas no lo es respecto de las quemaduras. Por supuesto, una vez que pasan a conocerse las propiedades inflamables del veneno, para casos siguientes también será culpable colocar el veneno en la cocina por ambas razones: porque puede contaminar los alimentos y porque puede producir quemaduras al personal de cocina. El mismo análisis vale respecto de los estándares genéricos. Cuando se evalúa la razonabilidad de una acción, siempre se lo hace en relación con ciertos riesgos que deben evitarse en una situación concreta. Esos riesgos serán siempre relativos a un tipo de daño. No existen acciones culpables en relación con toda consecuencia imaginable. Por ello, he dicho antes que la culpa no puede definirse como un mero apartamiento del estándar de conducta exigible, sino que debe incorporar el fin de evitar cierta clase de daños a ciertas personas.

---

<sup>22</sup> El ejemplo es de Keeton, *Legal Cause in the Law of Torts*, pp. 3 y 10, citado por Wright, "Causation in Tort Law", en *California Law Review*, p. 1764.

En la doctrina española se suele mencionar como criterio de imputación *el fin de protección de la norma*, que serviría para acotar el alcance de la responsabilidad. Así, Pantaleón comenta el caso de una empresa que viola la normativa sobre descanso dominical y obliga a sus trabajadores a concurrir a la fábrica. Ese día se produce una fuerte explosión en el edificio contiguo y los trabajadores son dañados. La relación causal entre el daño y la infracción normativa es incuestionable: si los trabajadores no hubiesen sido obligados a concurrir el domingo, el daño no se habría producido. Sin embargo, argumenta Pantaleón, el problema es que ese daño no puede ser imputado objetivamente a la parte demandada, en tanto el fin de protección de la norma —es decir, la razón por la cual existe la norma sobre descanso dominical— no es evitar los accidentes laborales.<sup>23</sup> En esta reconstrucción, no hay responsabilidad porque no hay imputación objetiva. En la reconstrucción que estoy presentando, la razón por la cual no hay responsabilidad es que no se satisface el factor de atribución subjetivo. La infracción de la norma sobre descanso dominical no es culpable en relación con el daño que se concretó en el caso que se juzga. Los criterios sobre extensión de responsabilidad, en mi opinión, deben operar una vez se concluye que la acción es culpable y, además, que está causalmente —es decir, fácticamente— vinculada con el daño sufrido por la víctima. Solo así puede considerarse cuáles consecuencias serán reparadas y cuáles no. No se trata de que en un caso como este puedan apreciarse resultados distintos en términos de responsabilidad, sino de mantener un orden en el análisis. Primero se analizan los presupuestos de la responsabilidad y, si estos se verifican, entonces debe valorarse el alcance de la responsabilidad a efectos de determinar la indemnización adecuada.

### III. Objetividad de la culpa

Tanto en la literatura continental como en la anglosajona existe una fuerte coincidencia en que la culpa es objetiva. Sin embargo, el tratamiento de la objetividad que hacen las distintas personas autoras suele ser dispar. *Objetividad* en este contexto puede significar diversas cosas, cada una de las cuales acarrea sus propios

---

<sup>23</sup> Pantaleón, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Tomo II, pp. 1580-1582.

problemas teóricos y, por lo tanto, prácticos. La objetividad puede involucrar, como mínimo, tres sentidos relevantes: 1) generalidad, 2) prescindencia del reproche moral subjetivo y 3) irrelevancia de las habilidades de la persona cuya conducta se juzga. A su vez, la objetividad en el segundo y tercer sentidos entra en tensión con la exigencia, en un buen número de sistemas jurídicos, de imputabilidad como precondition de la conducta culpable. En el sistema mexicano no es claro, en mi opinión, si la culpa requiere o no imputabilidad. Dedicaré el subapartado III.4 a analizar esta cuestión y propondré una interpretación posible. Comencemos por revisar los tres sentidos de objetividad.

## 1. Generalidad

En este primer sentido, la culpa consiste en la infracción de un estándar de comportamiento debido que puede ser expresado mediante una regla general. El estándar de la persona razonable rige en todas las circunstancias de la vida a la generalidad de las personas. Esto no implica que sea el *único* estándar vigente. Por el contrario, en cada comunidad suelen convivir distintos estándares de diligencia que la legislación o la jurisprudencia han considerado más apropiados para regular el comportamiento de ciertos grupos de personas, dadas las particularidades de los miembros que los conforman. El ejemplo más obvio es el de la responsabilidad de los profesionales, para quienes el comportamiento debido no se define por lo que era exigible a una persona razonable —de habilidades medias— en las circunstancias en que tuvo que actuar la parte demandada, sino que se construye a partir de lo que resulta exigible a un profesional que cuenta con los conocimientos medios en el ámbito de su incumbencia. Otros ejemplos presentes en algunos ordenamientos jurídicos son los relativos a personas que tienen alguna discapacidad o edad avanzada, o que carecen de plena madurez intelectual, como los menores de edad.

En todos estos casos, el estándar de la persona razonable es reemplazado por un estándar particular aplicable a cada grupo. Así, solo por mencionar algunos, se habla del estándar del buen profesional —el buen médico, el buen abogado, el buen constructor, etcétera— o de la niña o el niño razonable. En un sentido, todos estos estándares son genéricos, porque se expresan mediante una regla general que aplica a todos los miembros de la clase, salvo que hubiese un refinamiento

mayor por parte de la legislación o de la jurisprudencia. Ello podría ocurrir con los médicos de familia y los cardiólogos. Al cardiólogo se le exigirá aplicar los conocimientos específicos y, para liberarse de responsabilidad, no podrá ampararse en que actuó como cualquier otro médico hubiese actuado. Para la evaluación de su conducta se tomarán como referencia los conocimientos propios de su especialidad.

La convivencia de múltiples estándares genéricos no obsta para que solo uno, el de la persona razonable, tenga carácter supletorio. Es el estándar que se aplicará si ningún otro estándar genérico de aquellos reconocidos por la ley o la jurisprudencia resulta más apropiado en las circunstancias del caso. ¿Con qué criterios deben reconocerse distintos estándares genéricos? Desarrollaré esta cuestión en el apartado VII.

## 2. Prescindencia del reproche moral subjetivo

También se dice que la culpa es objetiva en tanto prescinde del reproche moral subjetivo. Esto significa que el obrar culpable no requiere ningún estado psicológico reprobable, ninguna malicia en el obrar, ni siquiera que el agente perciba que está realizando una acción incorrecta o peligrosa. La posición contraria, que alguna literatura denomina concepción psicologista de la culpa —o teoría psicológica de la culpa—, fracasó porque es incapaz de explicar los casos de culpa inconsciente. Si se requiriese este estado de reproche subjetivo en la parte demandada, el daño causado por inadvertencia, descuido o distracción nunca constituiría un daño culpable.<sup>24</sup>

Para comprender la dimensión objetiva de la culpa debe tomarse nota de que, cuando se dice que un agente obra con culpa, se está señalando un defecto en su conducta, no en su carácter. Una persona que, conduciendo su automóvil, cruza un semáforo en rojo sin advertirlo, incurre en culpa, aunque no haya visto a tiempo que el semáforo había cambiado. En esta línea, es de capital importancia distinguir

---

<sup>24</sup> Díez-Picazo, *Derecho de daños*, p. 355.

el hecho de que la acción sea culpable y que la parte demandada sea reprochable moralmente. La acción es culpable si está por debajo del estándar exigible. En cambio, la parte demandada es subjetivamente reprochable si sus motivaciones son inadecuadas.<sup>25</sup> Nótese que, al incurrir en culpa, al infringir el estándar de comportamiento exigible, al omitir aquello que tenía razones para hacer, la parte demandada puede no haber tenido ninguna motivación incorrecta, como en el ejemplo recién mencionado: se saltó el semáforo rojo por una distracción, no porque pretendía llegar antes a su destino o porque fuera un antisocial que no respeta las normas de tránsito. A la vez, una persona con la motivación incorrecta puede que no incurra en culpa si por alguna razón su conducta está a la altura de lo exigido jurídicamente. Imaginemos que una persona se dedica al transporte de material altamente inflamable. Supongamos que en el curso de su actividad se ajusta estrictamente a los reglamentos vigentes y respeta todas las normas de seguridad aplicables a la situación. Pese a ello, internamente está deseando que ocurra un accidente y que el camión explote en una zona bien poblada para causar un daño sustancial. Su acción es inobjetable jurídicamente; no hay culpa de ninguna clase, aunque su motivación nos parezca repugnante.<sup>26</sup>

Esta distinción entre acción culpable y actor reprochable es coherente con que ciertas excusas, como que la persona demandada estaba extremadamente cansada el día del accidente o que estaba atemorizada por la situación de peligro que enfrentó, no derrotan un juicio de culpa. Solo mostrarían que el actor no manifestó en su acción un defecto de carácter o una motivación reprochable, pero no que su acción estuvo a la altura de las circunstancias. Su acción es culpable, aunque su consciencia pueda estar relativamente limpia. Expresado coloquialmente, cuando se dice que la parte demandada fue culpable no se afirma que es mala persona o que tuvo mala voluntad, sino que actuó incorrectamente. Con más frecuencia de la que nos gustaría, las buenas personas también cometen errores. A veces se toman decisiones equivocadas, a veces se yerra en la ejecución.

Esto no habilita a concluir, como afirma alguna doctrina, que la culpa concebida objetivamente es *una culpa sin culpabilidad*, entendiendo por ello una culpa

<sup>25</sup> Coleman, *op. cit.*, p. 224.

<sup>26</sup> V. Oberdiek, *Imposing Risk*, p. 73.

moralmente neutra.<sup>27</sup> Semejante posición pasa por alto que, en la medida en que la acción sea incorrecta, aunque no le sea reprochable al autor haberla realizado, existe allí un juicio normativo crítico. No hay nada moralmente neutro en calificar como culpable una acción. Que es culpable implica, entre otras cosas, que es incorrecta, que debió ser omitida, que existen razones de peso para no realizarla. El conductor que, por descuido, y sin advertirlo más que *ex post facto*, pone en grave peligro la vida de un niño que estaba jugando en la calle e iba detrás de su pelota puede que no haya querido imponer ese riesgo, pero de ahí no puede inferirse que su conducta sea moralmente neutra. Su acción es incorrecta, ya que impone un riesgo injustificable sobre la vida del niño. Al hacerlo, no exhibe un defecto de carácter o de motivación, pero el agente conserva todas las razones para lamentar su acción.<sup>28</sup>

### 3. Irrelevancia de las habilidades de la persona cuya conducta se juzga

El tercer sentido de objetividad, uno de los más importantes, es que el juicio de culpa no atiende a las condiciones personales de la parte demandada. Las limitaciones físicas, psíquicas o intelectuales son del todo irrelevantes al momento de juzgar si el agente alcanzó o no el estándar de comportamiento exigible.<sup>29</sup> Es decir, dado que la culpa consiste en un apartamiento de la pauta de conducta debida, tanto la reprochabilidad de la parte demandada, mencionada en el apartado anterior, como su incapacidad para ajustarse al nivel de exigencia jurídica son irrelevantes.

Uno de los casos más famosos en la literatura del *common law* es el caso inglés *Vaughan vs. Menlove*. Allí la parte demandada argumentó que no se le podía reprochar haber actuado del modo en que lo hizo, dado que se trataba de una persona torpe y descuidada por naturaleza. Por lo tanto, sugirió su defensa, no podía ser responsabilizado del daño acaecido. Después de todo, había hecho su mejor

---

<sup>27</sup> Santos Briz, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, pp. 60 y ss.

<sup>28</sup> Gardner, *From Personal Life to Private Law*, p. 138.

<sup>29</sup> Orgaz, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

intento para evitarlo. El tribunal rechazó este argumento señalando que, más allá de su déficit de habilidades, tenía el deber de adoptar las precauciones que hubiese adoptado una persona de prudencia ordinaria, no solo de intentar adoptarlas. La defensa pretendía que el tribunal aplicase estándares subjetivos, moldeados a las aptitudes y características de los demandados. Esto, por cierto, haría que el número de estándares aplicables fuese tan amplio como personas existen en el mundo; a la vez, generaría incentivos perversos para esconder las habilidades con que se cuentan a fin de alegar la propia torpeza o incapacidad de dar más de sí. Finalmente, se elevarían las dificultades probatorias de determinar si una persona podía haber hecho más de lo que hizo.<sup>30</sup>

Las razones para rechazar que la evaluación de la culpa pueda basarse en elementos subjetivos, relativos a las habilidades de la parte demandada en concreto, son fundamentalmente dos. La primera es que los estándares subjetivos carecen de utilidad para juzgar la conducta de la parte demandada, pues, excluyendo los casos de dolo, es imposible incumplir un estándar que se construye a partir de lo que la propia persona puede realizar: si la parte demandada fue incapaz de tomar las medidas que hubiesen evitado el daño, entonces no era exigible que las tomase. George Fletcher expone esta objeción señalando perspicazmente que, si el estándar de la persona razonable se construye tomando como único insumo las características de la parte demandada, es decir, incluyendo todas sus propiedades positivas y negativas —virtudes y defectos—, entonces solo cabe concluir que la persona razonable hubiese hecho lo mismo que hizo la parte demandada en esas circunstancias.<sup>31</sup>

Como ya se mencionó, y se verá con más detalle luego, es posible que coexistan distintos estándares de diligencia aplicables a grupos de personas con ciertas características. No obstante, la incorporación de los rasgos de los destinatarios de las normas no puede ir tan lejos como para reproducir exactamente todas las características de la parte demandada en concreto cuya conducta se evalúa. Esta individualización excesiva derrotaría la idea de *estándar*. Es parte del concepto

---

<sup>30</sup> V. Goldberg y Zipursky, *The Oxford Introductions to U.S. Law. Torts*, p. 84-85; y McBride y Bagshaw, *Tort Law*, p. 232.

<sup>31</sup> Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, p. 120.

de *estándar de diligencia* que este sirva para distinguir acciones culpables y no culpables. ¿Cómo puede un estándar flexible, que se va adaptando a las limitaciones de cada persona, satisfacer esta función? Si hemos de juzgar las acciones de las personas *con* el estándar, este debe ser definido de manera independiente de la capacidad de realizar acciones mejores que las que se realizaron. La tesis del estándar subjetivo, por lo tanto, invierte el orden lógico de las cosas: las personas deben ajustarse a los estándares y no los estándares a las personas.<sup>32</sup>

Piénsese en este ejemplo: supongamos que deseamos establecer un estándar para determinar qué fabricantes producen bienes de buena o mala calidad. Luego, al aplicar el estándar, lo ajustamos no solo a las circunstancias en que se fabrican los productos, sino también a las características de los fabricantes —su concreta capacidad económica de invertir en insumos de calidad, su ingenio, habilidad, etcétera—. ¿Cuál sería el resultado de tal “evaluación”? Obviamente, al adaptarse el estándar, cada uno de los fabricantes que produjera lo que es capaz de producir en las circunstancias superaría el *test*. En definitiva, todos los fabricantes que se esmerasen en producir un bien de buena calidad lo harían y solo quedaría por debajo quien no lo intentase en absoluto.<sup>33</sup> Esta conclusión pervierte la idea de un estándar uniforme para evaluar la calidad de los bienes que se ofrecen en el mercado. Una cosa es si el producto tiene una calidad suficiente y otra distinta si al fabricante le es reprochable no haberlo hecho mejor. Esta conclusión sigue las pistas de la distinción entre la acción culpable y la reprochabilidad subjetiva, trazada en el apartado anterior.

La segunda razón por la cual debe rechazarse la tesis de los estándares subjetivos tiene que ver con la forma en que los estándares de diligencia encajan con la responsabilidad interpersonal. Hemos visto en la introducción que las normas sobre culpa, entre otras reglas, establecen los términos equitativos de interacción

---

<sup>32</sup> V. Gardner, *Torts and Other Wrongs*, pp. 293-294.

<sup>33</sup> Por supuesto, el argumento puede complicarse rápidamente. En el ámbito de la culpa debe asumirse que la escasa fuerza de voluntad para tomar precauciones no es una limitación más. Si lo fuera, entonces hasta el agente doloso superaría el estándar: fue incapaz de luchar contra su pulsión de ahorrar en precauciones para poder irse de vacaciones en verano, por lo tanto, no le era exigible tomar precauciones. Esta reducción al absurdo nos muestra que los estándares precisamente los aplicamos para juzgar incluso a quienes no se pueden conformar a él.

entre personas libres e iguales. Los estándares puramente subjetivos son sensibles a la situación del potencial agente dañador, pero totalmente insensibles al bienestar de las potenciales víctimas. Bajo el imperio de un estándar subjetivo, las potenciales víctimas quedan a expensas de las capacidades de los demás para tomar precauciones. Ello implica que sus intereses son privilegiados por el derecho en desmedro de los intereses ajenos. Una norma como esta no trata a las partes como genuinamente iguales.<sup>34</sup>

Un estándar subjetivo exoneraría al agente cada vez que este hubiera hecho lo que estaba a su alcance para evitar el daño, con lo cual la víctima debería soportar las pérdidas sufridas. Este resultado se produciría sin importar cuán grave fuese la omisión de las precauciones recomendadas por el balance de los diversos factores relevantes —como el tipo y la magnitud del riesgo creado, el coste de las precauciones, el valor de la actividad, etcétera—; es decir, aunque un análisis preliminar, no exhaustivo, arrojase de manera contundente que, en las circunstancias, hubiese sido obligatorio adoptar las precauciones  $\varphi$ , estas no serían obligatorias para la parte demandada si esta fuese —psicológica o físicamente— incapaz de realizar  $\varphi$ . Evidentemente, una norma semejante no trata con igual consideración y respeto los intereses de todas las partes involucradas.

Tal vez inquiete a quien está leyendo que los estándares objetivos se desentenden de la máxima conforme con la cual *deber implica poder*. Es decir, que para que tenga sentido que Axileas deba realizar  $\varphi$ ,  $\varphi$  debe ser posible para Axileas. Esta máxima, sin embargo, aunque muy difundida en el discurso dogmático y filosófico, es harto compleja de analizar.<sup>35</sup> Me detendré en un sentido en el cual la máxima es plausible y en un sentido en el cual no lo es. Es plausible en tanto para que sea sensato establecer deberes generales, la mayoría de las personas tienen que ser capaces de cumplirlos en la mayoría de las ocasiones. De lo contrario, los deberes de diligencia dejarían de servir como guía de conducta, como una pauta de comportamiento que nos orienta a un resultado colectivamente

<sup>34</sup> Weinrib, *The Idea of Private Law*, pp. 177-179.

<sup>35</sup> Sobre este tema, V. Gardner, "Reasons and Abilities: Some Preliminaries", *The American Journal of Jurisprudence*.

valioso dado por la evitación de daños innecesarios. En cambio, la máxima es implausible cuando se refiere a las capacidades de una persona en particular. Axileas tiene el deber de procurar el bienestar de sus hijos, aunque sea un alcohólico dominado por la bebida, incapaz de cuidarse a sí mismo. Tal vez podamos excusar a Axileas por su conducta negligente, pero ello probaría que tiene el deber —que en su caso es de imposible cumplimiento—. De lo contrario, ¿qué es lo que estamos excusando con su alcoholismo? ¿Qué es lo que estamos intentando comprender sino el incumplimiento de *su deber* apelando a su incapacidad de cuidarse a sí mismo? La mayor tragedia detrás de las limitaciones es que, a veces, nos impiden cumplir con nuestros deberes. En ningún caso nos liberan del deber ni justifican nuestros incumplimientos; a lo sumo, permiten explicar por qué hemos fallado en ajustarnos a lo que nos era exigible en las circunstancias.

#### 4. Culpa e imputabilidad

En la tónica de lo expresado en los apartados precedentes, podemos preguntarnos si el hecho de que la parte demandada carezca de discernimiento, ya sea en virtud de su corta edad o de una discapacidad intelectual, es una *condición personal irrelevante* conforme con la objetividad del estándar. Es decir, si lo único que debe considerarse es la conducta desplegada por la parte demandada, ¿cómo pueden justificarse las exigencias de imputabilidad que están presentes en algunos ordenamientos jurídicos?

Parecería más coherente prescindir de este elemento a efectos de atribuir responsabilidad con base en la culpa, tal como interpretan la doctrina que hace el artículo 414-3 del Código Civil francés, en relación con discapacidades psicosociales, y la jurisprudencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación, respecto de niños, niñas y adolescentes sin discernimiento.<sup>36</sup> Sin embargo, creo que puede articularse una defensa consistente tanto del requisito de imputabilidad como de la objetividad del estándar de diligencia.

---

<sup>36</sup> Chabas, “La evolución de la noción de culpa en el derecho francés”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo. Tomo I*, pp. 55-57.

Esta cuestión teórica es importante porque abre distintas posibilidades interpretativas. La jurisprudencia y la doctrina francesas han asumido que el artículo 414-3 hace responsables por culpa incluso a quienes obran sin discernimiento. Ahora bien, existen otras reconstrucciones alternativas tal vez más adecuadas para un sistema jurídico liberal, como intentaré argumentar. Estas podrían servir de base para interpretar textos como el contenido en el artículo 1911 del Código Civil Federal de México.

Antes de abocarnos a un análisis del artículo 1911, conviene señalar que hay múltiples maneras de regular la responsabilidad de las personas que obran sin discernimiento. Explica Martín-Casals<sup>37</sup> que en Europa es posible identificar al menos tres sistemas diferentes. Uno es el francés recién mencionado, que impide tener en cuenta cualquier característica personal de la parte demandada y considera irrelevante la imputabilidad. El juicio de culpa se agota en una comparación de la conducta de la parte demandada con el comportamiento jurídicamente debido. Este, no obstante, es un esquema muy minoritario. El sistema mayoritario, que incluye 16 países, entre ellos Alemania e Italia, excluye la responsabilidad civil de las personas inimputables, con lo que queda a salvo la responsabilidad de quienes las tienen a su cargo —según el caso, padres o madres, u otra persona que ejerza la tutela—. Además, cuando las reglas de la responsabilidad civil no impusiesen la obligación de reparar a ninguna de estas personas, se establece una responsabilidad por equidad que evita que la víctima quede sin resarcimiento. La responsabilidad por equidad, como se ha visto ya en el capítulo I, no se rige por el principio de reparación integral, sino que atiende a la situación patrimonial de las partes. Por último, algunos países nórdicos, como Dinamarca, Finlandia, Noruega o Suecia, no establecen ningún requisito de imputabilidad y juzgan todas las conductas con un estándar de conducta objetivo. Pese a ello, también aplican las reglas de la responsabilidad por equidad, atendiendo a diversos factores, como la edad del dañador, su grado de discernimiento, su situación patrimonial, entre otros.

---

<sup>37</sup> Martín-Casals, “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: acotaciones para un debate”, en *Persona, familia y género*, pp. 69-70.

Alguna parte de la comunidad jurídica considera que el requisito de imputabilidad es esencial para la responsabilidad por culpa, en la medida en que presupone una aptitud para comprender y valorar las circunstancias fácticas en que se halla la persona en el momento de actuar.<sup>38</sup> En este sentido, la imputabilidad requiere un mínimo de competencia deliberativa, sin la cual es imposible distinguir lo correcto de lo incorrecto, o lo peligroso de lo seguro.<sup>39</sup>

Estas ideas captan *parte* de la razón por la cual la imputabilidad es relevante, pero todavía nos dejan algunas dudas. En particular, sigue siendo problemático poner el acento en la capacidad de deliberar, comprender y valorar, puesto que todas ellas son propiedades graduales. Si existe una razón para no responsabilizar a quien es incapaz de valorar correctamente la situación y decidir un curso de acción diligente, esa razón se extiende a quienes no tienen pleno conocimiento de las cosas, a quienes no tienen perfecta capacidad de previsión o la habilidad de procesar las múltiples variables en juego. Es decir, comprende a quienes tienen alguna discapacidad. Pero esto significaría caer en un estándar subjetivo de culpa en el que la responsabilidad es dependiente de la habilidad personal. Y como todos tenemos capacidades limitadas en los aspectos mencionados, se derrumba la posibilidad de compatibilizar el requisito de imputabilidad con la objetividad del estándar.

Por ello, creo que las opiniones recién mencionadas deben leerse de un modo ligeramente distinto. Existen varias maneras de conceptualizar la relación entre la habilidad personal —capacidad de querer, conocer, prever, entender— y la responsabilidad personal. La primera es que, para poder ser responsabilizada, la persona debe contar con pleno conocimiento y posibilidad de controlar la situación. Esta posición es implausible, porque conlleva una responsabilidad muy limitada. Supone que las personas son responsables por muy pocas cosas de todas aquellas que hacen en su vida. La segunda, diametralmente opuesta, es que la responsabilidad personal rige aun ante la total carencia de discernimiento o posibilidad de control. Esta es una responsabilidad absoluta, sin cortapisas, por

---

<sup>38</sup> López Mesa, *op. cit.*, p. 656; Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, pp. 279 y ss.

<sup>39</sup> Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, p. 70.

nuestros movimientos corporales —que no es lo mismo que nuestras acciones—. La tercera, que creo más defendible, es que en principio la persona es responsable por lo que causa, salvo que esté afectada por una carencia total de discernimiento. Esta última postura exige al menos una comprensión mínima de la mecánica del mundo y un dominio —aunque sea muy rudimentario— de la causalidad. A su vez, esto presupone alguna capacidad de previsión y control del propio cuerpo. La idea subyacente es que un individuo privado de discernimiento no actúa en realidad como un ser autónomo, como alguien que hace que las cosas pasen. En su lugar, una mejor descripción es que las cosas le ocurren, en tanto está *sujeto* a una *causalidad ajena* sin un mínimo componente volitivo que le pueda ser atribuido. Los daños que causa en ese estado son, desde este punto de vista, más parecidos a los desastres de la naturaleza que a la acción humana.

Una vez satisfecho el mínimo de discernimiento, la persona ya va dejando su huella en el mundo. Si es alguien con diversidad funcional —física o intelectual—, cometerá torpezas, imprudencias, dañará a otros o se perjudicará. En todo caso, su historia causal define su identidad, la clase de persona que es.<sup>40</sup> Por ello, la falta total de discernimiento merece una evaluación similar, pero tal vez no idéntica, a la fuerza física irresistible.<sup>41</sup> Si Axileas empuja a Xenofonte por sorpresa y con una potencia tal que Xenofonte es absolutamente incapaz de contrarrestar mediante su reacción muscular, y como consecuencia de ello Xenofonte cae sobre la vitrina de un comercio destruyéndola, sería inadecuado decir que Xenofonte dañó la vitrina. Antes bien, la descripción más apropiada es que Axileas destruyó la vitrina utilizando el cuerpo de Xenofonte como objeto. Xenofonte no realizó acción en relación con el daño a la vitrina. En este sentido, cualquiera que sea la fuerza motora de un sujeto sin discernimiento, como en la fuerza irresistible, no puede identificarse con su personalidad.

Nótese que, así entendido, el requisito de imputabilidad se trata de una condición mínima que muchos niños, niñas y adolescentes o personas con discapacidad

---

<sup>40</sup> Honoré, *Responsibility and Fault*, p. 29.

<sup>41</sup> Para la diferencia entre el caso fortuito y el hecho de un inimputable, V. el capítulo VI, apartado IV.2, de este manual.

intelectual logran satisfacer. A partir de ciertas edades, las infancias tienen alguna capacidad de previsión y destreza física que posibilitan, a su vez, un dominio suficiente de la causalidad. También con la edad, de manera progresiva, se van adquiriendo distintos grados de comprensión sobre lo correcto o lo incorrecto. La determinación de la edad de imputabilidad apropiada es una tarea sin duda controvertida, y los sistemas jurídicos suelen regularla expresamente estableciendo una edad mínima de imputabilidad o de inimputabilidad, a veces combinada con la facultad de la persona juzgadora de apreciar en concreto si la persona menor de edad obró con discernimiento.<sup>42</sup> Respecto de las discapacidades intelectuales o psicosociales, parece mucho más difícil confiar en una tipificación previa para excluir la imputabilidad, con lo cual la mejor opción es la evaluación caso a caso.

En definitiva, la imputabilidad se exige para estar en presencia de *una persona que actúa* y se relaciona en el mundo con otros. El estándar objetivo rige a partir de allí. Por ello, no hay una genuina tensión entre ambas nociones. Solo las personas que actúan como agentes capaces de autodeterminarse, al menos en un grado mínimo, pueden estar sujetas a las exigencias de deberes que, en ocasiones, son incapaces de cumplir dadas sus limitaciones personales.

¿Es posible interpretar de esta manera el artículo 1911 del Código Civil Federal de México? Este dispone: “El incapaz [sic] que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922”.

En primer lugar, conviene advertir que la norma de responsabilidad del artículo 1911 no debería implicar que el “incapaz” es responsable por el mero hecho de causar daño a otro. Ello colocaría a estas personas en una situación más desventajosa que la de otras que obran con pleno discernimiento. Por tanto, este artículo debería interpretarse en el sentido de que excluye la incapacidad como una defensa eficaz contra las demandas de responsabilidad civil. Esta exclusión no implica sin más la responsabilidad, porque para ello deberá mostrarse que la

---

<sup>42</sup> V. por ejemplo, el art. 2319 del Código Civil chileno y el art. 261 Código Civil y Comercial argentino.

parte demandada satisface algún factor de atribución, es decir, que infringió un estándar de comportamiento debido o que la actividad que llevó al daño está afectada por una responsabilidad objetiva. En definitiva, se trata de evitar una absurda interpretación literal del texto legal conforme con la cual se haría responsable al incapaz por un daño que cualquier otra persona no tendría el deber de reparar.

En segundo lugar, el texto se refiere a “los incapaces”, no a las personas que obran sin ningún discernimiento. Es cierto que existe una fuerte correlación entre los grupos de personas que el derecho considera incapaces y aquellas que ven mermada su aptitud mínima de querer y comprender. En efecto, este parece ser *en parte* el sentido del artículo 450 del Código Civil Federal, que declara con incapacidad natural y legal a

(I) los menores y (II) los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia [sic], aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la *alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos*, o manifestar su voluntad por algún medio. [Énfasis añadido.]

En todos los supuestos mencionados se considera que la persona no comprende cabalmente la naturaleza o las consecuencias de sus actos. Sin embargo, ello no implica que las personas allí mencionadas sean incapaces de comprender ni siquiera mínimamente lo que es correcto o incorrecto en algunas circunstancias.

La incapacidad jurídica es una forma de tutela. Apunta a proteger a las personas de las dificultades que se les podrían presentar para juzgar por sí mismas cuáles negocios jurídicos les son convenientes y cuáles no. Esto no se predica necesariamente de los actos ilícitos, cuya nocividad suele ser de una apreciación más fundamental; por esta razón, muchas legislaciones entienden que la capacidad para los actos lícitos comienza más tarde que la imputabilidad de los ilícitos. Exige menos facultades la comprensión de lo que está mal que la apreciación de lo que es integralmente beneficioso para uno mismo.

Por todo lo anterior, creo que el Código Civil Federal no resuelve necesariamente el problema de la imputabilidad con la regla del artículo 1911. Esta regla solo establece que la incapacidad jurídica no es razón suficiente para excluir la responsabilidad, mas nada dice sobre *la completa falta de discernimiento*. Al faltar el discernimiento, falta la agencia moral, la capacidad de autodeterminación de la persona. Ello impide considerar que los movimientos corporales que realicen sean sus acciones. Sin acción, la persona no puede causar. Su cuerpo, evidentemente, puede participar de una cadena de causalidad, pero no así *la persona*, como ser inteligente capaz de incidir volitivamente en el curso de los acontecimientos.

Esta interpretación no deja desamparadas necesariamente a las víctimas de personas inimputables. En principio, conforme con las reglas de los artículos 1919 a 1922, hay una pluralidad de responsables por los daños causados por los incapaces. Y, si en algún caso se produjese un daño por el cual, según esas reglas, ni la madre y el padre, ni las personas que fungen como tutores o dirigen colegios son responsables, entonces siempre existe la posibilidad de interpretar que el requisito de imputabilidad excluye solo el remedio indemnizatorio típico de la responsabilidad civil, informado por el principio de reparación integral, pero no las indemnizaciones basadas en el principio de equidad, sobre todo cuando el patrimonio de la parte demandada es sustancial y la víctima queda en una situación de precariedad y vulnerabilidad luego del accidente.<sup>43</sup>

Esta solución constituye una vía intermedia entre asumir que el 1911 prescinde totalmente de la imputabilidad —como en el modelo francés— y, en el otro extremo, asumir que la inimputabilidad descarta por completo que pueda obligarse a quien haya dañado a compensar el daño en cuya mecánica causal ha intervenido. La justificación para esto radica, en mi opinión, en un juicio distributivo sobre qué patrimonio debe cargar con las pérdidas derivadas de la inimputabilidad: ¿el de quien daña o el de la víctima? En un sentido, la privación de la razón es un problema de quien la sufre, y no puede ser externalizado a otros sin más. Lo mismo vale para la falta de madurez intelectual.

---

<sup>43</sup> Esta es también la solución del art. 1750 del Código Civil y Comercial argentino.

Por cierto, en la actualidad, la indemnización por equidad no está presente en el derecho mexicano, y fundar su pertinencia requeriría un esfuerzo argumentativo por parte de las personas juzgadas. Sin embargo, la experiencia comparada ofrece buenas razones para adoptarla excepcionalmente, como se ha explicado en el capítulo I.

#### IV. Interrelación entre estándares genéricos y específicos

El estándar de comportamiento exigible se construye a partir de las diversas normas que resulten aplicables al caso. Ello incluye lo que en el apartado II he llamado el *estándar genérico* de diligencia, conforme con el cual deben tomarse las precauciones que fueran razonables a fin de no dañar a otros en el curso de nuestras interacciones o actividades. El estándar genérico, vale la pena reiterar aquí, puede ser más o menos genérico, según se lo represente con la figura de la persona razonable, el buen médico, el buen cardiólogo, etcétera. Aunque estos estándares admiten grados de generalidad, son genéricos en la medida en que no impongan el deber de tomar ninguna precaución en concreto, sino las que fueran adecuadas en las circunstancias.

Además de los estándares genéricos, son pertinentes los *estándares específicos*. Evidentemente, la especificidad del estándar también es una cuestión de grados, pero, a diferencia de los estándares genéricos, los específicos ordenan la adopción de precauciones concretas, como no superar los 120km/h en las autopistas o, en los establecimientos de ocio nocturno, disponer de salidas de emergencia, convenientemente iluminadas, de ciertas dimensiones y otras características bien precisadas en la normativa reguladora, entre muchos otros ejemplos. Estos estándares pueden provenir de diversas fuentes, como la ley y la jurisprudencia, pero también de los códigos deontológicos o las directivas empresariales.<sup>44</sup>

Los estándares específicos suponen una ventaja considerable respecto de los genéricos, toda vez que ofrecen una guía de conducta más fácilmente identificable

---

<sup>44</sup> Widmer, *op. cit.*, p. 122.

para sus destinatarios. La estructura del estándar específico es aproximadamente la siguiente: “en las circunstancias C, deben tomarse las precauciones  $\varphi$ ”. En cambio, los estándares genéricos ni definen las circunstancias en que son aplicables —pues son categóricos, aplican siempre— ni indican qué conducta debe realizarse entre las múltiples opciones disponibles. Esta característica hace que la conformidad con un estándar genérico sea mucho más exigente para la persona, ya que requiere un esfuerzo deliberativo considerable. Debe evaluar, en las circunstancias en que se encuentra, qué precauciones son razonables, atendiendo, entre otros factores, a la importancia del bien jurídico puesto en peligro, la magnitud del riesgo generado, el valor de la actividad y el coste de las medidas de precaución. De ahí que, al juzgar si una persona se comportó diligentemente, resulte infinitamente menos controvertido hacerlo a la luz de los estándares específicos. No parece que, una vez acreditados los hechos relevantes, la cuestión de si obró con culpa alguien que conducía a 140 km/h, cuando el límite permitido es de 120km/h, vaya a generar grandes controversias en los aplicadores de derecho; por su parte, juzgar si alguien se comportó, habida cuenta de todo, de manera razonable en las circunstancias sí es probable que desate fuertes discrepancias entre las y los operadores jurídicos.

Por la misma razón, los estándares específicos garantizan en principio una mayor previsibilidad para sus destinatarios. Las personas pueden calcular mejor las consecuencias de sus acciones bajo el imperio de estándares específicos que bajo el imperio de estándares genéricos. Ello redonda en una mayor seguridad jurídica.<sup>45</sup> Es cierto que la legislación puede errar en la formulación de estándares específicos —por ejemplo, valiéndose de un lenguaje impreciso o de conceptos que adolecen de una gran vaguedad—, pero este problema puede ser solucionado con una mejor técnica legislativa. En contraste, los estándares genéricos siempre se valen de nociones valorativas, como los dualismos seguridad/peligrosidad,

---

<sup>45</sup> Alguna parte de la doctrina entiende que la seguridad jurídica depende, entre otras cosas, de que el ciudadano sea capaz de calcular las consecuencias de sus acciones. Esto requiere que sea posible conocer las interpretaciones y los patrones argumentativos vigentes en la práctica, pero también anticipar un marco de interpretaciones alternativas para poder prever, en alguna medida, las decisiones judiciales futuras —Ávila, *Certainty in Law*, p. vi—. Los estándares genéricos, por su apertura, podrían comprometer este aspecto de la seguridad jurídica. Responderé esta objeción en los párrafos siguientes.

pericia/impericia, prudencia/imprudencia, cuidadoso/descuidado o razonabilidad/irrazonabilidad, y exigen asignar un valor a los bienes puestos en peligro en comparación con el esfuerzo de tomar precauciones. Todos estos términos tienen un contenido descriptivo que nos permite reconocer aplicaciones obviamente correctas o incorrectas, mas su significado no se agota en ellas. En última instancia, identificar una conducta como irrazonable siempre compromete a realizar un juicio de valor.<sup>46</sup>

En este punto, cabe preguntarse por qué los sistemas jurídicos confían tanto en estándares genéricos si los estándares específicos aportan mucho más claridad y previsibilidad para los ciudadanos y facilitan más su tarea a quienes aplican estas normas. ¿No debería promoverse el abandono de estándares genéricos y una mayor proliferación de estándares específicos? La respuesta es que no necesariamente. La interrelación de estándares genéricos y específicos permite alcanzar un óptimo social que conjuga los diversos intereses de la mejor manera.

Piénsese que todas las normas que ordenan diligencias específicas son sub y sobreincluyentes.<sup>47</sup> Ambos fenómenos son indeseables. Una norma subincluyente deja fuera de su ámbito de aplicación situaciones que deberían estar comprendidas según la razón subyacente de la norma. Una norma sobreincluyente, por el contrario, alcanza situaciones que no deberían estar abarcadas, si nos atenemos nuevamente a la razón de ser de la norma. No siempre es fácil determinar cuál es la razón subyacente que justifica una norma; es más, a menudo hay controversias al respecto. No obstante, es fácil comprender la idea que deseo expresar con un ejemplo.

Imaginemos que una norma prohíbe a los conductores de transporte de pasajeros de larga distancia llevar el vehículo más de ocho horas por día de trabajo. Podemos asumir que uno de los propósitos inmediatos de esta norma es garantizar un tiempo mínimo de descanso al conductor. También parece obvio que el propósito

---

<sup>46</sup> Los conceptos valorativos a los que me refiero se han popularizado en la literatura con el nombre de “conceptos densos”. V. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, pp. 140-141.

<sup>47</sup> Schauer, *Playing by the Rules, A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, pp. 89-92.

último es incrementar la seguridad vial, reduciendo los riesgos derivados de la extenuación tras el volante. La norma parece razonable, es decir, tiene una justificación plausible. Sin embargo, también prohíbe conducir a un individuo que, por sus capacidades físicas, carácter, edad, experiencia, destrezas y hábitos, después de ocho horas, haciendo las pausas y descansos reglamentarios, todavía se encuentra en perfectas condiciones para conducir dos horas más. En este sentido, es *sobreincluyente*: ¿por qué limitar la libertad de acción de una persona si ello no logra ninguna mejora adicional en la seguridad? A la vez, la norma no prohíbe conducir a quienes, por sus atributos personales, son incapaces de hacerlo más de seis horas manteniendo igual atención y diligencia; o a quienes, después de conducir sus ocho horas, pasan la noche en una discoteca y apenas duermen tres horas antes de regresar a la carretera. En este sentido, es *subincluyente*: no prohíbe una conducta que debería estar prohibida según la razón de ser de la norma. Podríamos pensar una regulación más precisa para este caso, pero tarde o temprano descubriríamos nuevos problemas de sub y sobreinclusión, con lo cual los estándares más especificados nunca ofrecerán una respuesta del todo satisfactoria.

La subinclusión y la sobreinclusión de los estándares específicos de diligencia son indeseables por razones diferentes. La subinclusión supone que la norma no exige precauciones que consideramos absolutamente justificadas a efectos de no dañar a otros. La sobreinclusión supone que la norma insta a tomar precauciones que no redundan en ningún beneficio apreciable en términos de seguridad. Mientras más detallada y precisa sea la normativa, mientras más se confíe en la técnica de especificar los estándares, más subinclusión habrá. Es una cuestión lógica que si la normativa refina demasiado la descripción de las circunstancias de aplicación y las medidas que deben tomarse, en circunstancias análogas, pero no idénticas, esas medidas no serán exigibles estrictamente por *ese* estándar. Por cierto, se suele pensar, la especificación de los estándares nos haría ganar en previsibilidad o seguridad jurídica.

Así expresado, el argumento de la seguridad jurídica parece más contundente de lo que en realidad es. En primer lugar, aun aceptando que la objeción tiene algo de verdadero, hay que poner de relieve que la seguridad jurídica no es lo único que importa a las personas. Cuando, en pos de la seguridad jurídica, los estándares

específicos dejan de exigir medidas que valen la pena para evitar daños a otros, todos estamos expuestos a un nivel de riesgo más alto que el razonable. Como es evidente, la autonomía de las personas requiere tanto de un buen grado de libertad de acción, de previsibilidad jurídica, como de un nivel razonable de protección de su integridad física y patrimonial.<sup>48</sup> Los estándares bien especificados limitan lo menos posible la libertad de acción, también permiten mayor previsibilidad sobre las responsabilidades que se siguen de omitir precauciones, pero generan una gran subinclusión, lo que redundaría en una desprotección contra los daños irrazonables. En especial cuando está en juego nuestra integridad física o salud parece que estamos dispuestos a limitar algo más la libertad de acción, imponiendo estándares de diligencia más elevados.<sup>49</sup> Por la misma razón, también deberíamos preferir que los estándares genéricos sigan siendo aplicables a efectos de que la persona que ya se conformó a todos los estándares específicos deba preguntarse “¿Hay algo más que sería razonable hacer a fin de no dañar a otros, más allá de lo expresamente ordenado por el derecho?”. Esa pregunta, tan relevante para proteger la seguridad de todos, solo entra en el razonamiento práctico de los ciudadanos mediante los estándares genéricos. Con la guía de conducta de los estándares específicos, los ciudadanos se conformarían con acatar lo ordenado por la legislación, sin considerar la adopción de medidas adicionales.

En segundo lugar, por razones similares a las vertidas en el párrafo anterior, también puede argumentarse que los estándares específicos y los genéricos, ambos, contribuyen a la seguridad jurídica, pero de manera diferente. Los estándares específicos permiten prever mejor las consecuencias jurídicas de omitir las precauciones ordenadas por la legislación. Si es obligatorio tomar las precauciones  $\varphi$ , el agente puede prever que, de omitir  $\varphi$ , será responsable por los daños que cause. Esto es correcto. Pero los estándares genéricos, una vez que son aplicados a lo largo del tiempo, garantizan que cierto tipo de intereses serán protegidos, con independencia de que la legislación haya explicitado los medios que resultan exigibles a esos efectos. En lo que hace a los derechos individuales, parece más

<sup>48</sup> Calnan, *Justice and Tort Law*, pp. 93-94; y Keating, “Fair Precaution”, en *Research Handbook on Private Law Theory*, p. 288.

<sup>49</sup> V. Keating, “Is Cost-Benefit Analysis the Only Game in Town?”, *Southern California Law Review*.

importante prever que cierto interés «sea protegido» y no tanto «cómo lo sea».<sup>50</sup> Una noción más robusta de la seguridad jurídica, que considere como uno de sus elementos centrales el respeto de los derechos individuales, debe favorecer la incorporación de estándares genéricos. Sin estándares genéricos habría una gran incertidumbre en torno al grado de protección efectiva que recibirá la integridad física o la salud. Su nivel de protección quedará indeterminado, porque no pueden preverse todos los casos de subinclusión que aparecerán en el futuro. Esta postura no ignora que ofrecer certezas sobre los fines perseguidos —como evitar daños graves a la salud o a la integridad física— mediante estándares genéricos va en desmedro de la certeza en cuanto a qué medidas precautorias serán exigibles. Solo intenta enfatizar que se trata de pérdidas y ganancias en un mismo parámetro evaluativo: la previsibilidad. No hay razón para preferir una previsibilidad absoluta respecto de las consecuencias de omitir precauciones por sobre un balance que resigne parcialmente la previsibilidad en los medios exigibles para aumentar la previsibilidad en el ámbito de los derechos e intereses protegidos. Dicho esto, como mostraré en el próximo apartado, los estándares genéricos no están tan indeterminados como la objeción de imprevisibilidad sugiere.

En definitiva, se requieren estándares genéricos para complementar la guía de conducta subóptima de los estándares específicos. Estando vigente la exigencia de tomar las precauciones que fueran razonables, ya no es suficiente con ajustarse a las normas específicas para superar el *test* de la diligencia. Las personas juzgadoras siempre podrán indagar si, pese a haber cumplido con todos los reglamentos, había algo más que la parte demandada podía y debía haber hecho, pues era lo razonable en las circunstancias, a fin de evitar el daño que se produjo.<sup>51</sup> Estos

---

<sup>50</sup> Lifante, “Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conducta y diligencia en el derecho”, en *Conceptos multidimensionales del derecho*, p. 579.

<sup>51</sup> La jurisprudencia española, por ejemplo, ha aplicado esta idea desde comienzos del siglo XX, al afirmar que el cumplimiento de las medidas reglamentarias no es suficiente para acreditar la diligencia. V. Kubica, “La imputación basada en la culpa y la imputación basada en el riesgo”, en *Tratado de derecho de daños*, pp. 513-514. Para un ejemplo de la jurisprudencia reciente, V. también, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, sentencia núm. 141/2021, de 15 marzo (RJ 2021\1641): “Se consideró que la actividad desarrollada por la entidad demandada era peligrosa, creadora de un riesgo superior al normal, que requería una elevación proporcional de los estándares de pericia y diligencia, con agotamiento de las medidas de cuidado, así como que *el cumplimiento de las normas reglamentarias no excluye por sí sola [sic] el reproche culpabilístico*” —énfasis añadido—.

estándares genéricos resuelven los problemas de subinclusión sin generar como contrapartida más problemas de sobreinclusión. Esto es así porque el estándar genérico nunca exigirá hacer más que lo razonable a fin de evitar daños a otros.

## V. Culpa y convenciones sociales

¿Cuál es el papel de las convenciones y prácticas sociales en la apreciación de la culpa? Las convenciones *podrían* tener incidencia de dos maneras: en primer lugar, podrían modelar la concepción de la persona razonable, en el sentido de que aquello que cuenta como *razonable* depende de elementos puramente empíricos, convencionales, de entendimientos compartidos sobre lo que es razonable, y no de juicios genuinamente normativos; en segundo lugar, el elemento convencional podría estar presente en costumbres relativas a qué precauciones concretas es apropiado tomar en cada circunstancia, de modo tal que ante la ausencia de norma legislativa o consuetudinaria no procedería juzgar como culpable la omisión de adoptar precauciones adicionales.

En lo que sigue argumentaré que la primera manera de incorporar las convenciones sociales está condenada al fracaso. El juicio de razonabilidad, en última instancia, es ineluctablemente normativo, no fáctico. La segunda manera de tomar en cuenta las convenciones sociales también es incorrecta, sin embargo, arroja luz sobre la razón por la cual los estándares genéricos no están tan indeterminados y, por lo tanto, no son una fuente de inseguridad jurídica tan grave, como a veces se piensa. Analizaré ambas cuestiones por separado.

### 1. La persona razonable como concepto empíricamente determinable

Una estrategia para dotar de certeza a la determinación de la culpa sobre la base de estándares genéricos, como el de la persona razonable, consiste en afirmar que la apelación a la razonabilidad no tiene por qué remitir a juicios normativos o valoraciones. Más bien, el análisis de la culpa de la parte demandada debe limitarse a constatar si la acción realizada u omitida se ajusta a las expectativas sociales sobre la conducta razonable. Como, según esta concepción, la indagación se centra en

elementos sociológicos, las controversias se resuelven mediante la contrastación empírica, no con argumentos morales o sustantivos de dudosa fiabilidad. La visión normativa de los juicios de razonabilidad —sigue la crítica— solo derivaría de la influencia de una corriente moralizadora del derecho, que debe ser desterrada a fin de racionalizar la práctica de la responsabilidad civil.

La preocupación por la certeza del derecho está inspirada sin duda en una noble aspiración. No obstante, esta estrategia está condenada al fracaso. Por empezar, ¿cómo podría determinarse cuál es la concepción de la persona razonable asumida en la comunidad? Si hubiera una suerte de consenso social al respecto, no estaríamos en el entuerto en que nos encontramos. Las discusiones morales no generarían acaso controversia, pues entre quienes comparten una misma visión de las cosas es difícil que se mantenga un desacuerdo profundo y sostenido en el tiempo, que no pueda ser resuelto una vez que se determinan los hechos relevantes. El mero desacuerdo extendido muestra que no existe una noción socialmente imperante de la persona razonable en la cual podamos fundamentar los juicios de diligencia.

No debemos dejarnos confundir por el hecho de que muchas veces las opiniones sobre cómo resolver casos paradigmáticos son coincidentes. Esto no dice nada sobre la posibilidad de captar el contenido del estándar de la persona razonable apelando a hechos sociales y no a valoraciones, pues la mayoría de las personas podría estar de acuerdo en que *lo razonable* en el contexto *C* es hacer  $\varphi$ , pero por razones bien diversas —algunos porque hacer  $\varphi$  en *C* maximiza la riqueza social, otros porque existen expectativas recíprocas de que se haga  $\varphi$  en *C*, otros porque su religión manda hacer  $\varphi$  en *C*, etcétera—. Así como las personas que comparten ciertos presupuestos todavía pueden tener profundos desacuerdos, también quienes tienen profundos desacuerdos sobre cuestiones fundamentales pueden coincidir en algunas soluciones jurídicas para los casos que se les plantean.

Además, la razón fundamental por la cual debe descartarse una noción empírica de razonabilidad es que esta idea sigue desempeñando un papel al momento de zanjar nuestras diferencias en los temas de detalle, es decir, una vez agotado el consenso. Por definición, allí donde se agota el acuerdo no puede operar una

noción de razonabilidad empírica que derive de un consenso previo. Podemos alcanzar acuerdos luego de contraponer argumentos, de señalar los aspectos que nos parecen relevantes de una situación fáctica en particular, de atribuir valor a ciertos estados de cosas, etcétera. Sin embargo, este acuerdo *ex post* no se basa en una concepción empírica sino en un ejercicio de nuestra capacidad de razonar en conjunto, valorar los argumentos del otro y suscribirlos una vez advertimos que son más sólidos que los propios. En definitiva, el acuerdo es el producto de nuestra deliberación racional.

Por ello, la invocación sin más de una noción compartida de razonabilidad, como aquello que la sociedad considera razonable, o la simple apelación a la moral y las buenas costumbres, parece más una excusa para evadir la carga de argumentar o esconder los juicios evaluativos exigidos por la diligencia genérica. Ello implica que la argumentación es reemplazada por una decisión autoritaria sobre aquello que determina “los estándares de la comunidad”, sin explicitar en ningún momento el método con el cual se ha llegado a conocerlos.<sup>52</sup>

## 2. El papel de las convenciones en la determinación de los estándares genéricos de diligencia

Descartar que la idea de persona razonable pueda ser reducida a la observación de un conjunto de opiniones compartidas sobre lo que es razonable no niega en absoluto que los estándares genéricos puedan tomar como referencia inicial las *convenciones específicas* existentes en una determinada comunidad respecto de qué medidas corresponde adoptar en ciertas circunstancias para no dañar a otros.<sup>53</sup> Una convención específica tiene las siguientes características: (i) es primeramente una *regla social*; por lo tanto, *normalmente* los miembros del grupo se conforman a ella, pues la entienden vinculante; (ii) los miembros del grupo consideran que

---

<sup>52</sup> En un esclarecedor trabajo, Miller y Perry —“The Reasonable Person”, en *New York University Law Review*, pp. 371 y ss.; y 383 y ss.— aplican un teorema análogo al famoso teorema de la imposibilidad de Kenneth Arrow para sostener que no existe ningún método estadísticamente correcto para construir la figura de la persona razonable sobre la base de la mera observación social.

<sup>53</sup> Sobre el papel de las convenciones sociales en la determinación de la diligencia, V. Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pp. 103 y ss.

existe una *razón* para seguir la convención, aun cuando no sepan exactamente cuál es ni conozcan todos sus alcances;<sup>54</sup> (iii) las convenciones tienen típicamente un carácter *arbitrario*. Esta palabra tiene un significado muy concreto en este contexto. No significa que carecen de justificación, sino que no son necesarias porque es concebible al menos una regla alternativa para alcanzar los mismos fines, de modo tal que, si los miembros del grupo se conformasen a la regla R2 en lugar de a la regla R1, ello les daría una razón suficiente para actuar según R2 —y no R1—. A fin de cuentas, es posible que los agentes tengan sus propias preferencias respecto de una regla por sobre la otra. No obstante, en una convención las razones para actuar en sinfonía son más fuertes que las preferencias sobre las distintas alternativas.<sup>55</sup>

En materia de diligencia, dado que no todo está reglado por estándares específicos, es esperable que surjan convenciones específicas respecto de *quién* debe adoptar *qué medidas* en *qué circunstancias*. En efecto, si estas convenciones no tuviesen lugar, entonces los estándares estarían gravemente indeterminados y, tarde o temprano, el derecho debería resolver la cuestión mediante una ley o un pronunciamiento autoritativo.<sup>56</sup> En lo que hace a nuestras interacciones, las costumbres desempeñan un papel clave. Son un pilar fundamental para la organización de la vida social y profesional. Es difícil imaginar cómo podríamos llevar adelante nuestra vida cotidiana, coordinarnos de manera eficaz y eficiente con un gran número de personas, sin confiar en una infinidad de convenciones sociales y prácticas. Estas ofrecen una guía de conducta cierta y accesible a bajo coste deliberativo, razón por la cual se mantienen a lo largo del tiempo.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Este rasgo implica que la persona a la que le es aplicable una regla de costumbre, al igual que una regla jurídica, entiende que la regla tiene una razón que la justifica, pero no necesariamente conoce cuál es esa razón. Piénsese en una persona que va conduciendo al máximo permitido de la vía, 120 km/h, y de pronto una señal prohíbe conducir a más de 90 km/h. No advierte ninguna circunstancia que amerite reducir la velocidad: la carretera tiene la misma cantidad de carriles, no hay curvas especialmente peligrosas, no se trata de una zona poblada ni en la cual haya presencia de animales. Para el destinatario de la norma, es un misterio por qué razón la legislación le ordena reducir la velocidad. Solo sabe que hay una razón, no cuál es esa razón. Se tratará, supone, de algo que él es incapaz de apreciar en las circunstancias.

<sup>55</sup> Marmor, *Social Conventions. From Language to Law*, pp. 2, 3 y 9.

<sup>56</sup> Bernstein, “The Communities that Make Standards of Care Possible”, *Chicago-Kent Law Review*, p. 738.

<sup>57</sup> Cueto Rúa, *Las fuentes del derecho*, pp. 84 y ss.; y Epstein, “The Path to ‘The T. J. Hooper’: The Theory and History of Custom in the Law of Tort”, en *The Journal of Legal Studies*, pp. 6-7.

Una de las tareas de las convenciones relativas a la seguridad en las interacciones es decidir, entre las muchas opciones posibles, una determinada repartición de funciones, derechos y deberes entre los potenciales agentes dañadores y las potenciales víctimas a fin de prevenir accidentes. Por ello, las convenciones de precaución son arbitrarias, en el sentido antes aclarado. Pese a su carácter arbitrario, una vez que una convención está vigente existen razones de peso para observarla. Dado que las convenciones generan expectativas sobre el comportamiento ajeno, son útiles para la coordinación social, pero también implican un riesgo: cuando se incumple una convención de seguridad, se defraudan las expectativas sobre lo que hará el otro, y las probabilidades de daño se incrementan en alto grado. Quien obra en contra de lo convencional hace algo inesperado, y hacer lo insólito suele ser peligroso.

Las convenciones específicas, entonces, contribuyen a *determinar parcialmente* el estándar genérico de diligencia en el momento de su aplicación. Por supuesto, estas convenciones no agotan el juicio de culpa. La convención no es más que una *primera aproximación* que, en la mayoría de los casos, supone para el destinatario una fuerte reducción de la incertidumbre propia de los juicios basados exclusivamente en la razonabilidad.<sup>58</sup> Piénsese que, si la conformidad con una norma consuetudinaria fuese suficiente para satisfacer el estándar de diligencia, entonces el enunciado “Axileas fue negligente, pese a cumplir con la costumbre en vigor” sería contradictorio. Evidentemente, la norma que ordena tomar medidas razonables para evitar daños a otros no puede reducirse tampoco a una prescripción de seguir las convenciones vigentes. Si ese fuese el propósito del estándar genérico, se hubiese formulado en esos términos precisamente: en las circunstancias C, deben adoptarse las precauciones que habitualmente se adoptan en C.

---

<sup>58</sup> Argumenta Pizarro —*Tratado de la responsabilidad objetiva. Tomo 1*, pp. 38-39— que una noción de culpa basada exclusivamente en consideraciones normativas o éticas sería inapropiada para guiar la conducta, por la incertidumbre que generaría en sus destinatarios. Es verdad, pero en las dinámicas sociales es imposible imaginar un estándar normativo que, siendo inteligible, como el estándar de la persona razonable, vaya a carecer indefinidamente de sustento fáctico. La aplicación de los estándares producirá juicios de culpa, discusiones al respecto, decisiones autoritativas que ponen fin a la discusión, etcétera. Estas prácticas desarrolladas en torno a los estándares serán siempre relevantes, irán nutriendo progresivamente los juicios de culpa con elementos convencionales, aunque, como se verá a continuación, estos últimos nunca van a ser concluyentes.

Quien, pese a todo, piense que en su sistema para dar contenido a los estándares genéricos solo se apela a las convenciones vigentes, pregúntese si los argumentos del tipo “No he hecho nada distinto de lo que hacen los demás” o “Actué de la manera en que normalmente se actúa” son por sí mismos eficaces para bloquear la atribución de culpa. Una respuesta positiva supondría que en esos sistemas la expresión *precauciones razonables* no refiere a las medidas que hay razones suficientes para adoptar, sino a las medidas que habitualmente se adoptan. En un sistema semejante no hay espacio para las convenciones que a fin de cuentas sean irrazonables, ya que *razonable* significa ‘convencional’. Y esta es una conclusión muy extraña. La historia es rica en ejemplos de convenciones sociales abandonadas sobre la base de la carencia de razones que las justifiquen.<sup>59</sup>

Por último, debe considerarse lo que recientemente Bruno Celano<sup>60</sup> ha denominado “preconvenciones”. Se trata de comportamientos coincidentes entre los miembros de una comunidad que son el resultado de un *aprendizaje* y que, después de un tiempo, se convierten en automatismos. Pasan a ser, por ello, espontáneos, irreflexivos, fluidos y no requieren esfuerzo deliberativo. Estos automatismos incluyen, por ejemplo, mirar regularmente los espejos retrovisores o el posicionamiento del pie sobre el freno cuando una situación es percibida como peligrosa o de riesgo inminente. Las preconvenciones no se limitan a acciones corporales, sino que incluyen el dominio conceptual que a veces reemplaza y otras veces ayuda a nuestra deliberación sobre lo que debemos hacer.<sup>61</sup> ¿Cómo somos capaces, por lo general, de reconocer de inmediato lo que cuenta como una situación

---

<sup>59</sup> Por supuesto, no es imposible que contingentemente el sistema jurídico defina el comportamiento exigible a partir de la convención vigente. Como explica López Mesa —*op. cit.*, p. 679—, el art. 1358 del Código Civil y Comercial argentino establece que “[e]l depositario debe poner en la guarda de la cosa la diligencia *que usa para sus cosas* o la que corresponda para su profesión” —énfasis añadido—. La disyunción, en mi opinión, genera dudas sobre si el patrón de conducta diligente se agota en lo que efectivamente se hace o puede extenderse a lo que debería hacerse en la profesión. En todo caso, es conceptualmente posible que la legislación ancle la diligencia a una costumbre específica, pero este tipo de soluciones parecen apropiadas en el ámbito contractual, en el cual las partes tienen expectativas recíprocas a la luz del uso mercantil, y los patrones que se consolidan suelen ser para beneficio de *todos los participantes* en el largo plazo. En ámbito extracontractual, en cambio, nada hace pensar que las costumbres desarrolladas por un grupo de personas en un cierto contexto vayan a ser beneficiosas también para las potenciales víctimas —V. Epstein, *op. cit.*, p. 19—.

<sup>60</sup> Celano, “Pre-conventions. A fragment of the Background”, en *Revus*, p. 28.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 42.

*riesgosa*? ¿Cómo somos capaces de juzgar con bastante consenso que una motocicleta que intempestivamente pasa a gran velocidad entre dos coches haciendo una diagonal ha realizado una acción *imprudente*? Estas habilidades también se adquieren por socialización y aprendizaje. Integran nuestras preconvenções y resuelven en gran parte los problemas de indeterminación de los conceptos esencialmente controvertidos. Incluso cuando se trata de nociones vagas como *prudencia*, *peligrosidad*, *impericia*, *negligencia* o *irrazonabilidad* somos capaces de identificar casos paradigmáticos y de abrir nuestra deliberación en torno a ellos. Todo esto reduce el esfuerzo de los destinatarios de las normas para determinar qué exigen los estándares genéricos de diligencia.

En conclusión, los estándares genéricos exigen a sus destinatarios realizar una valoración entre diversas variables, tal como veremos en el apartado VII, pero esa valoración tiene lugar en un marco bien nutrido de convenciones y preconvenções que reducen enormemente las exigencias deliberativas. Por lo tanto, las inquietudes relativas a la supuesta indeterminación de los estándares genéricos deberían ser moderadas.

## VI. Conflictos entre estándares genéricos y específicos

¿Pueden entrar en conflicto los estándares genéricos y los estándares específicos? De ser así, ¿cómo se resuelven? La impresión inicial es que cualquier criterio para resolver un conflicto entre ambos tipos de estándares tornaría irrelevante al estándar relegado. Si, en caso de conflicto entre los estándares específicos y los genéricos, los primeros siempre prevalecen, entonces los genéricos ya no aportarían ningún beneficio, dado que podría eximirse de responsabilidad quien se ajusta a los requerimientos del estándar específico, aun cuando en las circunstancias hubiese sido posible —y razonable— hacer algo distinto. Por otra parte, si se toma el camino contrario y se otorga preferencia siempre a los estándares genéricos, entonces la tarea legislativa de especificar normas de diligencia quedaría socavada, porque ya no mandaría la legislación sino el juicio de razonabilidad que los destinatarios de las normas deben realizar, y las personas juzgadoras controlar, al evaluar su conducta.

En mi opinión, esta manera de plantear las cosas no refleja correctamente el funcionamiento de los estándares genéricos y específicos en el razonamiento práctico. Para comprenderlo, debe reflexionarse sobre el sentido último de que la legislación establezca pautas de conducta bien detalladas o que, en cambio, opte por habilitar a los ciudadanos a utilizar su propio juicio en ocasiones. Las normas específicas prestan un servicio social si guían nuestra conducta, nos indican qué hacer, cuando (i) saberlo por nosotros mismos requiere una información imposible de obtener en las circunstancias de persona, tiempo y lugar o (ii) el ejercicio deliberativo sobre los méritos de cada curso de acción es probable que resulte demasiado exigente y esté fuera del alcance del ciudadano ordinario. En contraste, cuando la información relevante no está en manos de quien elabora la legislación y la deliberación no excede las posibilidades de los destinatarios de las normas, entonces, la autoridad reconoce sus límites y “delega” en cada persona la decisión de qué hacer en esas circunstancias.<sup>62</sup> La utilización de cláusulas abiertas, como los estándares genéricos de diligencia, es racional siempre que sean preferibles los errores en la decisión caso a caso por parte de los agentes antes que los errores derivados de la sub o sobreinclusión de las reglas específicas.<sup>63</sup>

Desde esta perspectiva, como toda norma, los estándares específicos tienen la pretensión de ser obedecidos. En principio, el destinatario de una norma específica de diligencia no debe cuestionar la sensatez de la acción ordenada. Si una norma impone el deber de tomar las precauciones  $\varphi$  en las circunstancias  $C$ , esta pretende desplazar al menos algunas razones para no hacer  $\varphi$ , como que hacerlo es costoso económicamente, o que tomar esas precauciones supone privilegiar los intereses ajenos antes que los propios, por ejemplo. Se espera que el agente haga  $\varphi$  con independencia de que crea que  $\varphi$  es conveniente. Solo respeta la autoridad del derecho si reconoce sus prescripciones como razones independientes de su contenido.

El mandato genérico de tomar precauciones razonables para evitar un daño a otros no entra necesariamente en conflicto con la norma específica. En efecto, si

---

<sup>62</sup> Raz, *The Morality of Freedom*, pp. 47-53.

<sup>63</sup> Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, p. 200.

la legislación se pronunció sobre la obligación de hacer  $\varphi$ , sería irrazonable desatender, sin más, esa directiva. La persona razonable, ante todo, cumple con sus deberes jurídicos explícitos. Respecto de  $\varphi$ , *en principio*, la legislación zanjó la cuestión. Pero ¿qué ocurre con otras medidas, como  $\omega$ , que pueden ser razonables para evitar un daño a otra persona? En lo que hace a  $\omega$ , si la legislación no se pronunció sobre esas medidas, corresponde al ciudadano determinar si están secundadas por razones no derrotadas —es decir, no excluidas por otras razones, como una norma que prohíba  $\omega$ , y no superadas por otras razones, de cualquier naturaleza, que recomiendan omitir  $\omega$ —. En este sentido, si el juicio de razonabilidad habilitado por la legislación mediante el estándar genérico recomienda también hacer  $\omega$ , no hay contradicción entre el estándar específico y el genérico. La persona razonable debe hacer tanto  $\varphi$  como  $\omega$ . Al tomar ambas precauciones, el agente obedece el estándar específico y el genérico. Se comporta globalmente como una persona razonable. Los estándares funcionan, así, de manera complementaria. La legislación solo pretende desplazar del razonamiento algunas razones en contra de  $\varphi$ , y ordena abrir el balance de razones respecto de otras acciones, como  $\omega$ , que podrían ser exigibles en las circunstancias. El estándar genérico obliga al agente a tomar las medidas razonables, y para ello le compele a deliberar. Nótese que la acción  $\omega$  no está explícitamente ordenada por la legislación. En las circunstancias C, el legislador ordenó hacer  $\varphi$  y tomar cualquier otra precaución que fuera razonable. Contingentemente, la acción razonable adicional resulta ser  $\omega$ . Es decir,  $\omega$  es obligatoria bajo la descripción de ser una precaución razonable en las circunstancias C.<sup>64</sup>

Veamos un ejemplo para terminar de aclarar el punto. El estándar genérico muy excepcionalmente serviría para derrotar el límite de velocidad de 120 km/h impuesto por un estándar específico. Normalmente, sirve para fundamentar el deber de restringir aún más la conducta tomando precauciones adicionales. Así, el concepto de *velocidad excesiva* —aquella que supera el límite permitido— convive en algunos sistemas con el concepto de *velocidad inadecuada*. Por definición, la velocidad inadecuada, aunque se encuentra por debajo del máximo explícitamente permitido, es *irrazonable* dadas las circunstancias del tránsito, el

---

<sup>64</sup> Sobre la obligatoriedad de las acciones bajo cierta descripción, V. Shapiro, *Legalidad*, pp. 340-344.

conductor, el vehículo, la vía o su entorno. Es interesante que el juicio expresado en la legislación sobre el peligro que entraña conducir a más de 120 km/h no puede ser revisado o cuestionado por el conductor. Excluye un amplísimo rango de razones en contra de superar ese límite. Por tanto, respecto de la acción de conducir a más de 120 km/h la norma decide la cuestión: está prohibido. La autoridad legislativa entiende que no hay prácticamente ninguna consideración derivada de las circunstancias que puedan hacer variar este límite aumentándolo. Pero también entiende que son muchas las circunstancias que podrían hacer que conducir a esa velocidad sea irrazonable en un caso concreto. Por ello, la velocidad adecuada se determina primeramente apelando a estándares específicos —la norma de tránsito que prohíbe superar los 120 km/h— y, en segunda instancia, abriendo la deliberación según lo ordenan los estándares de razonabilidad genéricos, que resultan complementarios. Le indican al individuo que mantenerse por debajo de los 120 km/h puede que *no sea suficiente para cumplir su deber de diligencia*, globalmente considerado. La lluvia, nieve o neblina, la congestión del tránsito, el estado de la carretera, del vehículo y su propia condición física son todos factores relevantes que deberá ponderar al momento de decidir la velocidad de circulación.

El supuesto recién analizado es el de la convivencia pacífica, complementaria, de los estándares genéricos y los específicos. Pero ¿qué ocurre si la precaución  $\varphi$ , requerida explícitamente por una norma, y la acción  $\omega$ , recomendada por un juicio de razonabilidad en las circunstancias, son incompatibles y no pueden ser ejecutadas a la vez? ¿Debería la persona razonable omitir  $\varphi$ , lo que implica desobedecer la orden expresa de la legislación? En caso afirmativo, ¿no socava esto el sentido de la regulación específica, en tanto el balance de razones del agente, en última instancia, se hace inevitable y, además, prevalece por sobre las instrucciones de la autoridad legislativa? Y, finalmente, ¿no es injusto considerar culpables a los ciudadanos que no se atreven a cuestionar a la autoridad legislativa cuando al final deciden obedecer el estándar específico en lugar de confiar en su propio juicio de razonabilidad?

Este supuesto creo que es poco probable que se plantee en la realidad. De hecho, no se me ocurren demasiados ejemplos para ilustrarlo. No obstante, las preguntas

formuladas son bien interesantes y hay mucho para decir al respecto. Una clave para responder todas estas preguntas es determinar si la realización de  $\varphi$  en lugar de  $\omega$  es un error evidente en las circunstancias C. Como advierte Raz,<sup>65</sup> el error evidente no debe ser confundido con el error grave. Un error evidente es aquel que es manifiesto, claro, identificable sin deliberar sobre las razones de fondo por las cuales la autoridad legislativa ordenó hacer  $\varphi$ . Imaginemos que recibimos la cuenta en un restaurante. Todos los ítems que allí figuran, también los impuestos —y en su caso, la propina—, tienen un valor expresado en números enteros, pero el total incluye un decimal. No es necesario revisar la cuenta para advertir que hay un error en el resultado. La suma de números enteros no puede nunca arrojar un total con decimales. El error es evidente, y puede que no sea grave si el decimal sobrante es un céntimo. A la vez, podría haber un error no evidente, pero grave: un error que solo puede ser detectado repasando la suma y que al final repercute en 30% del total que correspondería.

Por tanto, si hacer  $\varphi$  en lugar de  $\omega$  es un *error evidente* en las circunstancias C, el agente tiene el deber de hacer  $\omega$ , aunque ello implique desobedecer, en algún sentido, la legislación. Digo “en algún sentido”, porque bajo la descripción de hacer lo razonable,  $\omega$  es obligatoria y no  $\varphi$ . Esto no socava la autoridad de la legislación, porque no es el caso que para decidir hacer  $\omega$  en lugar de  $\varphi$  se requiera revisar las razones de fondo que justifican la regla que impone el deber de hacer  $\varphi$ . Por último, el agente que no se atreve a cuestionar la norma específica pese a estar frente a un error evidente, en el cual hacer  $\varphi$  en lugar de  $\omega$  es *irrazonable*, debe ser tratado como alguien que no logra, por la causa que sea, estar a la altura del estándar de diligencia exigible. Al ser legítimo, como se argumentó en el apartado III, establecer estándares objetivos, no es este un problema que debiera preocuparnos en absoluto. Un ejemplo de error evidente, en mi opinión, es la norma que establece en 60 km/h la velocidad mínima en autopistas. Supongamos que la persona que conduce el automóvil es sorprendida por una lluvia intensísima, que hace prácticamente nula la visibilidad. El estándar específico le ordena mantenerse como mínimo a 60 km/h, pero esto es irrazonable a efectos de no causar un accidente. En este contexto, por efecto de la norma de diligencia genérica el

---

<sup>65</sup> Raz, *The Morality...*, cit., p. 62.

estándar de conducta exigible requiere reducir la velocidad por debajo de los 60 km/h o incluso llegar a detener el vehículo. Quien cause daño por no reducir la velocidad no podrá alegar que la norma específica le imponía el deber de conducir como mínimo a 60 km/h.

Por el contrario, si hacer  $\varphi$  en lugar de  $\omega$  en C no es un error evidente, entonces para decidir qué hacer la persona debería abrir el balance de razones. Esto implica poner en competencia las razones que apoyan la realización de  $\varphi$  con las que recomiendan omitirla y hacer  $\omega$  en su lugar. Lo extraño de la situación es que, mientras el estándar específico pretende que el agente no obre según el balance de razones, el estándar genérico le ordena precisamente lo contrario. Pese a todo, el conflicto es solo aparente. La norma que impone el deber de hacer  $\varphi$  es una razón protegida, en tanto es una razón de primer orden para realizar  $\varphi$ , y a la vez una razón para excluir *al menos algunas razones* en conflicto que recomiendan no hacer  $\varphi$ . Esto no implica que toda razón en conflicto con el deber esté excluida. Los deberes específicos excluyen de la deliberación cierto *tipo* de razones, no todas las razones imaginables en conflicto. Si las razones que recomiendan hacer  $\omega$  son del mismo tipo que las que justifican hacer  $\varphi$ , es decir, están relacionadas con procurar que las acciones del agente no dañen a otros, entonces difícilmente esas razones pueden estar excluidas de la deliberación. Piénsese un momento en las razones por las cuales los conductores tienen el deber de no superar los 120 km/h en autopistas. La razón que justifica esta norma es que limitar la velocidad de ese modo contribuye a que otros no sufran daños como consecuencia de la acción de conducir. Lo mismo puede decirse de cualquier norma de diligencia específica. De esta manera, las razones de *este tipo*, las relacionadas con evitar que otros sufran daños, no solo no están excluidas por el estándar específico, sino que forman parte de su justificación. Por ello, al realizar el balance de razones, el agente es respetuoso de la autoridad de la legislación, ya que restringe su deliberación al marco establecido por los estándares específicos y genéricos que regulan su conducta.<sup>66</sup> En sentido estricto, no hay contradicción entre estándares genéricos y específicos porque los genéricos se basan en el tipo de razones que los específicos no pretenden excluir.

---

<sup>66</sup> Raz, *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, pp. 22-24.

Tal vez una ilustración de este tipo de situaciones sea el famoso caso del vuelo 1549 de US Airways, en el cual el piloto, Chesley Sullenberger, logró amerizar un avión Airbus A320 sobre el Río Hudson, con lo que salvó a los 155 pasajeros. A poco de despegar, el avión es impactado por una bandada de gansos canadienses, lo que inutiliza ambos motores. El curso de acción debido según los protocolos era regresar a LaGuardia, desde donde habían despegado dos minutos antes, o intentar llegar a un aeropuerto alternativo. El piloto obtiene autorización para desviarse al aeropuerto de Teterboro. Sin embargo, a poco de confirmar a la torre de control que procedería de ese modo, y luego de examinar rápidamente la situación con su copiloto, Jeff Skiles, Sullenberger juzgó que seguir el protocolo en las particulares circunstancias en las cuales se encontraba no era lo mejor para minimizar daños. Los análisis posteriores confirmaron que el protocolo para fallas en los dos motores era el mejor curso de acción solo en condiciones de mayor altitud a la del vuelo 1549 en el momento en que se produjo la emergencia. Lo razonable para evitar las peores consecuencias, en este caso, era intentar una acción no prevista en los protocolos e incompatible con estos, es decir, apartarse del estándar específico diseñado para una generalidad de situaciones de emergencia.

Todo esto, por cierto, no hace irrelevantes los estándares específicos. Estos todavía reducen en alguna medida la deliberación. Es un error pensar que el derecho solo presta un servicio si elimina absolutamente la necesidad de deliberar sobre los méritos del caso. Es suficiente con que desplace la deliberación en alguna medida<sup>67</sup> y, como hemos visto, los estándares específicos hacen una diferencia práctica al excluir del razonamiento del agente un buen número de consideraciones para no tomar las precauciones previstas en la regulación. A su vez, los estándares genéricos también hacen una diferencia práctica al requerir un esfuerzo deliberativo adicional incluso cuando se hayan cumplido todos los estándares específicos de la actividad.

A diferencia de los casos en que  $\varphi$  en lugar de  $\omega$  es un error evidente, aquí podría parecernos injusto que el agente que cumple con el mandato más explícito de la

---

<sup>67</sup> Shapiro, *op. cit.*, p. 338.

legislación y realiza  $\varphi$ , y por lo tanto omite  $\omega$ , sea considerado culpable. La razón detrás de esta intuición es que el ejercicio deliberativo, al no tratarse de un caso fácil, es demasiado exigente. Sin embargo, que la deliberación sea exigente para el agente a lo sumo cuenta como una excusa, pero nunca como una justificación de sus acciones. Entendemos que haya fallado en tomar las medidas que eran razonables a efectos de no dañar a otros dada su limitada capacidad de previsión, reflexión o deliberación. Las excusas, bien sabido es, no derrotan la responsabilidad civil.<sup>68</sup> Conviene reiterar aquí que quien no pudo estar a la altura del estándar de conducta exigible en modo alguno exterioriza un defecto de carácter. De hecho, en el supuesto que estamos examinando, tiene una excusa para haberse quedado corto. Pero de todos modos su conducta se aparta del estándar de la persona razonable y, por consiguiente, es culpable. Que el ejercicio deliberativo sea exigente para los destinatarios no significa que sea ilegítimo trasladarles esa carga. Para que el uso de estándares genéricos sea legítimo solo se requiere que sea más probable que los ciudadanos en general tomen mejores decisiones —valiéndose de su capacidad deliberativa y contando con información solo accesible en las circunstancias de persona, tiempo y lugar— que las que tomarían siguiendo ciegamente los mandatos de una autoridad legislativa que, al diseñar la norma, no dispone de esa información y, por ello, solo puede elaborar pautas específicas con graves problemas de subinclusión.

En definitiva, el funcionamiento de los estándares genéricos y específicos impide que puedan entrar en genuino conflicto, aun cuando el destinatario de las normas pueda sentirse pragmáticamente contrariado por la dificultad de determinar qué hacer en el caso. La evaluación de la diligencia siempre es global y los deberes específicos, al igual que las convenciones o costumbres vigentes, tienen un peso inicial muy importante. Como se explicó en el apartado anterior, esto reduce la dificultad de decidir qué hacer en la mayoría de las situaciones, pese a que la persona diligente debe estar atenta al propósito final de todas estas pautas: procurar que los demás no sean dañados irrazonablemente.

---

<sup>68</sup> V. Capítulo VI, apartado I, de este manual.

## VII. Valoración de la conducta razonable

La valoración de la conducta conforme con el estándar de la persona razonable comprende, como se ha visto en los apartados anteriores, todas las pautas de comportamiento explícitas, ya sean de fuente legislativa, jurisprudencial, proveniente de protocolos de actuación profesional o derivadas de costumbres o convenciones locales. Sin embargo, he insistido mucho, estas normas explícitas no agotan el juicio de diligencia, puesto que el último paso siempre supone una evaluación de las circunstancias. La persona debe valorar si hay algo más que sería razonable hacer a efectos de no causar daño a terceros. En este último paso, surge la duda: ¿qué elementos deben conjugarse?

Las corrientes de pensamiento más abstractas difieren enormemente en este punto. Por una parte, desde el análisis económico del derecho, se ha sostenido que la persona razonable es aquella que maximiza el bienestar agregado y, por tanto, nunca tomaría medidas cuyo coste sea superior al valor del daño. Las teorías tradicionales, en cambio, afirman que la razonabilidad exhorta a tomar en serio los intereses de las potenciales víctimas, a tratarlas con el debido respeto. Por ello, las decisiones sobre qué precauciones están justificadas no pueden basarse en un gélido análisis coste-beneficio.<sup>69</sup>

En la doctrina comparada, pese a todo, existe un consenso importante en que la persona razonable atiende a un conjunto de consideraciones y no solo a la comparación entre los costes de tomar precauciones y sus beneficios en términos de reducción de daños esperados. La concepción económica, de todas maneras, ocupa un lugar destacado en los desarrollos modernos, tal como se verá más adelante en esta sección.

En términos económicos, el deber de diligencia fue definido con gran elegancia por el juez Learned Hand, en la sentencia *United States vs. Carroll Towing Co.*

---

<sup>69</sup> Estas dos vertientes se corresponden con lo que, en la filosofía política, John Rawls —*Political Liberalism*, pp. 48 y ss.— llamó *racionalidad* y *razonabilidad*, respectivamente. Para apreciar cómo estas dos ideas se han reflejado en la filosofía del derecho privado, compárese la concepción de Weinrib —*op. cit.*, pp. 147 y ss.— de la persona razonable con la de Posner —*Economic Analysis of Law*, p. 196—.

159 F.2d 169 (2d Cir. 1947). La culpa, sostuvo allí, es una función de tres variables: (i) la probabilidad de que ocurra el accidente ( $p$ ); (ii) la gravedad del daño si este tiene lugar ( $D$ ); y (iii) el coste de las precauciones necesarias para evitarlo ( $A$ ). Así, una persona debe ser considerada culpable si, y solo si, omite medidas que satisfacen la siguiente condición:  $A < D \cdot p$ .

La idea es que las precauciones que se toman tienen dos efectos: por una parte, reducen las probabilidades de que ocurra un accidente, lo cual supone sin duda un beneficio; pero como contrapartida, tomar precauciones es costoso, por lo que, mientras más diligencias se adoptan, más tiempo y dinero se invierte en evitar accidentes. El punto óptimo de inversión en precauciones es aquél después del cual destinar un céntimo más en diligencia disminuye en menos de un céntimo los daños esperados, es decir, cuando evitar daños adicionales cuesta a los agentes más de lo que cuesta tolerarlos a las víctimas, entonces esos daños remanentes son razonables. Dicho de modo inverso, sería irrazonable exigir al agente que invierta en evitar un daño más de lo que cuesta soportarlo. Por consiguiente, nadie debería ser encontrado jurídicamente culpable por causar un daño que es muy costoso de evitar. En un sentido no trivial, estos daños son económicamente inevitables: si son evitados, la sociedad se ahorra las pérdidas que hubiese sufrido la víctima, aunque incurre en un dispendio de recursos aun mayor al imponer una carga excesiva —por hipótesis, más alta que el valor del daño— sobre el potencial agente dañador.<sup>70</sup>

Una preocupación constante entre la comunidad de juristas es que las propuestas de esta naturaleza obvian las dificultades informativas que enfrentan tanto los potenciales agentes dañadores como las personas juzgadoras que luego deben evaluar la conducta de aquellos. La aplicación de la fórmula de Hand requiere la capacidad de apreciar qué incidencia tendrán las precauciones sobre las probabilidades de que ocurra el accidente. Esta capacidad sin duda es limitada, aunque no inexistente. Asimismo, tampoco es claro que las personas puedan representarse —e incluir en el cálculo— los distintos tipos de daños que pueden producirse en cada escenario, con su distinta magnitud. Por último, las precauciones

---

<sup>70</sup> Grady, "Unavoidable Accident", en *Review of Law and Economics*, pp. 185-186.

muchas veces no tienen un coste económico directo, sino que consisten en un esfuerzo personal, como prestar atención, ser paciente, ceder el paso, etcétera. Así, no parece que la fórmula de Hand pueda ofrecer en la práctica resultados tan precisos como los que sugieren los modelos formales. Sin un grado de precisión suficiente, la apelación a la fórmula no pasa de ser un recurso retórico más; es decir, la aspiración de contar con un método que racionalice los juicios de diligencia, eliminando la discrecionalidad judicial, a fin de brindar certezas sobre las responsabilidades derivadas de la culpa queda truncada. A la luz de lo anterior, la fórmula de Hand tal vez sea una manera estilizada de expresar una intuición no demasiado alejada del pensamiento jurídico tradicional: que el sacrificio que se impone a los agentes dañadores al obligarlos a tomar precauciones está justificado por el mayor valor de aquello que se salva, esto es, el bien jurídico protegido por las medidas. En este caso, la fórmula no aporta un método que nos libre de las dificultades *prácticas* usuales en la evaluación de la razonabilidad de la conducta.

Otro grupo de objeciones comunes se relaciona con la *justificación moral* de analizar la culpa desde el prisma económico. Con frecuencia, se señala que el cálculo agregativo entre los beneficios y los costes asociados con un determinado curso de acción viola el *principio de separabilidad de las personas*.<sup>71</sup> En la aplicación de la fórmula de Hand se compara el coste para una persona —el agente dañador— de evitar el daño que sufre otra distinta —la víctima—. Cuando se juzga que evitar el daño es ineficiente —esto es, demasiado caro— y, por lo tanto, que el daño es razonable, se llega a la conclusión de que la víctima debe sufrir un perjuicio para que el agente dañador obtenga un beneficio. Esto, en términos kantianos, constituye una violación del imperativo categórico. En palabras más familiares, supone instrumentalizar a la persona, es decir, tratarla como un mero medio y no como un fin. La idea es que es incorrecto disponer de las personas como si fuesen cosas o recursos útiles para los propios fines.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> El cálculo global no tiene problemas en sacrificar los intereses de una persona para promover un mayor beneficio para el conjunto. Pero esto supone ignorar el hecho de que somos personas separadas. V. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, pp. 31-33.

<sup>72</sup> Ripstein, *Private Wrongs*, pp. 33 y ss.

Una réplica que se ha intentado contra el argumento de la instrumentalización consiste en señalar que, al tratar los intereses de otras personas del mismo modo en que trataríamos a los propios, estamos honrando diversos valores, como la reciprocidad y, fundamentalmente, la igualdad. Por supuesto, la aplicación de la fórmula de Hand nos llevaría a no tomar precauciones para proteger a otros, cuando son más costosas que beneficiosas, del mismo modo que tampoco las tomaríamos para proteger nuestros propios intereses. Nadie gustaría para evitarse una pérdida más de lo que le costaría soportarla. No obstante, como sugiere Perry, plantear la cuestión de esta manera es engañoso. Un tratamiento igual de los *intereses* no equivale a un tratamiento respetuoso de las *personas*. El problema es que, si una persona decide no tomar precauciones para evitarse a sí misma un daño, será porque el valor que perdería al tomar precauciones —o suprimir la actividad riesgosa— es mayor que el valor del daño que eventualmente debería soportar. Tomar esas precauciones sería irracional. Esto es así, debe insistirse, porque tanto los beneficios de la acción como sus costes recaen sobre *la misma persona*. En cambio, cuando, amparado por la fórmula de Hand, el agente omite precauciones, conserva los beneficios de la acción íntegramente, mientras que hace recaer sus costes sobre la víctima. Tal vez, concluye Perry, *respetar* al otro exija adoptar *al menos* las mismas precauciones que tomaríamos para nosotros mismos, pero esto no permite inferir que *nunca* se requiera adoptar un nivel de precaución mayor.<sup>73</sup>

Las ideas que subyacen a este análisis están profundamente arraigadas en el razonamiento práctico habitual. Por ello, no debe sorprendernos que las y los abogados nunca presenten su caso apelando a los beneficios que obtuvo su cliente cuando no adoptó las medidas precautorias que hubiesen evitado el daño. Es más, en algunos sistemas jurídicos, como el norteamericano, cuando se prueba que el agente dañador realizó un cálculo coste-beneficio para tomar su decisión de evitar el accidente, o no evitarlo y soportar el coste del litigio, los tribunales suelen añadir una condena de daños punitivos.<sup>74</sup> Conforme con la fórmula de Hand,

<sup>73</sup> Perry, “Cost-Benefit Analysis and the Negligence Standard”, en *Vanderbilt Law Review*, p. 896.

<sup>74</sup> White, “Risk-Utility Analysis and the Learned Hand Formula: A Hand that Helps or a Hand that Hides?”, en *Arizona Law Review*, p. 128.

una persona que realiza el cálculo previamente y decide no adoptar las precauciones porque el análisis coste-beneficio es negativo no es en absoluto culpable. ¿Por qué agravar el remedio jurídico, entonces?

Del mismo modo que resulta inadmisibles limitar las medidas razonables a aquellas que son recomendadas por un análisis coste-beneficio, también deben descartarse las posiciones que privilegian de manera absoluta el valor de la seguridad. El Tribunal Supremo español parece a veces incurrir en un exceso de esta naturaleza. Analizando la jurisprudencia, explica De Ángel Yáguez<sup>75</sup> que “[n]o basta con el cumplimiento de reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar daños, pues *si estas medidas no han ofrecido resultado positivo* —porque de hecho el daño se ha producido— *se revela su insuficiencia* y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia” —énfasis añadido—.

Hay en esta postura dos cuestiones problemáticas. La primera es que pone todo el énfasis en la indemnidad o seguridad, lo que aniquila la libertad de acción. Nuevamente, del hecho de que la adopción de precauciones eficientes no garantice que el agente haya alcanzado el estándar de diligencia exigible no se sigue que siempre deban tomarse *todas* las precauciones disponibles. Recuérdese que para poder contar con suficiente autonomía se requiere estar libre de las interferencias dañosas de terceros, pero también contar con una buena cuota de libertad de acción, lo que conlleva la imposición de riesgos a otras personas, al menos en alguna medida. La seguridad absoluta sofoca la libertad y, por ello, es un ideal poco atractivo.

La segunda cuestión problemática es que las medidas razonables, va de suyo, no son razonables solo si a la postre evitan el daño, como se implica de la tesis expuesta por De Ángel Yáguez. Precisamente, el hecho de que no estemos dispuestos a exigir siempre todas las precauciones disponibles significa que habrá algún riesgo remanente. Si ese riesgo se concreta, ello no altera el juicio de razonabilidad, que depende de si la norma de diligencia concilia adecuadamente los intereses

---

<sup>75</sup> De Ángel Yáguez, *Tratado de responsabilidad civil*, p. 134.

de indemnidad y libertad de acción. Hace a la naturaleza del riesgo —razonable o irrazonable— que este a veces se concreta. De lo contrario, la mera producción del daño sería prueba irrefutable de riesgo irrazonable y, por ello, de acción culpable. Esto, evidentemente, carece de sentido. Sabemos que hay acciones lícitas cuyo riesgo inherente causará estadísticamente daños y acciones por completo irrazonables que, por fortuna para las víctimas, serán inocuas.

La tendencia más moderna para conciliar los intereses de indemnidad y libertad de acción toma en cuenta diversos factores al evaluar la diligencia. Así, el artículo 4:102 (1) de los PETL dispone:

El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos.

Este texto sintetiza algunas de las pautas más mencionadas en la literatura. Es evidente que las aportaciones del análisis económico no son para nada desdeñadas en esta propuesta. En efecto, se admite que tanto la disponibilidad de precauciones eficaces para reducir el riesgo de la conducta como sus costes son relevantes para determinar el estándar de comportamiento exigible. En la teoría tradicional, la necesidad de sopesar el coste de las medidas con la probabilidad de daño se conoce como *principio de proporcionalidad*.<sup>76</sup>

Huelga decir que no existe una ordenación única de estos factores que resulte defendible, ni ninguna receta o método para determinar qué combinación de ellos hace que sea razonable tomar —y exigir— una precaución. El análisis debe partir de consideraciones más bien obvias sobre la manera en que estos elementos funcionan en el razonamiento. Así, mientras mayor sea la jerarquía axiológica del

---

<sup>76</sup> Reglero Campos, *op. cit.*, p. 297.

bien jurídico protegido, mayor justificación tienen las medidas adicionales. En este sentido, el riesgo sobre la integridad física amerita mayores precauciones que el riesgo sobre bienes patrimoniales. Lo mismo vale para la gravedad esperada del daño. No es lo mismo una afectación leve a la integridad corporal que una grave. Por su parte, mientras más costosas sean las medidas, más fácil es argumentar que no resultan exigibles; y así sucesivamente. Todo ello debe ser apreciado a la luz del efecto de establecer un estándar más elevado o uno más bajo: mientras más elevado sea el estándar, más se restringe la libertad de acción, pero más se protege la indemnidad; por el contrario, mientras más bajo sea el estándar, más espacio se deja para la acción individual, pero menos se protege la indemnidad.

Teniendo esto presente, pueden compartirse algunas reflexiones útiles. Toda precaución condiciona la actividad del agente, en tanto limita la amplitud con la que puede realizarse o incrementa los costes de desarrollarla. Es posible que en un determinado supuesto no haya medidas disponibles capaces de reducir sustancialmente el riesgo. Cuando ello ocurre, hay dos alternativas: permitir la actividad, pese a sus riesgos, o declararla negligente, a fin de que los agentes se abstengan de ella. También es posible que existan medidas precautorias adicionales que adoptar, pero que al exigir las la actividad deje de ser económica o socialmente viable. En todos los casos, para poder decidir correctamente, debe ponderarse el valor social de la actividad o, más precisamente, el coste social de suprimirla o limitarla. Este coste depende, entre otras cosas, de (i) cuán enraizada esté la actividad en la forma de vida de la comunidad, (ii) cuán difícil sea de sustituir en los procesos de producción y distribución de bienes y servicios y (iii) cuán importante, central o esencial sea para el mantenimiento de otras prácticas o instituciones de beneficio mutuo.

Con actividades altamente peligrosas, como correr carreras de automóviles en vías de circulación normal, la única precaución posible es suprimir la actividad. Cualquier precaución que tomen quienes conducen durante las carreras no supondrá una mejora en seguridad suficientemente significativa como para permitir la actividad. A la luz de las tres variables mencionadas, podemos asumir que correr carreras por la ciudad no aporta un especial valor social. Sus eventuales beneficios sociales no justifican los riesgos que traen aparejados. Ninguno de los

parámetros mencionados milita a favor de tolerar esta actividad y los daños que en consecuencia se produzcan. En casos tan obvios, es la autoridad legislativa quien realiza este juicio y directamente las declara ilícitas. Otras actividades que la legislación no ha considerado podrían merecer un juicio idéntico a la luz de un estándar genérico de diligencia. Imaginemos, por ejemplo, que una persona utiliza su automóvil particular para realizar su mudanza, colocando una carga de peso sustancial en el techo. A mitad del trayecto, parte de la carga se desprende y daña a un transeúnte. Supongamos que ninguna norma prohibía expresamente la actividad. De todos modos, esta puede ser juzgada injustificable a la luz del poco valor social que tiene poder transportar una carga de mucho peso en automóviles particulares en comparación con los riesgos que ello implica para la seguridad de la circulación.

En contraste con estos ejemplos, la conducción de automóviles en condiciones bien definidas —como las habitualmente consideradas en las normas de tránsito— tiene un enorme valor social. El transporte automotor es central en nuestro modo de vida y de difícil sustitución en los procesos productivos. En este sentido, si en algún punto requerir más precauciones comienza a arruinar los beneficios que aporta la actividad, entonces, tal vez, esas diligencias no deban exigirse. Esto supone que los agentes serán juzgados diligentes pese a no haber tomado esas precauciones y, por ende, que las eventuales víctimas quedarán sin compensación bajo el imperio de la regla de culpa. Sin embargo, la respuesta no puede consistir en ilegalizar —convertir en irregular— una actividad globalmente beneficiosa, es decir, beneficiosa para el conjunto de la sociedad, simplemente porque causa daños. Antes bien, corresponde a la autoridad legislativa estar atenta a estas circunstancias y establecer, si acaso, responsabilidades objetivas que subsanen ese problema. Los juicios de diligencia no pueden llegar a ese extremo para suplir la inacción legislativa.

Para terminar de exponer el punto, compárese la situación en la cual las precauciones exigidas restan valor a la actividad, con las múltiples situaciones en las cuales eso no ocurre. Un ciclista se aproxima a 20 km/h a un paso de peatones, en una calle estrecha. Su visión está obstruida por una furgoneta de reparto mal estacionada. ¿Es razonable que reduzca la velocidad a medida que se acerca a la

furgoneta? Por supuesto, un peatón podría aparecer de repente y el ciclista no tendría tiempo de reacción suficiente como para evitar el atropello. Exigir esta precaución, ¿arruina en algún sentido la actividad de circular en bicicleta por la ciudad? Evidentemente, no. A la vez, ¿redunda en una mejora de la seguridad personal de los peatones? Evidentemente, sí. Las precauciones son razonables y, por ello, exigibles en las circunstancias. El ciclista que, en las circunstancias descritas, no reduce la velocidad al aproximarse al paso de peatones obra con culpa.

Otro de los elementos fundamentales por tener en cuenta para valorar la razonabilidad de la conducta es la previsibilidad del daño. La doctrina suele considerar que esta es esencial para que el agente pueda deliberar sobre los hechos en las circunstancias en que actúa.<sup>77</sup> Sin embargo, para comprender cómo evaluar la previsibilidad, son pertinentes algunas puntualizaciones. En mi opinión, deben distinguirse dos sentidos de previsibilidad: (i) un daño es previsible en tanto es *imaginable* que pueda ocurrir y (ii) un daño es previsible en la medida en que es *esperable* que ocurra si no se toman ciertas precauciones. Obviamente, un daño puede ser imaginable pero imprevisible en el segundo sentido mencionado, porque es improbable que ocurra. A la vez, afirmar que el daño era imaginable implica que era imprevisible también en este segundo sentido. Con estas distinciones en mente, es fácil comprender que el análisis más fructífero considera la previsibilidad como expectativa de ocurrencia. Por ejemplo, el dueño de un campo deportivo infantil podría elevar sus vallas más allá de lo que es habitual, para evitar incluso daños imprevisibles, como que un balón supere una altura que sería extraordinariamente excepcional según la experiencia previa. Por supuesto que es *imaginable* que un balón pateado por una niña, niño o adolescente pueda alcanzar una altura de 50 metros, salir del estadio, golpear y dañar a una persona de gravedad. Mas una obligación de tomar precauciones para prevenir daños meramente imaginables sería muy pernicioso. Incrementaría injustificablemente los costes de la diligencia y atentaría contra nuestra libertad.

La previsibilidad, aunque es un factor importante, no es suficiente para el juicio de culpa. Hay daños previsibles, que ocurren con frecuencia, y respecto de algunos

---

<sup>77</sup> Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 95.

de ellos no estamos dispuestos a exigir ninguna precaución adicional. Un ejemplo son los pequeños daños que nos causamos cotidianamente unos a otros, como los pisotones entre los pasajeros de un tren que circula en hora pico con el aforo completo. Esto solo reitera que el juicio de razonabilidad debe conjugar *todos* los elementos mencionados. De esta manera, encontraremos casos fáciles de resolver. La persona que no toma precauciones de bajo coste para evitar un daño que es previsible sobre un bien jurídico de importancia axiológica, como la vida o la integridad física, es claramente culpable.

En cambio, no tomar precauciones de coste elevado para evitar daños de baja probabilidad, que recaen sobre bienes de escaso valor o valor moderado, no constituye culpa. Más controvertidos son los casos en los cuales las precauciones tienen bajo coste, pero el daño esperado también es de escaso valor. Aquí deberán examinarse con detalle todos los hechos del caso y habrá que argumentar qué razones hay para exigir esas precauciones, sabiendo que la intervención jurídica siempre debe estar respaldada por una razón de peso. Esto equivale a otorgar cierta primacía a la libertad de acción, sobre todo cuando la indemnidad no está seriamente comprometida.

Por último, los casos que más dudas generan son aquellos en los cuales los costes de precaución son elevados o muy elevados y el bien jurídico protegido también tiene una gran importancia axiológica. En algunos países la jurisprudencia ha rechazado decidir la cuestión a la luz de un balance entre costes y beneficios.<sup>78</sup> En igual sentido, Gregory Keating ha argumentado, muy persuasivamente en mi opinión, que la perspectiva de sufrir daños que resultan devastadores para el desarrollo de la persona, como los daños corporales, justifica elevar los estándares de diligencia mucho más allá de lo que sería exigible a la luz de la fórmula de Hand; es decir, el hecho de que evitar ese tipo de daños suponga costes considerables no exime al agente dañador de su deber de tomar precauciones.<sup>79</sup>

Siguiendo con los factores relevantes para evaluar la culpa, también tiene perfecto sentido valorar la relación de proximidad o la especial confianza entre las

<sup>78</sup> McBride y Bangshaw, *op. cit.*, pp. 238 y ss.

<sup>79</sup> Keating, "Is Cost-Benefit Analysis...", *cit.*, pp. 201 y ss.

partes y la pericia esperable en las circunstancias. Ello es así porque estos elementos son, en buena medida, constitutivos de un buen rango de relaciones sociales. En las relaciones de confianza, por ejemplo, rige un código de conducta sin el cual esa relación sería ininteligible como tal. Las precauciones que resulten exigibles en cada contexto dependen de la manera en que estas incidan, alterando positiva o negativamente la naturaleza de la relación. Así, las relaciones fiduciarias no pueden funcionar si algunas precauciones dejan de ser exigibles, en tanto la confianza no se basa solo en atributos personales de las partes, sino que está respaldada por el marco normativo que las rige, lo que justifica ciertas expectativas de comportamiento. El caso del ejercicio de la abogacía es muy ilustrativo. El cliente tiene unas expectativas bien definidas —y fundadas— sobre la conducta de su abogada o abogado. Espera que obre con lealtad y con la pericia propia de la función que desempeña. Una exigencia demasiado laxa en cualquiera de estas dos dimensiones socava el enorme beneficio social que obtenemos de establecer estos vínculos de confianza entre los miembros de la comunidad.

Son muchos los tipos de relaciones que no pueden funcionar sin confianza, sin que una parte acepte un grado de vulnerabilidad frente al otro.<sup>80</sup> Los deberes de diligencia que toman en consideración estos factores hacen racional confiar, en tanto ofrecen una garantía jurídica sobre su cumplimiento. Solo por esta razón, estos vínculos y relaciones de beneficio social pueden proliferar en nuestras sociedades modernas.<sup>81</sup>

En definitiva, como ya adelanté, no es posible desplegar ninguna fórmula cerrada para la apreciación de la diligencia, pero sí pueden apuntarse pistas suficientes sobre qué factores son relevantes y cómo pueden ser conjugados en un caso concreto. Podría dudarse de que a fin de cuentas esta reconstrucción sea realmente diferente de la postura económica. En el fondo, se dirá, la comparación sigue siendo entre los costes y beneficios de exigir unas determinadas precauciones: se comparan los costes de restringir la libertad de acción con los beneficios que se

<sup>80</sup> Miller, “The Fiduciary Relationship”, en *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, pp. 67 y ss.

<sup>81</sup> Un argumento análogo se ha utilizado para defender los deberes de lealtad en el ámbito contractual. V. Bustos Díaz, *El deber de lealtad contractual. Justificación y aplicación*, pp. 160 y ss.

obtienen en términos de mayor seguridad. ¿No puede este marco de análisis ser absorbido por una interpretación amplia de la fórmula de Hand, que incluya algo más que valores monetarios en cada lado de la ecuación? Yo creo que no.

En primer lugar, la conjugación de las variables relevantes según la teoría tradicional no responde a una lógica estrictamente agregativa. Aunque las consecuencias sociales de los juicios de diligencia son importantes —¿cómo podrían no serlo?—, no se trata de maximizar el bienestar social sino de compatibilizar diversos valores o de encontrar el compromiso más defendible entre valores que están en tensión. El tipo de análisis propuesto, a diferencia del razonamiento agregativo, económico o bienestarista —como se verá en el próximo apartado—, puede conceder especial atención a la distribución de los infortunios o a otras restricciones deontológicas. No limitan su enfoque al impacto que las reglas de diligencia tendrán sobre las perspectivas de la mayor parte de la población. Esto explica por qué podemos estar dispuestos a exigir precauciones más altas para proteger a los consumidores, aunque ello repercuta en un alza del precio de los productos que adquieren, lo que a fin de cuentas podría dejar a algunos consumidores fuera del mercado.<sup>82</sup>

En segundo lugar, la fórmula de Hand parece requerir una métrica cuantitativa. En principio, podría aceptarse que los valores incluidos en ella no sean puramente patrimoniales, pero esto sugiere que la comparación de *cuánto* se gana y *cuánto* se pierde con cada decisión es más bien metafórica. Los valores de la seguridad personal y la libertad no admiten este tipo de mediciones cardinales.

Esto nos lleva a una tercera consideración: una interpretación amplia de la fórmula de Hand, como un dispositivo para el análisis cualitativo, más que cuantitativo, haría que la postura económica no tuviese nada de característico u original. Es bastante obvio que las decisiones de este tipo deben tomarse según el balance de razones, haciendo prevalecer aquellas de mayor peso. Si esto es un análisis coste-beneficio, entonces la tesis económica es trivialmente verdadera, porque toda decisión racional —apoyada en las mejores razones— sería una decisión eficiente

---

<sup>82</sup> Papayannis, “No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 102 y ss.

o económicamente justificable, en el sentido de estar basada en una comparación entre “costes” y “beneficios” de los cursos de acción alternativos.

Por último, quisiera dedicar alguna breve reflexión a los deberes positivos de actuación. La pregunta relevante es si el juicio de culpa se extiende también a la omisión de acciones que hubiesen neutralizado un riesgo que el agente no generó. Es decir, ¿existe un deber de proteger a los demás, más exigente que el mero deber de no dañarlos?

Como es esperable, hay diversas posturas al respecto. Algunas sostienen que la responsabilidad civil impone el deber de no dañar, pero nunca de auxiliar o asistir a terceros. Por ello, afirman que solo hay responsabilidad por lo que en la doctrina anglosajona se denomina *misfeasance* —el actuar incorrecto— y no por *nonfeasance* —la mera omisión de actuar—. Una justificación filosófica interesante de esta distinción es ofrecida por Arthur Ripstein. Según Ripstein, la responsabilidad por acciones incorrectas se ajusta perfectamente al mandato de no utilizar los recursos que uno tiene en perjuicio de los demás. En cambio, la responsabilidad por meras omisiones de auxilio supondría que las personas tienen el deber de usar sus recursos en beneficio ajeno. La obligación de evitar a otras personas daños derivados de riesgos que uno no generó haría que el agente quedase sujeto a los intereses de la potencial víctima. Esto equivale a conferir a quien necesita auxilio un poder normativo sobre todas aquellas personas que se encuentren en posición de brindar asistencia o ayuda; dicho de otro modo, una persona toma las riendas de la vida de otra, pues puede disponer de su tiempo, sus recursos, etcétera, para beneficio propio. Por estas razones, Ripstein rechaza enfáticamente los deberes positivos de actuación y afirma que no se requiere ni el mínimo esfuerzo por parte del agente si el daño que sufrirá la víctima no es el resultado directo de su acción incorrecta.<sup>83</sup>

¿Es convincente este argumento? En mi opinión no lo es. Creo que una regla de exención de responsabilidad por meras omisiones sería injustificable en los casos en que el esfuerzo requerido por parte del agente es mínimo o trivial. ¿Cuál sería el

---

<sup>83</sup> Ripstein, *op. cit.*, p. 57.

valor de una norma jurídica que nos permitiese observar tranquilamente, desde un palco privilegiado, el sufrimiento de otra persona cuando podemos evitar ese sufrimiento a un coste económico o moral insignificante? Para tomar un ejemplo bien conocido, si una persona está en la playa refrescando sus pies en el mar, y de pronto observa que a un metro suyo una persona coloca a un bebé recién nacido boca abajo en el agua, con una profundidad de 30 cm, y luego se retira, el argumento de que el observador no tiene ningún deber de salvar al bebé porque él no lo colocó en esa situación es absolutamente extravagante.

¿Qué razones tenemos para aceptar una norma jurídica que rechaza la imposición de un sacrificio mínimo a los agentes para evitar graves daños a otros? Aun aceptando que cada persona debe ser dueña de sí misma y que nadie puede pretender ningún control sobre los recursos o la vida de los demás, ¿en qué sentido imponer el deber de salvar al bebé comprometería los recursos de quien observaba? ¿Cómo podría este deber hacer que el bebé tome el control de su vida?<sup>84</sup> El sacrificio que se le exige al agente es muy menor, casi inexistente en el ejemplo, y está muy acotado en el tiempo, es decir, es decididamente transitorio y no sistemático. En estas condiciones, las preocupaciones de quienes se oponen a los deberes positivos generales de actuar para evitar daños a otros parecen exageradas.<sup>85</sup>

De manera coincidente con este argumento, la jurisprudencia estadounidense ofrece algunos ejemplos en los que los tribunales juzgaron que a las partes demandadas les eran exigibles deberes positivos, claramente definidos, de evitar daños a otros y, por consiguiente, atribuyeron responsabilidades por la mera omisión de actuar. Además, como se sugiere en algunos textos, las excepciones a la regla de no responsabilidad por mera omisión, y sus múltiples interpretaciones y extensiones, podrían haber creado un deber general de actuar en todas las circunstancias en las que una persona razonable estaría inclinada a hacerlo.<sup>86</sup> Otra

<sup>84</sup> Steel, "Saving Private Wrongs", *Jerusalem Review of Legal Studies*, pp. 11-12.

<sup>85</sup> Para un desarrollo más amplio del tema, V. Garzón Valdés, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 23 y 24.

<sup>86</sup> Dobbs et al., *Hornbook on Torts*, pp. 616-617.

postura sostiene que, más allá de la importancia de estos casos en la jurisprudencia, la regla por defecto sigue siendo que no hay un deber de rescate.<sup>87</sup>

Pese a la controversia, es claro que el deber de comportarse como una persona razonable en las circunstancias es suficientemente amplio como para incluir el deber de los agentes de actuar en situaciones de riesgo que ellos no crearon. Así y todo, sería conveniente contar con una formulación precisa de estos deberes, ya que toda vaguedad en este punto es potencialmente peligrosa. En esta línea, una propuesta bien articulada de los deberes positivos de actuación se encuentra en el artículo 4:103 de los PETL:

Puede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si así se establece legalmente, si quien actúa crea y controla una situación de peligro, si existe una especial relación entre las partes o si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de tal deber.

En esta propuesta, se distinguen varios supuestos. El primero es que la propia legislación establezca el deber. En este caso, la autoridad legislativa podrá acertar o errar al imponer el deber, pero no se traslada a los aplicadores del derecho el problema de determinar su existencia. En el segundo supuesto, el agente crea y controla el riesgo. En mi opinión, una interpretación estricta del estándar de la persona razonable ya abarca estas situaciones, dado que una vez generado el peligro para otros comienza la responsabilidad por ello. Evidentemente, quien luego de crear el riesgo se desentiende de él, incumple su deber de diligencia. Si una persona tiene un deber de no crear riesgos irrazonables, también tiene el deber de controlarlos o mitigarlos una vez que los ha creado. Sería absurdo sostener que Axileas tiene el deber de no iniciar un incendio, pero afirmar a la vez que no tiene el deber de apagarlo una vez que lo ha iniciado. Si el incendio ya se hubiera descontrolado, la persona todavía tendría el deber de apagarlo. Por cierto, estando en peligro su vida, tendría una excusa —aunque no una justificación— para no intentar sofocarlo. El tercer supuesto es aquel en el cual existe una relación especial entre las partes. Entre otros, este podría ser el caso de las obligaciones

---

<sup>87</sup> Goldberg y Zipursky, *op. cit.*, p. 119.

contractuales y los deberes que surgen de la buena fe.<sup>88</sup> Por último, el cuarto supuesto lo constituyen los casos de *easy rescue*, que son los que he mencionado anteriormente. Estos tienen las siguientes características: (i) la potencial víctima enfrenta un peligro grave e inminente, (ii) el agente no contribuyó a crear la situación de peligro y (iii) el daño puede evitarse realizando un sacrificio trivial —lo que implica que el deber puede cumplirse sin peligro para el agente y sin incurrir en costes económicos o morales elevados—.

### VIII. Variabilidad del estándar aplicable

Como se mencionó en el apartado III, los sistemas jurídicos incorporan habitualmente varios estándares de conducta, cada uno aplicable en diversas circunstancias. El estándar de la persona razonable es, por decirlo de alguna manera, el estándar por defecto, el que rige para todos los asuntos ordinarios de la vida, en la medida en que la legislación o la jurisprudencia no hayan establecido un estándar diferente.

Desde el derecho romano se han empleado diversos estándares para juzgar el comportamiento.<sup>89</sup> Las categorías de la culpa grave, leve o levísima, precisamente, tienen por función fijar distintos niveles de exigencia en cada contexto. Allí donde se responde únicamente por culpa grave el estándar es más bajo que cuando se responde por culpa leve, y esta última supone menos exigencia que la responsabilidad por culpa levísima. Actualmente, las nociones han pasado un poco de moda, aunque muchos códigos civiles conservan la terminología para atenuar la responsabilidad en algunos contratos, como el depósito gratuito, en el cual el depositario solo responde por culpa grave.

El paulatino abandono de esta clasificación tripartita es positivo, pues induce a confusión. Del hecho de que una persona incumpla el estándar de culpa grave no se sigue necesariamente que su culpa sea grave, del mismo modo que si incumple

<sup>88</sup> Widmer, *op. cit.*, p. 129.

<sup>89</sup> Para un recuento histórico de la graduación de la culpa, V. Badosa Coll, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, pp. 730 y ss.

el estándar de culpa levisima no necesariamente su culpa es levisima. El discurso en torno a la graduación de la culpa incurre en una importante ambigüedad. Una cosa es establecer el estándar exigible y otra juzgar el grado de apartamiento del estándar exigible, es decir, si el agente se apartó de manera severa o no de ese patrón que le era requerido. La idea original en el derecho romano apuntaba a lo primero, a establecer distintos niveles de exigencia. La culpa grave consistía en omitir las precauciones que hubiese tomado incluso una persona con un grado importante de desaprensión, en no haber previsto ni siquiera lo que era previsible para la persona menos atenta. La culpa leve tomaba como parámetro al buen padre de familia. Finalmente, la culpa levisima tenía lugar cuando no se actuaba como un extraordinario o “diligentísimo padre de familia”.<sup>90</sup>

Nótese que, a su vez, podemos tomar cada estándar y determinar que el apartamiento de la conducta debida es significativo o no, dando lugar a apartamientos graves, leves o levisimos. Supongamos que en determinada situación a Axileas le es exigible el estándar de culpa levisima. Si Axileas se comporta como un buen padre de familia, se aparta del estándar exigible, porque, aunque toma una buena cantidad de medidas, omite las medidas excepcionales que hubiese tomado un muy buen padre de familia. ¿Es este incumplimiento grave? En principio, diría que no. Sería grave si debiendo tomar medidas excepcionales no toma ni siquiera las que hubiese tomado un buen padre de familia. Podemos decir, entonces, que su apartamiento del estándar de culpa levisima es leve. Ahora bien, si las mismas acciones de Axileas se juzgasen con el estándar de culpa leve, Axileas no sería culpable. Esto muestra que la terminología tradicional induce fácilmente a confusiones entre el nivel de exigencia normativa y el grado de apartamiento o incumplimiento del agente cuya conducta se evalúa.

Uno podría preguntarse por qué es relevante calificar el incumplimiento o apartamiento del estándar como *grave*. Como se explicó en la sección II, en el derecho contemporáneo esta cuestión interesa, por ejemplo, a efectos de definir la extensión de la responsabilidad, de aplicar los daños punitivos o de hacer improcedente la reducción de la indemnización por razones de equidad, allí donde estas figuras

---

<sup>90</sup> Orgaz, *op. cit.*, p. 125.

están consideradas. En este contexto, decir que un individuo obró con culpa grave significa que se aprecia una distancia considerable entre la conducta exigible —sea el estándar alto, medio o bajo— y la efectivamente desplegada por la parte demandada. Si el estándar era exigente, es decir, se le pedía a la persona ser extremadamente sensible al bienestar ajeno y, por el contrario, tomó pocas precauciones, su incumplimiento es grave. Pero también podría serlo si se le pedía poco —con un estándar bajo como el de la culpa grave— y no tomó *ninguna* precaución. De todas formas, nótese que mientras más bajo es el estándar, más difícil es que el incumplimiento sea juzgado grave. Cuando se pide poco y la parte demandada hace menos, es dudoso que proceda calificar la culpa como *grave*, pese a que el estándar lleva ese nombre. Esto es así porque, de lo contrario, cuando el estándar es la culpa grave, todo incumplimiento ameritaría daños punitivos. El contrasentido de tal interpretación es obvio, ya que, al establecer un estándar normativo poco exigente —como la culpa grave—, la autoridad legislativa pretendía reducir el ámbito de la responsabilidad, no endurecerlo. A efectos de los daños punitivos, la culpa relevante es aquella lindante con el dolo, la que evidencia un serio desprecio por los intereses de la víctima.

El dolo es interesante porque es a la vez el estándar de cuidado menos exigente y la forma de apartamiento más grave posible. Es el estándar menos exigente ya que, si fuese el único fundamento de la responsabilidad en un contexto dado, la parte demandada todavía no sería responsable, aunque omitiera toda precaución, hasta que no se probase que tenía la intención de causar el daño. Por su parte, para ver por qué el obrar doloso constituye el apartamiento más grave del estándar de conducta, comparemos la estructura de las normas de diligencia y la estructura de la acción dolosa.

### **Estructura de las normas de diligencia**

- “Axileas debe hacer  $\varphi$  a efectos de que no se produzca el daño D”.

### **Estructura de la acción dolosa**

- “Axileas omite  $\varphi$  con miras a que se produzca el daño D” o
- “Axileas omite  $\varphi$  y, además, realiza  $\omega$ , con miras a que se produzca el daño D”.

Como resulta evidente, quien obra con dolo atenta de manera explícita contra el propósito que justifica las normas de diligencia. Las infringe porque ello es instrumental para lograr el resultado dañoso que la norma pretende evitar. En este sentido, el agente desafía frontalmente la autoridad del derecho. El daño doloso, por ello, no solo exhibe un grave desprecio por los derechos de la víctima, sino también por las normas de la comunidad. Es un caso claro de comportamiento antisocial.

La confusión entre el nivel de exigencia de la norma y el grado en que la conducta se aparta del estándar exigible puede superarse prescindiendo de la clasificación tripartita del derecho romano. Actualmente, lo más común no es formular los estándares haciendo referencia a la gravedad de la culpa, sino a categorías bien especificadas de personas de las cuales es esperable una mayor o menor pericia, atención, prudencia o cuidado. Así, la multiplicidad de estándares tiene dos funciones opuestas: (i) atenuar las exigencias para algunos colectivos, como niñas, niños y adolescentes y personas con ciertas discapacidades; y (ii) agravar las exigencias para los grupos especialmente preparados, como las y los profesionales, o que tienen responsabilidades especiales, como los padres, madres o personas que ejercen tutela.<sup>91</sup>

Los estándares diferenciados gozan de un amplio respaldo teórico. Hay razones económicas y de justicia que recomiendan sujetar a ciertos grupos a estándares más elevados y a otros a estándares menos exigentes. Desde el punto de vista económico, la edad y la discapacidad física suponen de manera general una habilidad inferior que la ordinaria para tomar diligencias. \*\* Puede decirse que, para estos grupos, el coste de las precauciones es más alto que para la persona adulta que no vive con alguna patología, enfermedad o discapacidad.<sup>92</sup> Por ello, si se las

---

<sup>91</sup> En el caso del Código Civil Federal de México —art. 1922—, la responsabilidad de los padres o tutores por los daños que causan quienes están bajo su supervisión es muy exigente, ya que deben probar que les fue *imposible* evitar el daño.

\*\* Sin embargo, de acuerdo con el modelo social de la discapacidad, esta no supone que las personas tengan alguna habilidad inferior, sino que es la sociedad la que origina las causas de la discapacidad, en el sentido de que impone diversas barreras a las personas. Para profundizar en este tema, V. SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1368/2015, de 13 de marzo de 2019.

<sup>92</sup> Evidentemente, esto no se aplica a las medidas que, como los extintores de incendios, los frenos o los cinturones de seguridad, tienen un valor de mercado idéntico —o casi idéntico— para cualquier persona que las compre.

sujetase al estándar de la persona razonable, quienes tengan condiciones diversas que la media encontrarán más caro o difícil satisfacer el estándar y, para evitar que se les responsabilice por daños, podrían invertir más recursos de lo aconsejable o, alternativamente, retirarse de actividades que son socialmente valiosas. En el caso de las niñas, niños y adolescentes, por ejemplo, los padres tendrían incentivos para restringir —tal vez en demasía— la libertad de sus hijas o hijos, lo que implica suprimir experiencias esenciales para la sociabilidad, como la relación fluida con otras niñas o niños del barrio. En el caso de las personas con discapacidad, por razones similares, también podría limitarse en exceso su interacción social, al encontrar que las reglas de juego son demasiado exigentes.

Por el contrario, quienes tengan una posición con mayor ventaja que la media, como las y los profesionales, encontrarán menos costoso cumplir con la diligencia exigida a la persona razonable. El problema es que, aunque puedan reducir todavía más los riesgos de las actividades en que participan, sin generar ningún coste social desproporcionado, en ningún caso lo harán. Invertir en precauciones más allá de lo jurídicamente exigible supone un coste personal adicional que no les reporta ningún beneficio. Satisfecho el estándar de la persona razonable, el agente se libera de responsabilidad. ¿Por qué adoptar más precauciones? Dado que los únicos beneficios de las precauciones adicionales repercuten exclusivamente sobre la seguridad de las víctimas, solo un agente altruista las adoptaría. Para solucionar este problema de incentivos, los sistemas jurídicos suelen requerir a las y los profesionales un comportamiento conforme al nivel de conocimientos y habilidades que les son exigibles.<sup>93</sup>

Siendo esto así, ¿qué justificación tiene el estándar de la persona razonable? Es más, desde una perspectiva puramente económica, deberíamos repensar la justificación de contar con estándares objetivos —sea el de la persona razonable, el del menor de edad razonable o del buen profesional—. Una vez que se reconoce que las personas tienen distintas habilidades y que lo eficiente sería pedir a

---

<sup>93</sup> El artículo 1725 del Código Civil y Comercial argentino eleva el estándar de manera genérica con la siguiente fórmula: “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”.

cada una lo que pueda dar, ni más, ni menos, ¿por qué no se juzga caso a caso qué capacidad de evitación tenía la persona demandada en concreto?

La respuesta se encuentra en los costes de determinar en cada caso si la parte demandada tenía o no las habilidades necesarias para evitar el daño que se produjo; ello incrementaría enormemente los costes del litigio.<sup>94</sup> Generaría también un amplio margen de error, lo que a su turno introduciría una buena cuota de incertidumbre jurídica. Eso también repercutiría negativamente en la capacidad de las reglas de diligencia para coordinar las interacciones sociales. ¿Quién debe tomar qué medidas en cada momento? Si esto no está claro, no puede nunca alcanzarse un nivel óptimo de seguridad. Por lo tanto, los estándares deben ser objetivos.

Pero ¿cuántos estándares objetivos debemos tener? Podríamos tener distintos estándares para niñas y niños, para niñas y niños menores de siete años, de entre siete y trece años, y mayores de trece años, pero menores de dieciocho. Podríamos tener infinitos estándares, cada vez más refinados, pero siempre objetivos, en el sentido de que no se evaluaría en cada caso concreto si la persona demandada es capaz de alcanzar ese estándar. ¿Cuál es el límite de la subcategorización?

La subcategorización también está limitada por los costes de decidir, legislativa o judicialmente, las categorías relevantes y luego aplicarlas a un número indefinido de casos. Mientras más subcategorías haya, más margen de error en la aplicación y más incentivos reciben las personas para intentar encajar en una subcategoría menos exigente, a fin de ahorrarse costes de precaución y evitar responsabilidades. Por otra parte, y más importante todavía, las subcategorías reconocidas no pueden ser opacas para las personas que interactúan en la comunidad, es decir, no deben nunca ir más allá de lo que es notorio para ellas. Esto es así porque de lo contrario sería imposible la coordinación social respecto de quién tiene el deber de tomar qué precauciones.

Así, es buena idea tener un estándar especial para niñas y niños conforme con el cual se les sujetará a las exigencias razonables para alguien de su mismo rango

---

<sup>94</sup> Landes y Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, pp. 126-127.

etario, tal como ocurre en muchos países.<sup>95</sup> Con algunas cautelas, también puede decirse que es buena idea tener estándares específicos para las personas con algunas discapacidades, sobre todo *físicas*;<sup>96</sup> por último, también es buena idea que las y los profesionales, cuando actúan como tales, sean juzgados por las reglas de su ámbito de incumbencia.<sup>97</sup> En todos los casos, estos grupos tienen habilidades —más altas o más bajas— que son públicamente apreciables por cualquier persona. Imaginemos que un conductor se aproxima a una zona en la que unos niños están jugando fútbol. De acuerdo con el estándar de la persona razonable, es imprudente lanzarse intempestivamente al medio de la calle tras la pelota; pero, tratándose de niños, esto es algo esperable en la situación. La carga de evitación recae sobre el conductor antes que sobre los niños. Lo mismo si el conductor se aproxima a una intersección con semáforo en verde, pero aprecia que una persona con discapacidad visual, con sus gafas oscuras y su bastón blanco, sin encontrar a ninguna otra persona que pueda asistirle, se dispone a cruzar la calle. La discapacidad es notoria y no es razonable pedirle que espere tanto tiempo como sea necesario hasta que alguien más lo ayude a cruzar. Corresponde al conductor reducir la velocidad y estar atento a las acciones del otro. Este tipo de análisis puede extenderse a casos como los de personas en sillas de ruedas, personas en muletas o que por su avanzada edad es previsible que se enfrenten a barreras de movilidad similares.

En ningún caso debe pensarse que los estándares reducidos son una autorización para obrar de manera irrazonable.<sup>98</sup> Una persona con discapacidad visual importante no podrá argumentar que su acción de atropellar a otra persona mientras montaba en bicicleta no es culpable porque, dadas sus habilidades reducidas, no le era exigible que viese al peatón. Precisamente, dadas sus habilidades reducidas, de las cuales es plenamente consciente, actuó con negligencia en el momento

<sup>95</sup> V. Martín-Casals, “Comparative Report”, en *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, p. 428.

<sup>96</sup> V. el Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010), § 11, referido a la discapacidad física. El inciso a) dispone: “La conducta de un actor con discapacidad física es negligente solo si no se conforma a la de una persona razonablemente prudente con la misma discapacidad”.

<sup>97</sup> Esto es lo que usualmente se denomina *lex artis*. Para un buen análisis crítico de la noción en la responsabilidad médica, V. Vázquez, “*Lex artis* médica. Acerca del conocimiento experto para determinar el estándar de conducta en la responsabilidad médica”, en *Filosofía del derecho privado*, pp. 431 y ss.

<sup>98</sup> Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo 1*, pp. 207-208

mismo en que comenzó a circular en bicicleta por la ciudad. En igual sentido, una sentencia estadounidense afirmó claramente que el debido cuidado exige realizar un esfuerzo razonable para contrarrestar la propia discapacidad.<sup>99</sup>

En lo que hace a las y los profesionales, tienen una capacidad mayor de evitación, y el estándar más elevado que les es aplicable les brinda un incentivo para tomar esas diligencias que escapan a las posibilidades de la persona media. También en este caso de las y los profesionales, sus habilidades son identificables a bajo coste, no siempre para la población general, pero sí para las personas juzgadoras que deberán evaluar si su comportamiento fue razonable en las circunstancias.

En todos los casos, el elemento esencial que permite aplicar el estándar diferenciado es que la discapacidad sea apreciable a simple vista y, al hacerlo, reaccionar en consecuencia adaptando su diligencia a la situación. Cuando la identificación del agente como parte de un colectivo con habilidades distintas que la media pueda realizarse de manera no problemática, no se producen incertidumbres, no se encarecen los costes de litigar ni se socavan las reglas de interacción. Más bien, los estándares diferenciados cohesionan más a los miembros de la sociedad, en tanto emiten el mensaje de que todas las personas debemos ser sensibles, receptivas, a las capacidades y necesidades de los demás, y adecuar nuestras expectativas y nuestras acciones al contexto. Esto explica una reticencia generalizada a someter a un estándar diferenciado a las personas con alguna discapacidad intelectual.<sup>100</sup> Este tipo de discapacidad, normalmente, no puede ser apreciado de manera pública, no es notorio a simple vista y, por ello, sí generaría los problemas que he señalado anteriormente.

Ahora bien, que el miembro del colectivo sea identificable de manera no problemática es un criterio insuficiente para recomendar la subcategorización. Como surge del análisis de Mayo Moran, la subcategorización puede tener consecuencias discriminatorias cuando las clases son identificadas —o creadas— por consideraciones moralmente irrelevantes. En el *common law*, por ejemplo, algunos

<sup>99</sup> *Poyner vs. Loftus*, 694 A.2d 69 (D.C. Ct. App. 1997).

<sup>100</sup> Martín-Casals, “La responsabilidad civil de las personas...”, cit., p. 72.

tribunales han exigido a las niñas que sean extremadamente precavidas a fin de evitar riesgos desconocidos y mantenerse en la absoluta seguridad. Por consiguiente, la culpa concurrente de la víctima es aplicada con mayor frecuencia sobre las niñas que sobre los niños que sufren accidentes.<sup>101</sup> Esta distinción, basada simplemente en la idea de que las mujeres obedecen —y deben obedecer— a cierto patrón de conducta más recatado o prudente, y los niños son más temerarios y descuidados, sujeta a las niñas a estándares normativos más exigentes y a expectativas sociales que perpetúan los roles con base en el género.

Pero la cuestión de los roles no es el único problema. El estándar diferenciado en este caso empeora las perspectivas generales de las niñas, tanto en lo que hace a su integridad física como a su situación patrimonial. Dado que en general ellas son simultáneamente agentes pasivos y activos de riesgos al jugar con otros niños, cuando son víctimas, es más probable que, según el estándar mencionado en el párrafo anterior, su conducta sea juzgada culpable y, por tanto, no logren obtener una reparación plena. A la vez, cuando son demandadas por daños, dada la mayor exigencia, es probable que sean consideradas culpables y que deban indemnizar. En definitiva, un estándar de diligencia más elevado para las niñas produce un quebrantamiento de la igualdad respecto de los niños. Estos efectos obviamente han de ser evitados, identificando que la clase relevante son los menores de edad, con independencia del género.

Mas también podría ocurrir lo contrario: que la falta de subcategorización sea absolutamente regresiva para un colectivo desaventajado. Esto ocurre con las personas en situación de pobreza extrema. En esas condiciones, el estándar objetivo de la persona razonable afecta de manera más severa a quienes menos tienen. Veamos un ejemplo. Supongamos que Axileas y Xenofonte están sujetos a un mismo estándar de diligencia respecto de las inmisiones tolerables en las relaciones de vecindad. Para ajustarse a los niveles permitidos, deben invertir trescientos euros mensuales en precauciones.\*\*\* Axileas tiene un ingreso mensual de seis mil

---

<sup>101</sup> Moran, "The Reasonable Person: A Conceptual Biography in Comparative Perspective", *Lewis & Clark Law Review*, pp. 1247-1248.

\*\*\* Aproximadamente seis mil pesos mexicanos.

euros y Xenofonte de mil.\*\*\*\* Evidentemente, para ser diligente Xenofonte debe invertir 30% de su ingreso mensual, mientras que Axileas solo debe invertir 5%. A medida que la distancia entre los ingresos se acrecienta, los efectos regresivos del estándar se agravan.<sup>102</sup>

La jurisprudencia argentina ha tenido que resolver en los últimos años distintos casos de accidentes entre conductores —a veces privados, a veces de transporte público— y recicladores informales. Los recicladores informales se dedican a la recolección de papel, metal, vidrio y otros residuos urbanos que luego venden a quienes los destinan al reciclaje. Obviamente, trabajan de manera independiente y sin cobertura legal. Son personas en situación de pobreza, que no tienen otras alternativas para procurarse el sustento, y circulan por la calzada empujando carros, en ocasiones de dimensiones considerables, en los que cargan lo que van recolectando. Como es de esperar, algunos recicladores informales resultan atropellados en el desarrollo de su actividad, y la cuestión es determinar si su comportamiento es razonable o, por el contrario, es culpable.

Existen sentencias que han decidido en estos casos que la conducta del reciclador informal es culpable.<sup>103</sup> Se enfatiza que el reciclador decidió voluntariamente dejar de ser peatón y, por ello, asume el riesgo de circular por la calzada, donde no tiene ninguna prioridad. Además, suelen mencionarse circunstancias como la ausencia de elementos refractarios en la nocturnidad o el color oscuro del carro utilizado, lo que es sin duda relevante para evaluar la culpa de la víctima. Estas decisiones, cuando se leen los hechos completos de los casos, no parecen contrarias a derecho. En efecto, se trata de casos complejos, puesto que los recicladores informales introducen un riesgo difícil de anticipar y neutralizar por los conduc-

---

\*\*\*\* Aproximadamente ciento veinte mil pesos mexicanos para Axileas y veinte mil pesos mexicanos para Xenofonte.

<sup>102</sup> Keren-Paz, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, p. 91.

<sup>103</sup> Más allá de la diferencia en los hechos de cada caso, *V. entre otros*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, *Gómez, Ramón Luis vs. Minardi, Esbean Fortunato* (21/3/2006); Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, C., A. M. *por sí y en representación de sus hijos J. L., L. M., C. O., J. G. A., M. E. y E. J. E. F vs. Ferreyra, Alejandro Raúl* (28/5/2010); y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, *Pacheco, Raúl Antonio vs. Transporte Gral. Tomás Guido S.A.C.I.F. y otros s/daños y perjuicios* (7/8/2009).

tores. Todo ello varía de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar: si era de noche o de día, las condiciones climáticas, si el reciclador, como en uno de los casos, sale intempestivamente a la calzada de entre dos automóviles estacionados, etcétera.<sup>104</sup>

Siguiendo con el análisis, y más allá de los detalles concretos de cada caso, hay dos cuestiones de principio que son importantes. La primera es que, como se expresa en una de las sentencias citadas, “[r]esultaría contrario al principio de razonabilidad de la ley que quien la cumple sea condenado a indemnizar al que no lo hace”. La segunda es que aun quien decide dejar de ser peatón “debe como mínimo asegurarse que por el sitio no circulen automotores para no poner en peligro su vida y la de terceros. Esto hace al juicio de valor, que debe encontrarse en todos los hombres, ser común a todos ellos y que radica en el juicio común o en el instinto o en el sentido común de la humanidad”.<sup>105</sup>

Respecto de lo primero, es interesante resaltar que, si se adoptase un estándar de diligencia sensible a la riqueza, el reciclador informal no habría incumplido la ley simplemente por contrariar las normas de tránsito. La evaluación de la conducta debería determinar si era exigible en esas circunstancias que un reciclador informal adoptase las mismas precauciones que adoptaría una persona que no necesita circular por la calzada para realizar la actividad económica que le permite subsistir. De hecho, con base en la lectura igualitaria del estándar, sería una petición de principio afirmar sin más que el reciclador informal incumplió la ley: las diligencias ordenadas por la ley de tránsito se referirían solo a la conducta del hombre medio. Por tanto, precisar las diligencias exigibles a quien tiene una necesidad económica extrema requiere de un juicio global de razonabilidad en *las circunstancias de carencia* en que se encuentra el reciclador informal.

Respecto de la segunda cuestión, parece irrazonable exigir al reciclador informal que verifique que por la calzada no circulan automóviles, por la sencilla razón de que se supone que por la calzada deben circular. Obligarlo a retirarse cada vez

<sup>104</sup> V. capítulo VI, apartado III, de este manual.

<sup>105</sup> V. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, *op. cit.*

que pase un automóvil, si ello fuera posible, impondría una restricción a la actividad que la haría inviable. En efecto, la pregunta es cómo distribuimos el uso de la calzada y los riesgos derivados de los usos potencialmente incompatibles. Un modo de ver el asunto es que el reciclador informal asume un riesgo para su persona, y como asume ese riesgo mediante la acción incorrecta, debe soportar también las consecuencias dañosas. Otro modo de verlo concede que la asunción del riesgo por parte del reciclador informal está condicionada por la situación de injusticia social a la que se enfrenta. A fin de mitigar esa injusticia, podría liberársele al menos parcialmente de ese riesgo, mediante la compensación de daños. Obviamente, estos costes son trasladados a los agentes dañadores. Así, uno de los costes de circular por la calzada para los automovilistas estaría dado por las indemnizaciones que deben pagar —mayormente canalizadas por el seguro obligatorio— a quienes circulan por la calzada por no tener alternativas razonables de subsistencia.

Es importante comprender que no se trata de *excusar* a quienes se encuentran en situación de pobreza cuando incumplen los deberes del “hombre razonable”, ni tampoco de justificar su conducta con una suerte de estado de necesidad. Se trata de aceptar que es *irrazonable exigir al reciclador informal o la persona sin medios económicos el mismo nivel de precauciones que al resto*. Es irrazonable pretender que una persona en situación de pobreza extrema reduzca la frecuencia de su actividad —es decir, que deje de circular por la calzada, en el caso de los recicladores informales— para evitar daños materiales, como los daños a los automóviles que los embisten y, eventualmente, un aumento en la cuota del seguro, cuando esta sea ajustada por un incremento en el índice de siniestralidad. Puestas las cosas en perspectiva, la propuesta no consiste en *perdonar* la culpa del reciclador informal, sino en reconocer que un esquema razonable no lo consideraría culpable por el mero hecho de circular por la calzada en contra de lo dispuesto en las normas de tránsito. Su estándar sería más bajo, pero no inexistente: todavía algunas consideraciones, como la ausencia total de elementos refractantes —que tienen bajo coste— o la circulación en contramano en zonas de baja visibilidad podrían constituir culpa de la víctima y, por consiguiente, reducir o hasta excluir la responsabilidad de la parte demandada. La propuesta, en el fondo, toma en

serio que la razonabilidad de la conducta depende de las circunstancias de *persona, tiempo y lugar*.<sup>106</sup>

Los estándares sensibles a la igualdad son, como no puede ser de otra manera, altamente controvertidos. Las posiciones más tradicionales los rechazan enfáticamente. Sin embargo, en el contexto europeo se ha logrado algún consenso en lo que hace a la posibilidad de adaptar el estándar de la persona razonable en casos excepcionales. El artículo 4:102(2) de los PETL da ocasión a ello en los siguientes términos:

El estándar anteriormente indicado [el de la persona razonable mencionado en el inciso 1] puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica [*sic*] o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla.

Este texto se refiere a la persona demandada concreta y no a la creación de nuevos estándares de aplicación general a un determinado grupo de personas. ¿Podría la situación de pobreza ser considerada en el caso concreto, aun cuando no hubiera una cláusula genérica que redujese las exigencias para las personas en situación de precariedad? No hay ninguna razón para pensar que los redactores de los PETL tuvieran esto en mente al acordar el texto. Sin embargo, la mención de las *circunstancias extraordinarias* que se realiza sobre el final constituye una evidente pauta abierta que tampoco impediría, como cuestión lógica o semántica, entender que una persona concreta pueda beneficiarse de esta adaptación, dada su situación de extrema pobreza.<sup>107</sup> Ello será relevante cuando se evalúe su diligencia a efectos de aplicar la eximente de culpa de la víctima —y, así, reducir la indemnización por los daños que sufre—, antes que para eximirlo de responsabilidad por los daños que causa. Lo más habitual será que nadie demande a las personas que

<sup>106</sup> He tomado el argumento igualitario de Papayannis, *El derecho privado...*, cit., pp. 257 y ss.

<sup>107</sup> Al analizar esta cuestión en la jurisprudencia italiana, Guido Alpa —*La responsabilidad civil. Parte general. Tomo 2*, p. 345— incluye en las “características subjetivas del causante del daño” sus condiciones físicas, psíquicas y sociales. Ciertamente, no puede decirse que esté pensando en los casos de situación de pobreza, pero la referencia a las condiciones sociales en un análisis más subjetivo —o concreto— de la culpa parece que hace ineludible tenerla en cuenta.

no tienen medios económicos, puesto que los costes esperados del litigio exceden los beneficios esperados de una eventual sentencia condenatoria.

## IX. Prueba de la culpa

En este último apartado, trataré muy brevemente el problema de la prueba de la culpa. La prueba de los hechos es una cuestión de enorme complejidad teórica, y no pretendo aquí abordarla en profundidad,<sup>108</sup> sino solo resaltar algunas peculiaridades que quienes aplican el derecho deben tener presentes en lo que se refiere al factor subjetivo.

### 1. La prueba del dolo y de la culpa

Como se explicó en la sección II, el dolo en su concepción más moderna incluye tanto la intención de causar el resultado dañoso como el obrar con manifiesta indiferencia por el bienestar, los intereses o los derechos de la víctima. En lo que hace a la intención de causar el daño, el dolo es un estado mental y, por ello, subjetivo. En cambio, el dolo como indiferencia por los derechos ajenos no implica necesariamente la presencia de ningún estado mental. En este último sentido, la prueba del dolo debe ser abordada del mismo modo que la prueba de la culpa. Me centraré primero en el dolo como intención de causar el resultado dañoso.

En esta acepción, la prueba del dolo requiere siempre indagar en un hecho psicológico, lo que genera dudas de cómo es posible acceder a este. El derecho enfrenta este problema no solo con la prueba del dolo, sino cada vez que debe apreciarse si el agente obró de mala fe, con ánimo de lucro, con emoción violenta, con error excusable, entre muchísimos otros supuestos. El dolo, al igual que estos otros estados mentales, no es comprobable mediante una observación directa. Pero ello no significa que sea epistémicamente inaccesible, ya que puede ser *inferido* de otros hechos que podemos observar directamente. El conocimiento del dolo, en este sentido, es indirecto.<sup>109</sup>

<sup>108</sup> Sobre la prueba de los hechos en general, V. Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*.

<sup>109</sup> Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, pp. 71-72.

Que el conocimiento sea indirecto solo significa que su constatación depende de una inferencia inductiva, realizada a partir de otros hechos y algunas máximas de experiencia. Esto no es exclusivo de los estados mentales. También los hechos externos que no presenciamos son comprobados mediante un mecanismo inductivo análogo. Imaginemos que Axileas aparece con la cara salpicada de sangre de Xenofonte y con un arma en su mano. Luego descubrimos que Xenofonte ha sido asesinado de un disparo en la cabeza, ejecutado a corta distancia; la bala que mató a Xenofonte, indica la pericia, fue disparada con el arma que Axileas tenía en su mano; la prueba de parafina sobre el cuerpo y ropa de Axileas arroja un resultado positivo... Resulta indiferente cuánta información se agregue y cuán alto sea el grado de fiabilidad aportado por cada elemento adicional, al final, la conclusión de que Axileas mató a Xenofonte no estará probada directamente —si acaso alguna proposición lo está—, sino que será el resultado de una inferencia a partir del conjunto de elementos de prueba y algunas máximas de experiencia, lo que incluye también leyes científicas.<sup>110</sup> Así las cosas, el razonamiento probatorio nos permitirá atribuir un grado de confirmación a la premisa fáctica, más alto o más bajo, según el caso, pero nunca certeza. Esto es así en los hechos externos y también en lo que tiene que ver con la prueba de estados mentales.<sup>111</sup>

Tal vez este análisis no termine de ser convincente, porque obvia una diferencia fundamental entre los hechos externos y los estados mentales. Así, mientras que el disparo de Axileas a Xenofonte puede ser observado externamente, la intención que Axileas tuvo de matar a Xenofonte es siempre inobservable. En el caso concreto no hubo nadie presente para ver que Axileas disparaba a Xenofonte en la cabeza, pero podría haber habido alguien. En cambio, nunca nadie podrá *presenciar*, tener acceso directo a la intención de Axileas de matar a Xenofonte. ¿Supone esto un escollo insalvable? La respuesta es negativa. Es posible atribuir fundadamente una intención a una persona cuando, contando con información suficiente, la intención de lograr el resultado que se produjo es la mejor explicación de su conducta en el contexto en el cual fue realizada. Ello supone descartar

---

<sup>110</sup> González Lagier, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, pp. 61 y ss.

<sup>111</sup> Para una explicación más detallada, V. *ibid.*, pp. 71-72; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, pp. 26 y ss.; y Gascón Abellán, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

que se haya tratado de un acto reflejo u otras explicaciones más convincentes de los actos externos de la persona a la luz de otros propósitos distintos de causar la muerte. En principio, salvo que se pruebe irracionalidad de la parte demandada, debe asumirse que sus acciones han sido elegidas por ser medios idóneos para el resultado obtenido. Si Axileas hubiese disparado al aire, podría descartarse que haya tenido la intención de matar a Xenofonte, porque disparar al aire no es el medio más idóneo para causar ese resultado. En cambio, si Axileas disparó directamente a la cabeza de Xenofonte a corta distancia, podemos asumir que nadie que no tenga la intención de matar realiza esa acción de ese modo. Esto es lo que González Lagier<sup>112</sup> denomina *principio de racionalidad mínima*. Por otra parte, deben buscarse razones adicionales que apoyen la hipótesis de que Axileas mató intencionalmente a Xenofonte. Por ejemplo, ¿tenía Axileas algún motivo para matar a Xenofonte? Si Axileas y Xenofonte hubiesen tenido una fuerte discusión por un asunto de negocios el día anterior, ello aumentaría la plausibilidad de la hipótesis de que Axileas mató intencionalmente a Xenofonte. No pretendo aquí realizar un análisis exhaustivo del tema, sino solo ilustrar rápidamente el tipo de razonamiento mediante el cual la atribución de intenciones tiene un apoyo epistemológico sólido.

En definitiva, la prueba del dolo requiere probar ciertos hechos externos —como que Axileas disparó a Xenofonte a corta distancia, etcétera— y *argumentar* que la acción intencional es la mejor explicación de los eventos tal como sucedieron. Por lo tanto, establecer que una persona obró con dolo es una cuestión *enteramente fáctica*, sujeta al razonamiento teórico. Pueden cometerse errores, al igual que en toda determinación sobre los hechos, pero la presencia o ausencia de dolo es una cuestión objetiva, independiente de toda valoración o evaluación por parte de la persona juzgadora.

Completamente diferente es la prueba de la culpa en sentido estricto. Para probar que Axileas obró con culpa al causar un daño a Xenofonte, debe probarse un conjunto de hechos externos y *argumentarse* que estos ameritan ser calificados como *ilícitos* o *irrazonables*. En algunos casos, bastará con probar que la parte

---

<sup>112</sup> González Lagier, *op. cit.*, pp. 216 y ss.

demandada omitió una acción exigida jurídicamente. Por ejemplo, si el encargado de la montaña rusa en un parque de diversiones incumple su deber de asegurarse de que todas las personas que suben a la atracción superan los 130 cm de altura y, por esa razón, un niño sufre un accidente, la prueba de que el niño subió a la atracción y medía menos de 130 cm es suficiente para argumentar con plausibilidad que el demandado obró con culpa. En estos casos sencillos, se prueba que Axileas omitió  $\varphi$  y se argumenta que, siendo  $\varphi$  un deber jurídico, Axileas es culpable. Cabe afirmar, entonces, que la prueba de la culpa es la prueba de un hecho complejo, determinado en parte mediante juicios valorativos. En el primer estadio se establece descriptivamente la ocurrencia del hecho y en el segundo se lo valora.<sup>113</sup>

Esto es más evidente en otros casos más complejos, que involucran estándares genéricos, antes que específicos. Aquí se requiere probar ciertos hechos externos y, como paso intermedio, argumentar que su realización por parte de la parte demandada merece la calificación de *irrazonable*. Es decir, para pasar del enunciado “Axileas omitió  $\varphi$ ” al enunciado “Axileas obró con culpa” es necesario un argumento de enlace conforme con el cual omitir  $\varphi$ , en las circunstancias del caso, es irrazonable. De esta manera, imaginemos que un conductor, un día de fuerte tormenta, con poca visibilidad, circula al máximo de la velocidad permitida —50 km/h— por una carretera que atraviesa un pueblo y atropella a una persona que intentaba cruzar un paso peatonal. El accidente se produjo porque al accionarse los frenos el vehículo perdió adherencia al asfalto y se deslizó de forma descontrolada hasta impactar en la víctima. Aquí deberán probarse todos estos hechos: que llovía, que la velocidad de circulación era la máxima permitida, que había mala visibilidad, que el vehículo se deslizó, etcétera. Pero con esto no bastará para probar la culpa. Se requerirá argumentar que era *irrazonable* circular a 50 km/h en las circunstancias climáticas adversas. Si hubiese moderado la velocidad, hubiese tenido más tiempo de reacción, menos probabilidades de que el vehículo perdiese adherencia y la víctima hubiese podido advertir la presencia del vehículo también con mayor antelación. En definitiva, la culpa no solo requiere

---

<sup>113</sup> Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, pp. 265-266.

probar ciertos hechos, sino también *argumentar en un sentido sustantivo* que merecen la calificación de *culpables*.

Comprender la naturaleza valorativa del último estadio en el análisis de la culpa, tal como fue expuesto en los apartados anteriores, es de la mayor importancia para distinguir cuáles cuestiones son genuinamente teóricas o epistemológicas y cuáles son prácticas o valorativas.<sup>114</sup> Cuando en algunos casos se afirma que la prueba de la culpa es de una enorme complejidad, en realidad se quiere decir que argumentarla no será fácil, aunque sea relativamente sencillo acreditar en el expediente los hechos relevantes. El objeto apropiado de prueba son los hechos relativos a las precauciones adoptadas u omitidas por la parte demandada, y no la culpa en sí misma. Esto arroja luz sobre lo siguiente: el juicio de culpa siempre se construye en dos pasos, pero es posible destruirlo en uno. La parte demandante típicamente tendrá que (i) probar que la parte demandada omitió una precaución  $\varphi$  —hecho— y (ii) argumentar que  $\varphi$  era exigible, ya sea por estar reglamentariamente ordenada o por ser razonable en las circunstancias —valoración—. En cambio, para desvirtuar un juicio de culpa alcanza con (i) argumentar que la precaución  $\varphi$  no era exigible en las circunstancias o, si era exigible, (ii) probar que se realizó  $\varphi$ .

En conclusión, establecer que la parte demandada obró con culpa no es una cuestión *enteramente fáctica*, sino que siempre involucra una valoración o evaluación de la persona juzgadora.

## 2. Inversión de la carga de la prueba y presunciones

En la responsabilidad civil rige el principio general del derecho procesal de acuerdo con el cual quien alega un hecho debe probarlo —*affirmanti incumbit probatio*—. Esto implica que corresponde a la víctima probar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, mientras que la parte demandada tendrá que probar

---

<sup>114</sup> V. también la explicación de Ferrer Beltrán —*Prueba y verdad en el derecho*, pp. 50-51— sobre los hechos valorativos.

las causas de exoneración que alegue.<sup>115</sup> Respecto de la culpa específicamente, resulta que en ocasiones establecer exactamente cuál fue el defecto —la acción o la omisión concreta— en la conducta de la parte demandada que determinó la ocurrencia del daño entraña una enorme dificultad. Esto se produce, sobre todo, en actividades complejas caracterizadas por una asimetría informativa entre la víctima y la parte demandada. Esta asimetría puede darse, al menos, en dos niveles: (i) en el plano del *conocimiento*, cuando existe un dominio teórico desigual en lo relativo a los riesgos involucrados, la mecánica causal en el tipo de accidente que tuvo lugar y las acciones más apropiadas para evitarlos, etcétera; o (ii) en la *disponibilidad* o acceso a la información sobre los hechos relevantes. Ejemplos habituales, pero no únicos, se dan en el ámbito de la responsabilidad médica, en los que normalmente existe asimetría en ambos niveles. Para paliar estas asimetrías, la práctica en muchos sistemas jurídicos es consistente con facilitar la prueba de los hechos constitutivos de culpa a efectos de evitar que el aspecto procesal de la relación entre las partes trunque la vigencia de las normas que definen su marco de interacción.

Hay básicamente dos maneras de resolver estos problemas, las cuales suponen flexibilizar el principio *affirmanti incumbit probatio*. Esto se logra invirtiendo la carga de la prueba o estableciendo presunciones. En la literatura, muchas veces se tratan la inversión de la carga de la prueba y las presunciones como sinónimos. Sin embargo, creo que vale la pena reservar cada una de estas etiquetas para denominar fenómenos distintos. Por ello seguiré la siguiente estipulación:<sup>116</sup>

- *Inversión de la carga de la prueba*: en lo que hace a la culpa, en lugar de que la víctima tenga que probar que la parte demandada omitió  $\varphi$  y argumentar que omitir  $\varphi$  fue irrazonable, cuando opera la inversión de la carga de la prueba corresponde a la parte demandada probar que

---

<sup>115</sup> Una buena expresión de este principio se encuentra en el artículo 1734 del Código Civil y Comercial argentino: “Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”.

<sup>116</sup> Una distinción similar realiza Aguiló Regla —“Nota sobre ‘Presunciones’ de Daniel Mendonca”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 652-653—.

tomó las precauciones  $\varphi$  y que ello agotaba las precauciones que eran razonablemente exigibles.

- *Presunciones*: son normas, ya sean de origen legislativo o jurisprudencial, que ordenan a la persona juzgadora aceptar o incorporar en su razonamiento práctico cierta proposición, una vez que se prueba un hecho base. De esta manera, la forma lógica de una norma de presunción es la siguiente: “Si está probado P, es obligatorio presumir Q”.<sup>117</sup> Cuando opera una presunción, la víctima debe probar el hecho base, luego de lo cual se presume la culpa. El hecho base puede ser una precaución concreta —como que la parte demandada omitió  $\varphi$ — o un hecho independiente de las precauciones que correspondía adoptar —como que la parte demandada carecía de título habilitante—. En ambos casos, la parte demandada puede defenderse probando que el hecho base es falso —es decir, que tomó la precaución  $\varphi$  o que tenía título habilitante—, pero también podrá defenderse, según el caso, argumentando (i) que omitir  $\varphi$  no era irrazonable, lo que equivale a afirmar que  $\varphi$  no era jurídicamente exigible; o (ii) que, pese a carecer de título habilitante, no fue culpable porque no hizo nada que tuviese el deber de omitir, ni omitió nada que tuviese el deber de realizar.

A la luz de las exigencias de cada uno de estos mecanismos y las posibilidades de defensa, es claro que para la parte demandada es más gravoso enfrentarse a la inversión de la carga de la prueba antes que a una presunción. Analicemos cada uno de estos mecanismos con algo más de detalle y veamos algunos ejemplos.

El efecto de la inversión de la carga de la prueba es que la víctima ya no tiene que probar que la parte demandada fue culpable para tener éxito en su demanda, sino que esta última tiene que probar que no lo fue para poder repelerla. En caso de falta de prueba suficiente respecto de la conducta diligente, si los demás elementos de la responsabilidad están acreditados, la parte demandada pierde el pleito.

---

<sup>117</sup> Mendonca, “Presunciones”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, p. 92.

Así, por ejemplo, el artículo 1113 del anterior Código Civil argentino, derogado en 2015, establecía que “en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa”. Es un texto interesante porque pretendía complementar la responsabilidad objetiva, establecida en el mismo artículo, para los casos en los cuales el daño se producía por el riesgo o vicio de las cosas. Si el objeto no era riesgoso, entonces la responsabilidad seguía siendo subjetiva, pero con inversión de la carga de la prueba.<sup>118</sup> Según este texto, en principio, la persona que un día de lluvia causa un daño con su paraguas, para eximirse de responsabilidad, debe probar que de su parte no hubo culpa. Si el fundamento para aplicar cualquiera de los medios de facilitación probatoria es contrarrestar la asimetría en el conocimiento o acceso a los elementos de prueba relevantes, como se mencionó más arriba, esta inversión genérica de la carga de la prueba parece demasiado amplia y, por lo tanto, injustificada.

En cambio, parece razonable la inversión del artículo 147 de la ley de defensa del consumidor española,<sup>119</sup> para los prestadores de servicios, puesto que este ámbito está signado por la asimetría entre las partes. El texto prescribe lo siguiente: “Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”. Adviértase que el propio artículo reconoce que el cumplimiento de las prescripciones específicas de origen reglamentario no es suficiente para eximirse de responsabilidad. Debe probarse un obrar diligente, globalmente considerado, lo que conlleva también un traslado de la carga argumentativa. Al invertirse la carga de la prueba, la víctima solo debe probar el daño sufrido y la vinculación causal entre este daño y una conducta atribuible a la parte demandada, la cual, por su parte, deberá probar que tomó ciertas precauciones y argumentar que estas agotaban las exigencias razonables.

---

<sup>118</sup> Ghersi, *op. cit.*, p. 133.

<sup>119</sup> V. el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

A la luz de esto último, puede observarse que la inversión de la carga de la prueba no traslada a la parte demandada un esfuerzo equivalente al que, de lo contrario, caería en cabeza de la víctima. Esto es así porque parece más sencillo (i) probar que se omitió  $\varphi$  y argumentar que esa omisión es irrazonable, antes que (ii) probar que se realizó  $\varphi$  y argumentar que  $\varphi$  *agota* las precauciones razonablemente exigibles. Esta carga adicional, sin embargo, no es necesariamente desproporcionada cuando la víctima se halla en una posición de desigualdad que haría virtualmente imposible para ella probar la culpa de la parte demandada, por ejemplo, por falta de acceso a los medios de prueba.

Veamos, ahora, las presunciones. En sentido estricto, las presunciones son menos comunes de lo que se piensa en la doctrina. Como el efecto característico de las presunciones es invertir la carga de la prueba, a menudo se confunden ambos conceptos. Pero, como se explicó más arriba, las presunciones se distinguen de la inversión de la carga de la prueba en que requieren que la víctima realice un esfuerzo probatorio, pues si no prueba el hecho base, entonces no se presumirá la culpa. Esto tiene consecuencias muy relevantes en la responsabilidad civil.

Para verlo, compárese el contenido de estas dos normas: (i) ante la falta de título habilitante del electricista, se presumirá su culpa en la producción del daño; y (ii) los padres son responsables por los daños que causan sus hijas o hijos menores de edad, salvo que prueben que les ha sido imposible evitarlos. La primera norma exige a la persona juzgadora que presuma la culpa ante la falta de título habilitante. Lo más habitual será que la parte demandada intente desvirtuar la presunción de culpa, presentando el título; la víctima, por su parte, procurará contrarrestar estos esfuerzos a fin de que la presunción no caiga. Para ello, intentará probar, por ejemplo, que la documentación aportada es falsa. La operatividad de la presunción está subordinada a que el hecho base no sea cuestionado. El riesgo probatorio respecto de que el hecho base no resulte probado recae sobre la víctima. La segunda norma, por su parte, hace recaer el riesgo de falta de prueba suficiente sobre la parte demandada. A la víctima le corresponde probar el daño y la causalidad. En esas condiciones, la incapacidad de la parte demandada de probar que le fue imposible evitar el daño ya completa el conjunto de elementos suficientes para la condena. Como puede apreciarse, la inversión de la carga de

la prueba genera una presunción. En efecto, la culpa de la parte demandada —necesaria para la condena— se integra como una de las premisas fácticas del razonamiento que justifica la sentencia, pero lo hace sin que la víctima corra con ningún riesgo probatorio. Ello la libera totalmente de la carga subjetiva de aportar elementos de prueba respecto de la culpa —como sí debería hacerlo en el caso de las presunciones en sentido estricto—. Ciertamente, las presunciones requieren un esfuerzo menor que la prueba de la culpa, pero es un esfuerzo al fin.

Esto no significa que la víctima sea siempre pasiva cuando es beneficiada por una inversión de la carga de la prueba. Si en el caso de la norma (ii) mencionada antes, la parte demandada no logra mostrar que le fue —razonablemente— imposible evitar el daño causado por sus hijos menores de edad, entonces será responsabilizada. Pero la víctima, por supuesto, podrá aportar también elementos de prueba que dificulten la tarea de la parte demandada. Por ejemplo, si puede acreditar que esta se encontraba en el bar de la playa tomando un daiquiri tras otro mientras sus hijos operaban una moto acuática en el mar sin supervisión alguna, será prácticamente imposible mostrar que no hubo culpa *in vigilando*.

Otra diferencia entre las presunciones y la carga de la prueba es que las primeras pueden ser derrotadas o bloqueadas, en cambio la segunda puede ser satisfecha o no. ¿Cómo se bloquea una presunción? Probando que el hecho base no ocurrió. En el ejemplo del electricista, probando que es falso que el demandado carezca de título habilitante. Por otra parte, ¿cómo se derrota una presunción? Probando que, a pesar de que el hecho base es verdadero, no es verdadero el hecho presumido; es decir, que, a pesar de carecer de título habilitante, no es verdad que el electricista haya incurrido en culpa. Para ello, intentaría mostrar que las acciones ejecutadas no se apartan en absoluto de las que hubiera realizado un técnico competente, con su correspondiente título habilitante en regla.

Una complejidad de las presunciones en materia de culpa tiene que ver con la naturaleza del hecho base. El caso del título habilitante es un ejemplo en el cual el hecho base es independiente de la omisión de ciertas precauciones. Aunque la falta de título habilitante puede ser un indicio de culpa, tener el título no es una

precaución que en el caso concreto sea conducente a evitar el accidente. Las precauciones son acciones específicas —como desconectar la electricidad o utilizar aislantes apropiados para evitar un cortocircuito— que resultan razonables en las circunstancias. Pero podría ocurrir que las presunciones de culpa tomaran la omisión de alguna diligencia típica ( $\varphi$ ) como fundamento suficiente para que la persona juzgadora deba presumir la culpa. Si este es el supuesto, en realidad la presunción solo libera a la víctima de la carga argumentativa. Las presunciones de este tipo no facilitan la carga de *probar*, sino la carga de *argumentar* que la acción de la parte demandada fue irrazonable. Nótese que esta presunción todavía exige a la víctima probar que no se tomó cierta precaución  $\varphi$ , pero no se le requiere argumentar que  $\varphi$  era exigible en las circunstancias o, dicho de otro modo, que la omisión de  $\varphi$  fue irrazonable. Corresponderá a la parte demandada desvirtuar la presunción probando que sí realizó  $\varphi$  o, si no lo hizo, argumentar que no era razonablemente exigible realizar  $\varphi$ . También la parte demandada podrá defenderse probando que, aunque no realizó  $\varphi$ , sí realizó  $\omega$ , y argumentando que  $\omega$  era lo razonable en las circunstancias.

Una última particularidad de las presunciones es que pueden ser potestativas. En la reconstrucción canónica que he citado más arriba, la presunción impone una obligación de aceptar Q cuando se prueba P, pero no hay razones conceptuales para rechazar que las presunciones puedan conferir a la persona juzgadora la potestad de presumir Q, cuando se prueba P. Así, quedará en manos de la persona juzgadora establecer en qué condiciones corresponde aplicar la presunción, una vez que se prueba el hecho base.

Un buen ejemplo de este tipo de presunciones es la doctrina del daño desproporcionado, que han adoptado los tribunales españoles, en materia de responsabilidad civil médica. Cuando la víctima sufre un daño anormalmente grave, en contraste con lo que es habitual según los riesgos de la intervención a la que se sometió el paciente, las personas juzgadoras pueden *presumir* que el médico obró con culpa. Si no se produce prueba suficiente a favor ni en contra de la culpa del médico, la persona juzgadora podrá presumir la culpa una vez que se pruebe que la entidad del daño sufrido por la víctima excede lo que es normal en el contexto. La jurisprudencia ha exigido tres condiciones para que pueda operar esta

presunción: (i) el daño debe pertenecer a una categoría de daños que no suelen producirse más que por negligencia, (ii) la conducta generadora debe entrar en la esfera de incumbencia de la parte demandada y (iii) el daño no debe haber sido causado por una conducta correspondiente a la esfera de la víctima o de un tercero.<sup>120</sup> La doctrina del daño desproporcionado es, en realidad, una aplicación específica de la conocida doctrina *res ipsa loquitur* —‘las cosas hablan por sí mismas’—, según la cual el daño es inexplicable sino por la culpa de la parte demandada, aunque no pueda señalarse exactamente en qué consistió esa culpa.<sup>121</sup>

Cualesquiera sean las condiciones a las que se las sujete, conviene siempre distinguir las presunciones potestativas de las inferencias probatorias que en cualquier caso las personas juzgadoras deben realizar para dar por probadas ciertas premisas fácticas. Las inferencias probatorias tienen una estructura similar a las presunciones, pero difieren de un modo importante.<sup>122</sup> En las presunciones existe un vínculo normativo entre el hecho base y el hecho presumido. Es decir, probado P, es obligatorio o facultativo, según el caso, presumir Q. En cambio, quien realiza una inferencia probatoria afirma que un conjunto de indicios P, R, T, con el apoyo de ciertas máximas de experiencia, permite racionalmente asignar a la conclusión Q un determinado grado de confirmación. Cuando el grado de confirmación supera lo requerido por el estándar de prueba aplicable, entonces la persona juzgadora debe tener Q por probado.<sup>123</sup>

Esto implica que una inferencia probatoria puede atacarse de tres maneras: (i) probando que los hechos indiciarios P o R o T no ocurrieron, (ii) probando que la conclusión Q es falsa y (iii) cuestionando las máximas de experiencia que dan apoyo a la conclusión. Si no hubiese suficiente apoyo empírico para el vínculo asumido entre los hechos que sirven de indicio y la conclusión, entonces la infe-

<sup>120</sup> V. una explicación completa de la doctrina en Solé Feliu, “Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, en *Revista de Derecho Civil*, pp. 69 y ss.

<sup>121</sup> Para un análisis de la doctrina *res ipsa loquitur*, V. Goldberg y Zipurksy, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

<sup>122</sup> V. Dei Vecchi, *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, pp. 83 y ss.

<sup>123</sup> Los estándares de prueba tienen por función establecer el umbral de suficiencia a partir del cual puede tenerse por probado un hecho. V. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, pp. 33 y ss.; y 109 y ss.

rencia quedaría derrotada.<sup>124</sup> En cambio, una presunción potestativa no puede atacarse más que probando que el hecho base no ocurrió —en nuestro ejemplo, que el daño no es realmente extraordinario en el contexto en el cual se produjo— o probando que no hay culpa. La presunción puede seguir siendo aplicada sin el suficiente apoyo empírico porque su función no es reemplazar a la inferencia probatoria que permite afirmar que está probado que Q, sino concluir que se presume Q. Al presumir Q no se sostiene que existen elementos de prueba suficiente a favor de Q, sino simplemente que en las circunstancias del caso hay razones suficientes para trasladar a la parte demandada el riesgo de que no se produzca prueba suficiente en contra de Q. Estas razones incluyen consideraciones no solo epistémicas, como en una inferencia probatoria, sino de política jurídica, relativas a solucionar el problema de asimetría entre las partes respecto del conocimiento o del acceso a los medios de prueba.

## Bibliografía

- Aguiló Regla, J. (1999), “Nota sobre ‘Presunciones’ de Daniel Mendonca”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, pp. 649-660.
- \_\_\_\_\_, “Las presunciones *hominis* y las inferencias probatorias”, *Derecho PUCP*, núm. 79, 2017, pp. 99-110.
- Alpa, G., *La Responsabilità Civile. Parte generale*, Utet Giuridica, Torino, 2010. Citado por la traducción de C. Moreno More, *La responsabilidad civil. Parte general. Tomo 2*, Ediciones Legales, Lima, 2016.
- Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R., *Derecho de obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Ávila, H., *Certainty in Law*, Springer, 2016.

<sup>124</sup> Para la distinción que estoy trazando, V. en general, el análisis de Aguiló Regla, “Las presunciones *hominis* y las inferencias probatorias”, en *Derecho PUCP*, pp. 101 y ss.

- Badosa Coll, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.
- Barros Bourie, E., “La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al *Tratado de responsabilidad extracontractual*”, *Estudios Públicos*, núm. 112, 2008, pp. 309-338.
- \_\_\_\_\_, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2020.
- Berstein, A., “The Communities that Make Standards of Care Possible”, *Chicago-Kent Law Review*, núm. 77, 2002, pp. 735-769.
- Bustos Díaz, M., *El deber de lealtad contractual. Justificación y aplicación*. Tesis doctoral. Universidad de Girona y Universidad de Chile, 2021.
- Calnan, A., *Justice and Tort Law*, Carolina Academic Press, Durham, Carolina del Norte, 1997.
- Celano, B., “Pre-conventions. A fragment of the Background”, *Revus*, núm. 30, 2016, pp. 9-32. Traducción de J. M. Vilajosana, “Preconvenciones. Un fragmento del trasfondo”, en L. Ramírez Ludeña y J. M. Vilajosana (eds.), *Convencionalismo y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Chabas, F., “La evolución de la noción de culpa en el derecho francés”, en M. Aramburo Calle (ed.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo. Tomo I*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2011, pp. 49-58.
- Coleman, J. L., *Risks and Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 1992. Traducción de D. M. Papayannis, *Riesgos y daños*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.
- Cueto Rúa, J., *Las fuentes del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

De Ángel Yagüez, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

\_\_\_\_\_, “Criterios o pautas, estándares de conducta: buen padre de familia/persona razonable/*lex artis*”, en M. P. García Rubio y J. J. Moreso (dirs.), *Conceptos multidimensionales del derecho*, Reus, Madrid, 2020.

De Lorenzo, M. F., *El daño injusto en la responsabilidad civil (alterum non laedere)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

Dei Vecchi, D. M., *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Zela-Ceji, Perú-México, 2020.

Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_, “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. LIV-3, 2001, pp. 1009-1027.

Dobbs, D. B., Hayden, P. T. y Bublick, E. M., *Hornbook on Torts*, 2a. ed., West Academic Publishing, St. Paul, Minnesota, 2016.

Epstein, R. A., “The Path to ‘The T. J. Hooper’: The Theory and History of Custom in the Law of Tort”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 21, núm. 1, 1992, pp. 1-38

Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad en el derecho*, 2a edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

\_\_\_\_\_, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

\_\_\_\_\_, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2021.

\_\_\_\_\_, (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

Fletcher, G. P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1998.

Gardner, J., *From Personal Life to Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

\_\_\_\_\_, *Torts and Other Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

\_\_\_\_\_, “Reasons and Abilities: Some Preliminaries”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013, pp. 63-74.

Garzón Valdés, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pp. 155-173.

Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3a. ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.

Gherzi, C. A., *Teoría general de la reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997.

Goldberg, J. y Zipursky, B. C., *The Oxford Introductions to U.S. Law. Torts*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

González Lagier, D., *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Pa-lestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005.

Grady, M., “Unavoidable Accident”, *Review of Law and Economics*, vol. 5, núm. 1, 2009, pp. 177-231.

Holmes, O. W., *The Common Law*, Dover Publications, Nueva York, 1881. Reimpreso en 1991, Boston, Little, Brown.

Honoré, T., *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 1999.

Josserand, L., “L'évolution de la responsabilité”, *Evolutions et actualités: conférences de droit civil*. Recueil Sirey, París, 1936. Citado por la versión castellana

- Josserand, L., “La evolución de la responsabilidad”, en *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Temis, Bogotá, 2009.
- Keating, G., “Is Cost-Benefit Analysis the Only Game in Town?”, *Southern California Law Review*, núm. 91, 2018, pp. 195-261.
- \_\_\_\_\_, “Fair Precaution”, en H. Dagan y B. Zipursky (eds.), *Research Handbook on Private Law Theory*, Cheltenham, Elgar Publishing, Reino Unido-Northampton, Estados Unidos, 2020, pp. 286-302.
- Keeton, R. E., *Legal Cause in the Law of Torts*, Ohio State University Press, Columbus, Ohio, 1963.
- Keren-Paz, T., *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Ashgate, Hampshire, 2007. Traducción en castellano de G. Perrotta, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2016.
- Kubica, M. L., “La imputación basada en la culpa y la imputación basada en el riesgo”, en M. Clemente Meoro y M. E. Cobas Cobiella (dirs.), *Tratado de derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2021, pp. 509-558.
- Lambert-Faivre, Y., “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1987 (1-1). Citado por la traducción de E. Núñez, en A. A. Alterini y R. López Cabana, *Derecho de daños (y otros estudios)*, La Ley, Buenos Aires, 1992.
- Landes, W. y Posner, R. A., *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-Londres, Inglaterra, 1987.
- Lifante, I., “Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conducta y diligencia en el derecho”, en M. P. García Rubio y J. J. Moreso (dirs.), *Conceptos multidimensionales del derecho*, Reus, Madrid, 2020, pp. 565-582.

- López Mesa, Marcelo J., *La responsabilidad civil. Sus presupuestos en el Código Civil y Comercial*, BdF, Buenos Aires-Montevideo, 2019.
- Lorenzetti, R. L., “El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, *La Ley*, 1993-D, 1993, pp. 1140-1160.
- Marmor, A., *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2009.
- Martín-Casals, M., “Comparative Report”, en M. Martín-Casals (ed.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Springer-Verlag, Viena, 2006, pp. 423-465.
- \_\_\_\_\_, “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: anotaciones para un debate”, en J. Sole Resina (coord.), *Persona, familia y género. Liber Amicorum a M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022.
- McBride, N. y Bagshaw, R., *Tort Law*, 6a. ed., Pearson, Harlow, 2018.
- Mendonca, D., “Presunciones”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1998, pp. 83-98.
- Miller, A. D. y Perry, R., “The Reasonable Person”, *New York University Law Review*, vol. 87, núm. 2, 2012, pp. 323-392.
- Miller, P. B., “The Fiduciary Relationship”, en A. Gold y P. B. Miller (eds.), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 63-90.
- Moran, M., “The Reasonable Person: A Conceptual Biography in Comparative Perspective”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 14, núm. 4, 2010, pp. 1233-1283.

- Mosset Iturraspe, J., *Contratos*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1998.
- Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell Publishers, Oxford, 1974.
- Oberdiek, J., *Imposing Risk*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Orgaz, A., *La culpa (actos ilícitos)*, Lerner, Córdoba, 1970.
- Pantaleón, F. (1990), “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil (ed.), *Centenario del Código Civil (1889-1989). Tomo II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 1561-1591.
- Papayannis, D. M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.
- \_\_\_\_\_, *El derecho privado como cuestión pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- \_\_\_\_\_, “No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 45, 2022, pp. 99-130.
- Perry, S. R., “Cost-Benefit Analysis and the Negligence Standard”, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, núm. 3, 2001, pp. 893-899.
- Pizarro, D., *Tratado de la responsabilidad objetiva. Tomo 1*, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, 9a. ed., Woken Kluwer Law & Business, Nueva York, 2014.
- Rawls, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993.

Raz, J., *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979.

\_\_\_\_\_, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

Reglero Campos, L., “Los sistemas de responsabilidad civil”, en L. Reglero Campos y J. M. Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil. Tomo 1*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 317-462.

Ripstein, A., *Private Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Roxin, C., *Derecho penal. Fundamentos I*, Civitas, Madrid, 1994.

Santos Briz, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1989.

Schauer, F., *Playing by the Rules, A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991. Traducción al castellano de C. Orunesu y J. Rodríguez, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

\_\_\_\_\_, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009. Traducción de T. Schleider *Pensar como un abogado*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Shapiro, S. J., *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011. Traducción de D. M. Papayannis y L. Ramírez Ludeña, *Legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

Solé Feliu, J., “Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1, 2018, pp. 55-97.

- Steel, S., "Saving Private Wrongs", *Jerusalem Review of Legal Studies*, vol. 14, núm. 1, 2016, pp. 1-21.
- Tamayo Jaramillo, J., *Tratado de responsabilidad civil. Tomo 1*. Legis, Bogotá, 2007. También disponible en «<http://encyclo.findlaw.com/0730book.pdf>». [Consultado el 15 de abril de 2010.]
- Tomás Martínez, G., "La sustitución del 'buen padre de familia' por el estándar de la 'persona razonable': reforma en Francia y valoración de su alcance", *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 1, 2015, pp. 57-103.
- Vázquez, C., "Lex artis médica. Acerca del conocimiento experto para determinar el estándar de conducta en la responsabilidad médica", en D. M. Papayannis y E. A. Pereira Fredes, *Filosofía del derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2018, pp. 431-455.
- Weinrib, E., *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995.
- White, B. A., "Risk-Utility Analysis and the Learned Hand Formula: A Hand that Helps or a Hand that Hides?", *Arizona Law Review*, vol. 32, núm. 1, 1990, pp. 77-136.
- Widmer, P., "Estándar de conducta exigible", en M. Martín-Casals (coord.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*, Aranzadi, Navarra, 2008.
- Williams, B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, Routledge, Londres, 1985.
- Wright, R. W., "Causation in Tort Law", *California Law Review*, vol. 73, núm. 6, 1985, pp. 1735-1828.
- Wróblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México, 2001.

Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 5a. ed., Dykinson, Madrid, 2019.

## Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación —Argentina— 2015: Ley 26.994. Promulgado según decreto 1795/2014.

Código Civil español: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Código Civil Federal de México: Nuevo Código publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada: *DOF* 13-04-2007.

Código Civil de Chile: promulgado el 14 de diciembre de 1855 y publicado el mismo día. Actualmente contenido en el DFL 1, Justicia, que fija su texto refundido, publicado el 30 de mayo de 2000.

## Sentencias

*United States vs. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

*Poyner vs. Loftus*, 694 A.2d 69 (D.C. Ct. App. 1997).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, *Gómez, Ramón Luis vs. Minardi, Esbean Fortunato*, de 21 de marzo de 2006.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, *Pacheco, Raúl Antonio vs. Transporte Gral. Tomás Guido S.A.C.I.F y otros s/daños y perjuicios*, de 7 de agosto de 2009.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, C., *A. M. por sí y en representación de sus hijos J. L., L. M., C. O., J. G. A., M. E. y E. J. E. F. vs. Ferreyra, Alejandro Raúl*, de 28 de mayo de 2010.

Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Bahía Blanca, *Castelli, María Cecilia vs. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico*, de 28 de agosto de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en Revisión 1368/2015. Ministro ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz mena, de 13 de marzo de 2019.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, sentencia núm. 141/2021 de 15 marzo (RJ 2021\1641).

## La responsabilidad objetiva\*

Esteban Pereira Fredes\*\*

\* Agradezco la invitación de Diego M. Papayannis a formar parte de este manual y, en especial, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México por forjar esta indispensable instancia de diálogo entre la reflexión sobre el derecho de daños y la toma de decisiones.

\*\* Doctor en Derecho, Universidad de Girona. Profesor de Teoría del Derecho y Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile. ORCID: «<https://orcid.org/0000-0002-1471-6590>». Correo electrónico: «[esteban.pereira@uai.cl](mailto:esteban.pereira@uai.cl)».

**La responsabilidad objetiva.** I. Fundamento y operatividad; II. Consideraciones particulares; III. Enumeración de hipótesis legales: Código Civil Federal mexicano; IV. Carácter de la regulación: uniformidad o fragmentación.

## I. Fundamento y operatividad

El trasfondo en el cual se sitúa la responsabilidad objetiva o estricta son los sistemas de atribución de daños y riesgos a un agente distinto de la víctima. De acuerdo con el célebre principio de Holmes, “la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga”. Por ello, la pregunta básica frente a la cual nos enfrentamos versa sobre la búsqueda de razones justificativas conforme con las cuales puede organizarse el esquema de atribución. En este contexto, hay dos respuestas que conviene tener presente, las cuales fueron tratadas en el capítulo I. En primer lugar, los factores subjetivos de atribución de responsabilidad; en segundo lugar, los factores objetivos de atribución de responsabilidad. Los sistemas de responsabilidad civil extracontractual organizan sus regulaciones sobre la base de estos dos esquemas.

De un lado, entonces, se encuentra el sistema de responsabilidad por culpa o negligencia y, de otro, el sistema de responsabilidad objetiva. Ambos modelos ofrecen razones alternativas para atribuir a una tercera persona la reparación del daño causado y no hacerla recaer en la víctima. Mientras que el primer sistema lo hace en virtud de que el tercero ha actuado con culpa o dolo en la generación del daño, el segundo atribuye la responsabilidad por el ejercicio de alguna actividad sin atender a la diligencia empleada por el tercero para su desarrollo. A diferencia

del sistema de responsabilidad por culpa o negligencia, el sistema de responsabilidad objetiva prescinde de la negligencia del autor del daño para asignar la obligación de repararlo. En lugar de la infracción a un deber de cuidado, la responsabilidad objetiva se funda en una relación causal entre el hecho del demandado —o la actividad que genera los riesgos— y el daño que ha sufrido el demandante.

Al cotejar las razones proveídas por ambos sistemas de responsabilidad, es posible afirmar que se trata de dos razones que cuentan con un impacto disímil. Mientras que el sistema de responsabilidad por culpa o negligencia puede entenderse como una razón *general* para derrotar el principio de Holmes, el sistema de responsabilidad estricta o por riesgo esgrime una razón *especial* para radicar la reparación del accidente en una persona distinta a quien lo ha sufrido. Dado que el sistema general en esta materia reside en el primer modelo, la razón que provee la imputación por culpa o negligencia tiene una mayor operatividad que la proporcionada por el desarrollo de una determinada actividad riesgosa. Esto explica, como lo veremos, el porqué del ámbito de aplicación más restringido que presenta el segundo régimen. De este modo, y a diferencia del primero —que actúa supletoriamente—, solo hay responsabilidad objetiva o estricta cuando existe esa razón especial y se encuentra expresamente prevista en el sistema jurídico.

## 1. Instalaciones, actividades o cosas riesgosas

Al momento de cuestionarse sobre la identidad de este sistema de responsabilidad, esta debe trazarse a partir del ámbito del riesgo que el ordenamiento jurídico atribuye a quien desarrolla cierta actividad. De ahí que el criterio de imputación en la responsabilidad objetiva resida en el manejo de cierto tipo de instalación, el uso de una cosa o la realización de cierta actividad que la legislación somete al estatuto de responsabilidad por el riesgo que se genera.

El daño cuya reparación se reclama consiste precisamente en la materialización del riesgo que tiene lugar a partir de la instalación, la cosa o la actividad. De ahí que la atribución del riesgo al agente se efectúa con base en el desarrollo de una determinada actividad peligrosa. Contra esta consideración resulta irrelevante

formular un juicio de diligencia sobre el comportamiento del agente:<sup>1</sup> la conducta de este frente a la materialización del riesgo que encarnaba la actividad desarrollada no es una cuestión discutida en esta clase de responsabilidad, sino que solo es relevante que se haya materializado un riesgo que está bajo el control del agente responsable, sin perjuicio de que puedan operar las causas de exoneración que veremos más adelante y que se analizarán en profundidad en el capítulo VI.

En la dogmática civil hay un espacio de coincidencia respecto de la comprensión de este sistema de responsabilidad. Roca Trías ha entendido el régimen de responsabilidad objetiva como aquel en que “se atribuye a una persona la obligación de indemnizar a otra con independencia de que haya o no intervenido culpa o negligencia en la producción del daño”.<sup>2</sup> Salvador Coderch, en tanto, ha observado que, en este sistema de responsabilidad, “quien cause daños responderá por ellos con independencia del nivel de precauciones que haya adoptado siempre que la ley así lo hubiera establecido”.<sup>3</sup> Estas referencias aluden al rasgo central en el sistema de responsabilidad objetiva: la prescindencia de la culpa como factor de imputación de responsabilidad.

La culpa del agente causante del daño resulta irrelevante en el sistema de responsabilidad objetiva. Esto quiere decir que la responsabilidad objetiva no responde, en rigor, a una evaluación crítica de la conducta de la persona, sino que únicamente atiende a la generación del riesgo por la actividad que se despliega y respecto de la cual tiene control el responsable. Con independencia de si ha mediado o no negligencia del agente, este responderá de los daños que deriven de la instalación, actividad o cosa riesgosa.

Como observa Llamas Pombo, esta responsabilidad por riesgo se justifica en la consideración según la cual quien se beneficia directamente del manejo de una fuente

---

<sup>1</sup> Por ello, suelen anotarse como aspectos distintivos de la responsabilidad objetiva que no es necesario para el actor acreditar la culpa del agente y que no se le permite a este último exonerarse de responsabilidad probando que ha empleado la debida diligencia. En este sentido, V. Díaz Tolosa, “Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, p. 89; y Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, p. 259.

<sup>2</sup> Roca Trías y Navarro Michel, *Derecho de daños. Textos y materiales*, p. 303.

<sup>3</sup> Citado como aparece en *id.*

de peligros “es justo que soporte también el *incommodum* consistente en la reparación de los daños que dicha fuente genere, y deba responder también de los daños que se deriven a terceras personas a consecuencia de la actualización de dicho riesgo”.<sup>4</sup> En estas coordenadas, debe reparar los daños causados “quien se beneficia de una actividad que, al mismo tiempo, representa un riesgo para la sociedad”.<sup>5</sup> De allí que este beneficiario del riesgo deberá indemnizar los perjuicios sufridos por la víctima, salvo que acredite que el daño no derivó causalmente de la fuente de riesgo que aprovecha.<sup>6</sup>

## 2. Suficiencia de la conexión causal

Una vez que la acción o actividad queda sujeta a responsabilidad objetiva —de modo que queda señalada como riesgosa—, la culpa ya no juega un papel en la atribución del daño, y el elemento fundamental de esta estructura de responsabilidad pasa a ser la relación de causalidad. La determinación del nexo causal entre el daño y el riesgo que ha desarrollado la actividad es, en principio, suficiente para efectuar la atribución. En algunos supuestos se exigen condiciones adicionales a la concurrencia de la relación causal, como ocurre, por ejemplo, en Chile con la responsabilidad de la persona propietaria y tenedora de un vehículo motorizado, a la que se añade la condición de que el vehículo no haya sido usado en contra de la voluntad de estas;<sup>7</sup> si no fuere el caso, serán responsables de los daños y perjuicios ocasionados con el uso del vehículo.

Cuando no estamos en presencia de estos supuestos, la causalidad se entiende suficiente para establecer la responsabilidad del agente que controla la zona de riesgo: es el elemento determinante de este estatuto de responsabilidad.<sup>8</sup> En relación

<sup>4</sup> Llamas Pombo, *Manual de derecho civil, Volumen VII. Derechos de daños*, p. 88.

<sup>5</sup> Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, p. 305.

<sup>6</sup> Junto con esta teoría del riesgo-beneficio, han sido planteadas como alternativas de comprensión la teoría del riesgo creado o agravado y la teoría mixta —Concepción Rodríguez, *Derecho de daños*, pp. 19-20—.

<sup>7</sup> Así se dispone en el artículo 169 del Decreto con Fuerza de Ley 1, Ley de Tránsito.

<sup>8</sup> Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, p. 471.

con la causalidad, Alpa ha notado que uno de los rasgos de la responsabilidad objetiva radica en que en sus hipótesis “solo se toma [sic] en cuenta los efectos causales del comportamiento, sin llevar a cabo ningún control en términos de equivalencia de las causas o de causalidad adecuada (causalidad normativa)”.<sup>9</sup>

### 3. Diálogos con el régimen de responsabilidad por culpa o negligencia

A pesar de la fractura esgrimida entre los sistemas de responsabilidad civil por culpa o negligencia y el de responsabilidad objetiva o estricta, es posible apreciar diálogos entre ambos modelos de atribución de daños y perjuicios. Desde luego, se trata de dos razones distintas para desplazar el principio de Holmes y actúan sobre la base de factores diferenciados. Sin embargo, el contraste se vuelve menos nítido al cotejar el modo en que actúa la responsabilidad por culpa o negligencia cuando se establece una presunción de culpabilidad con el funcionamiento del modelo de responsabilidad objetiva o estricta. Allí la manera en que opera la atribución de responsabilidad presenta una cercanía, aun cuando tal consideración práctica no desafía que se trate, en términos sustantivos, de modelos de responsabilidad ciertamente distintos.

Si bien las distancias parecen estrecharse cuando se trata de presunciones de culpabilidad en materia de responsabilidad por culpa o negligencia —véase el apartado IX.2 del capítulo III— y el modo en que opera la responsabilidad objetiva, hay diferencias sustantivas que permanecen.<sup>10</sup> Bajo el estatuto de responsabilidad objetiva el agente corre con el riesgo del daño. En cambio, en la responsabilidad general y supletoria la víctima corre con el riesgo del daño. De este modo, si no encontramos en un esquema de culpa presunta y no hay indicio suficiente de la culpabilidad del agente, no es posible inferir su responsabilidad. De la misma manera, si se acredita que el accidente no se originó en la culpa del agente, la víctima tendrá que correr con el riesgo del daño.

<sup>9</sup> Alpa, *Los principios de la responsabilidad civil*, p. 146.

<sup>10</sup> Barros Bourie, *op. cit.*, p. 471.

## II. Consideraciones particulares

### 1. Cuestiones conceptuales

A pesar de que la denominación *responsabilidad objetiva* ha tenido un influjo significativo para dar cuenta de este sistema de atribución de daños y riesgos, en el nivel conceptual se ha ido abandonando progresivamente su uso en algunos sistemas jurídicos privados, y se le ha reemplazado por la denominación *responsabilidad estricta* o *por riesgo*. Este cambio, que se ha reflejado ostensiblemente en el caso chileno, responde a una cuestión de fondo: si bien la calificación de la responsabilidad como objetiva busca diferenciarla de la responsabilidad por culpa o negligencia, se asume erróneamente que esta última es realmente subjetiva. No obstante, como se explicó en el apartado III del capítulo III, el juicio de culpabilidad —que es indispensable en ese sistema— tampoco es subjetivo, toda vez que no trae consigo un reproche personal a la conducta del agente dañador, sino que surge de un juicio de comparación entre la conducta debida y la efectivamente realizada, por lo que tiene un carácter evidentemente objetivo. Por ello, se ha pensado que hablar de responsabilidad estricta o por riesgo resulta más apropiado para develar la estructura de este esquema de atribución de daños. Tal denominación da cuenta de los requisitos más limitados de procedencia y, a su vez, atiende a los riesgos que genera quien desarrolla cierta actividad o detenta una determinada cosa.<sup>11</sup>

A continuación, se revisarán los contornos de ambas aproximaciones conceptuales.

#### A. Responsabilidad objetiva

Este punto de vista corresponde al tradicionalmente asumido por los estudios en dogmática civil, y su justificación recae en la oposición que media entre este sistema de responsabilidad civil y el basado en la culpa o negligencia como factor

---

<sup>11</sup> Desde otro punto de vista, se ha pensado que la usual denominación “en negativo” de este régimen de responsabilidad civil en términos de responsabilidad *sin culpa* debe sustituirse con un contenido positivo —Alpa, *op. cit.*, p. 145—. Por ende, la dualidad *estricta* o *por riesgo* contribuye a esgrimir tal empresa.

de imputación. Para efectos de acentuar la distancia que existe entre ambos sistemas de responsabilidad, se entiende que este régimen especial es *objetivo*, en contraste con el más general, que tiene carácter *subjetivo*.

Tal consideración enfrenta la dificultad de que, como fue advertido, el esquema de responsabilidad civil por culpa o negligencia no es, en verdad, subjetivo. Por ello, la denominación conlleva una falta de adecuación con el tipo de responsabilidad al cual busca oponerse. Mal podría entenderse como sistema de responsabilidad objetiva si la fundamentación de esta denominación descansa en una incorrecta interpretación del modelo rival. A la luz de este diagnóstico, se han empleado otras denominaciones para dar cuenta del sistema.

### *B. Responsabilidad estricta o por riesgo*

De manera alternativa se han explorado dos modelos de comprensión: *responsabilidad estricta* y *responsabilidad por riesgo*. Por una parte, en el contexto alemán se ha adoptado la noción de *responsabilidad estricta* para resaltar que hay una limitación en los requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria. Frente al sistema de responsabilidad por culpa o negligencia, este modelo supone una imagen limitada y restringida de sus requisitos de procedencia, al prescindir de la culpa o negligencia como factor de imputación.<sup>12</sup> La articulación del sistema de responsabilidad sobre la base de la causalidad devela una imagen “estricta” de la responsabilidad, en la que basta su presencia en la conexión entre el daño y la actividad riesgosa para generar responsabilidad civil.

Por otra parte, en el ámbito de la dogmática francesa se ha posicionado la denominación *responsabilidad por riesgo*. Esta denominación pone de relieve que el ámbito de cobertura del régimen está delineado por el riesgo que genera determinada actividad, instalación o cosa según la consideración legislativa. Así, posiciona el riesgo como un elemento distintivo de este sistema de responsabilidad, pues

---

<sup>12</sup> De acuerdo con Díez-Picazo, en este sistema la regla es que “strict liability is liability without proof of negligence” —Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad extracontractual*, p. 113—.

subraya que su marco de aplicación está en función de la presencia del riesgo y de su calificación por el ordenamiento jurídico.

En este trabajo se emplearán las fórmulas *responsabilidad objetiva* y *responsabilidad estricta* de manera indistinta, pese a las observaciones dogmáticas que ya se han realizado al respecto.

## 2. Posicionamiento del régimen de responsabilidad objetiva

El sistema de responsabilidad objetiva constituye, en muchas legislaciones, un régimen de excepción legislativa. Esta forma de abordar la responsabilidad objetiva abona su contraste con el régimen de responsabilidad por culpa o negligencia y está vigente en sistemas como el chileno. Entender este sistema en términos de excepcionalidad conlleva, al menos, dos consideraciones. En primer lugar, para la aplicación de este estatuto es necesario que se encuentre expresamente previsto en el sistema jurídico. El sistema de responsabilidad objetiva, en tal caso, depende de su establecimiento por parte de la legislación vigente. Su operatividad descansaría, entonces, en un principio de reserva legal según el cual solo tiene lugar la responsabilidad objetiva cuando ha sido expresamente considerada para el supuesto en cuestión. Sin una disposición que lo establezca, este régimen de responsabilidad no tiene aplicación.

En segundo lugar, y como consecuencia de la observación precedente, la operatividad de este estatuto de responsabilidad está regulada según su carácter de derecho estricto. Dado que solo tiene aplicación cuando ha sido expresamente considerado en el sistema jurídico, el ámbito de la responsabilidad objetiva no puede interpretarse extensivamente ni ser objeto de un razonamiento analógico. De ahí que, desde este punto de vista, no hay más supuestos de responsabilidad objetiva que los así definidos por la legislación, por lo que resulta improcedente su lectura amplia y su aplicación a casos similares a los efectivamente previstos. En estas coordenadas, no todo riesgo que se presente en la sociedad es objeto del sistema de responsabilidad objetiva. Esta dimensión estricta engarza con el carácter excepcional que presenta para estos modelos el régimen en oposición al

sistema de responsabilidad por culpa o negligencia que actúa de modo general y supletorio.

El carácter excepcional de la responsabilidad objetiva ha sido reconocido jurisprudencialmente. Así, se ha declarado —en la jurisprudencia chilena, por ejemplo— que “existe también consenso en doctrina [sobre] que la responsabilidad objetiva o estricta en nuestro derecho de daños es de carácter excepcional, esto es, solo opera cuando el legislador interviene expresamente y ello es así por cuanto su aplicación implica otorgar un tratamiento particular por sobre el régimen común y general”.<sup>13</sup> En esta misma línea, el órgano jurisdiccional añade que

si bien se ha vinculado tradicionalmente el sistema de responsabilidad objetiva con las actividades riesgosas, no necesariamente responden a este criterio, sin que pueda advertirse una actividad identificable en conjunto como ámbito de aplicación para este régimen de responsabilidad, de manera que su análisis es necesariamente casuístico, esto es, se aplica a las hipótesis restringidas que la ley ha previsto.<sup>14</sup>

Sin embargo, como se revisará más adelante respecto del caso de México, la responsabilidad objetiva no es necesariamente gestionada con estos parámetros de excepcionalidad. Por ello, su vigencia en el derecho de daños puede también articularse a partir de cláusulas generales y en las que es admisible la implementación de una interpretación analógica a supuestos distintos de los expresamente previstos por la legislación. Esta aplicación extensiva de la responsabilidad objetiva revela que la existencia o no de reserva legal y la procedencia o no de la aplicación a supuestos adicionales de riesgos responden, en definitiva, a la presencia de dos opciones regulatorias diferentes sobre este régimen de responsabilidad. En este sentido, distintos países han optado por una u otra modalidad.

El Código Civil español establece una regla general de responsabilidad por culpa o negligencia en el artículo 1902, al disponer que “El que por acción u omisión

<sup>13</sup> Corte Suprema, 28/01/2010, Rol No. 6919-2008. Westlaw: CL/JUR/986 2010.

<sup>14</sup> *Id.*

causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Del mismo modo, consagra en el artículo 1905 un supuesto de responsabilidad objetiva por los perjuicios que cause un animal, debiendo responder el poseedor o quien se sirve de este, aun cuando el animal se haya escapado o extraviado. A su vez, el artículo 1908 establece diversos supuestos en los que quien sea titular de la propiedad debe responder de los daños causados por las cosas que están bajo su dominio. Según se ha entendido en la doctrina española, la segunda —responsabilidad humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades— y tercera reglas —responsabilidad por caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor— constituyen hipótesis previstas de responsabilidad objetiva.<sup>15</sup> También puede observarse una aplicación de este sistema de responsabilidad civil en el artículo 1910, que hace responsable a la cabeza de familia que habita una casa o parte de ella de los daños causados por las cosas que se arrojasen o cayeran desde esta.

El Código Civil chileno de 1855, en tanto, consagra una regla general en materia de responsabilidad por culpa o negligencia en el artículo 2314, el cual dispone que “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. Por otro lado, establece supuestos específicos de responsabilidad objetiva en el artículo 2327 respecto de los daños causados por el animal fiero, y hace responsable de repararlos a quien lo tenga, sin que esta persona pueda ser escuchada, lo que conlleva que cualquier alegación de diligencia que pudiera esgrimirse no tendrá consideración alguna. Asimismo, el artículo 2328 dispone este régimen sobre la reparación del daño que es provocado por una cosa que cae o se arroja desde la parte superior de un edificio, en el que responsabiliza a todas las personas que habitan la misma parte del edificio. Para tal efecto, la indemnización de perjuicios se dividirá entre todas ellas.

---

<sup>15</sup> Peña López, “Capítulo II. De las obligaciones que hacen de culpa o negligencia. Artículos 1902 al 1910”, en *Comentarios al Código Civil*, pp. 2356-2357. Al respecto, se ha sostenido que, en los supuestos especiales de responsabilidad objetiva vigentes en el sistema jurídico español, el establecimiento de la responsabilidad objetiva “tiene su fundamento en el riesgo abstracto e inevitable”. —Kubica, “La imputación basada en la culpa y la imputación basada en el riesgo”, en *Derecho de daños. Tomo I*, p. 512—.

El Código Civil peruano de 1984, por su parte, establece una cláusula general de responsabilidad objetiva en el artículo 1970, titulado “Responsabilidad por riesgo”, la cual reza como sigue: “Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. No hay referencia a un determinado bien o a cierta actividad, sino al carácter riesgoso o peligroso que estas poseen y transparentan el factor de imputación de responsabilidad, lo que flexibiliza su aplicación a distintos supuestos que puedan ser encajados. En sintonía con lo anterior, el Código Civil y Comercial argentino de 2015 establece, en su artículo 1757, titulado “Hecho de las cosas y actividades riesgosas”, que “Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”. A continuación, en su inciso 2º, prescribe que “La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

Las fuentes normativas en las cuales puede consagrarse la aplicación de este régimen admiten dos vertientes: de un lado, el establecimiento en el Código Civil respectivo, si es el caso; de otro, su aplicación mediante un proceso de dispersión normativa que tiende al fraccionamiento del ordenamiento jurídico a partir del dictado de leyes especiales que regulan la materia. En lo que sigue se revisarán ambas estrategias.

### *A. Consagración en códigos civiles*

La responsabilidad objetiva está posicionada, por regla general, en los cuerpos normativos civiles que encabezan el sistema jurídico privado del respectivo lugar. Esta regulación suele ser cuantitativamente menor al espectro que cubre la responsabilidad por culpa o negligencia, y ello encaja con el carácter excepcional que reviste este estatuto de responsabilidad civil en ciertos países. Los supuestos más básicos que suelen comprenderse aquí son la responsabilidad por animales peligrosos y la responsabilidad por cosas que caen o se arrojan desde los edificios. Cabe destacar que en primera instancia los cuerpos normativos únicamente consideraron supuestos muy específicos de responsabilidad objetiva, como ocurre

con los dos casos antes indicados, pero enseguida comenzaron a introducirse cláusulas generales de responsabilidad objetiva en los ordenamientos jurídicos, lo que ensanchó la operatividad de este régimen.<sup>16</sup>

### B. *Dispersión normativa*

De manera progresiva la responsabilidad objetiva ha ganado terreno en los sistemas de derecho de daños mediante la emisión de legislaciones especiales que atienden a una zona específica de riesgos. Estas normativas versan sobre materias particularmente caracterizadas por los riesgos que se generan.<sup>17</sup> Ejemplos de estos asuntos pueden encontrarse en las legislaciones sobre responsabilidad de la persona propietaria y tenedora de vehículos motorizados, la responsabilidad de quien explota aeronaves en caso de accidente aéreo, responsabilidad por daños ocasionados por aplicación de plaguicidas, responsabilidad por daños provenientes de derrames contaminantes de hidrocarburos en el mar, responsabilidad por daños ocasionados por el manejo de residuos peligrosos y responsabilidad por daños provenientes del uso de instalaciones nucleares, entre otras regulaciones que caracterizan este ámbito del derecho privado.

## 3. Tipologías de responsabilidad objetiva

La responsabilidad objetiva no se ajusta a una tipología común y unitaria. Por el contrario, es posible diferenciar entre dos clases de responsabilidad objetiva, las cuales consisten, por un lado, en su versión simple o pura y, por otro, en su modelo calificado.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> De la misma manera, hay que tener presente que el desarrollo de la responsabilidad objetiva no solo ha tenido lugar gracias a la intervención del Poder Legislativo, sino también gracias a la introducción de reglas jurisprudenciales de mayor o menor alcance. Un ejemplo es el caso francés en la responsabilidad del guardián por el hecho de las cosas —Martín Casals y Ribot Igualada, “La responsabilidad objetiva. Supuestos especiales versus cláusula general”, en *Derecho privado europeo*, p. 839—.

<sup>17</sup> Acerca de la responsabilidad civil por actividades riesgosas, V. Álvarez Lata y Peña López, “Responsabilidad civil por actividades en sectores de riesgo: la responsabilidad por riesgo de la empresa y la práctica de actividades peligrosas”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, pp. 377-406.

<sup>18</sup> Barros Bourie, *op. cit.*, pp. 471-472.

### A. Responsabilidad objetiva simple o pura

Esta forma de la responsabilidad objetiva constituye la versión más básica en que la atribución de responsabilidad está esgrimida a partir de la relación de causalidad entre la realización de la actividad riesgosa y el daño que sufre la víctima. Su fórmula importa una relación entre antecedente y consecuente en virtud de la cual el antecedente consiste en el hecho del ejercicio de la actividad y el consecuente, en tanto, en el daño que surge a partir de ella.

### B. Responsabilidad objetiva calificada

Esta modalidad de responsabilidad objetiva, en cambio, supone una imagen compleja en la que la relación de causalidad no resulta ser una condición necesaria mas no suficiente para la atribución de responsabilidad civil al agente. En este sentido, se exige adicionalmente que el daño provenga de un vicio, defecto o falla de una cosa o servicio que genera el accidente. Por ello, la responsabilidad objetiva calificada devela la necesidad del nexo causal y, además, de la calificación de la calidad de la cosa o el servicio en cuestión.<sup>19</sup>

La responsabilidad objetiva calificada no es análoga a la responsabilidad por culpa o por negligencia, aun cuando pudiera estimarse que su relación es más fuerte que la media con su versión pura o simple. En la versión calificada de la responsabilidad objetiva no resulta admisible la excusa del demandado que alega su actuación diligente. Tal alegación solo es relevante en la responsabilidad por

---

<sup>19</sup> Sin embargo, cabe considerar que la Ley Federal de Protección al Consumidor de México ha establecido diversos derechos a favor del consumidor. Así, Muñoz y Vázquez Cabello enuncian derechos como el de seguridad, protección de la vida y salud, prevención y efectiva reparación del daño causado. De ahí que, si la violación de alguno de estos derechos conlleva daños para la esfera patrimonial de un consumidor o tercero, el fabricante, distribuidor o vendedor será civilmente responsable, pero en virtud del artículo 1910 del Código Civil Federal mexicano, que prevé una regla general en materia de responsabilidad civil por culpa o negligencia —Muñoz y Vázquez Cabello, *El renacimiento del derecho de daños en México. Un análisis comparativo*, p. 42—. En tal supuesto se trataría de una conducta ilícita de los agentes. Del mismo modo operaría la responsabilidad si se infringe el deber de información de los efectos nocivos de productos potencialmente peligrosos, que prescribe la Ley Federal de Protección al Consumidor en su artículo 41.

culpa o negligencia, toda vez que ello afecta directamente la imputación de la obligación reparatoria.

No obstante, tanto en la responsabilidad por culpa o negligencia como en la responsabilidad objetiva calificada se requiere un juicio negativo de valor. El matiz estará, entonces, en el objeto de dicha evaluación negativa. Mientras que en el régimen general y supletorio se valora negativamente la conducta del agente, en la responsabilidad objetiva calificada la valoración negativa recae en la calidad de la cosa o el servicio que se proporciona, estimándose como defectuosos. Dicha valoración se efectúa según el estándar de calidad que el público tenía derecho a esperar. De ahí que la primera valoración reside en el proceso en su conjunto y, en cambio, la segunda lo hace en la unidad que es comparada con el parámetro de calidad esperado por la comunidad.

En la responsabilidad objetiva calificada, por tanto, la actividad probatoria versa sobre la presencia de un vicio, defecto o falla de la cosa o servicio. La verificación del vicio, defecto o falla se encuentra desconectada de la acción u omisión de la cual ese respectivo carácter es el resultado. De ahí que, si se acredita el defecto, resulta irrelevante determinar si este carácter defectuoso de la cosa o el servicio se produjo de uno u otro modo. La prueba del defecto desplaza la relevancia de que este se haya producido a partir de la eventual negligencia en el proceso de fabricación.

Estas consideraciones reafirman el vínculo que presenta la responsabilidad objetiva con criterios de justicia distributiva. La asignación de los riesgos entre el agente responsable del riesgo y la víctima del daño devela un mecanismo distributivo en la reparación de los daños generados por la actividad, instalación o cosa riesgosa.

#### 4. ¿Podría ser la responsabilidad objetiva el régimen general y supletorio?

Una dificultad que persiste en el tratamiento de la responsabilidad objetiva es la cuestión de si acaso este régimen, tradicionalmente entendido como de excepción, podría transformarse en el sistema general y supletorio de responsabilidad

civil. En otros términos, el interrogante es si la responsabilidad objetiva puede sustituir a la responsabilidad por culpa o negligencia. Aquí la posición más asentada opta por la negativa.<sup>20</sup>

Barros, por ejemplo, ha indicado que la responsabilidad por culpa o negligencia es el estatuto de responsabilidad que se ajusta con la relación de derecho privado y que rige satisfactoriamente los encuentros espontáneos entre los agentes. De lo contrario, la inversión de la regla en materia del régimen general traería como consecuencia un marco de interacción asfixiante que no se condice con la forma de llevar a cabo las relaciones sociales por parte de los individuos.

Rosenkrantz ha advertido que el sistema de responsabilidad objetiva es el indicado para posicionarse como régimen general y supletorio.<sup>21</sup> Esta consideración está justificada en la medida en que, desde su punto de vista, la responsabilidad objetiva es el sistema que mejor resguarda el valor de la agencia humana y la individualidad de los agentes. De acuerdo con este modelo, los seres humanos estamos obligados a hacernos responsables de las consecuencias de todas nuestras acciones, con independencia de si hubieran sido o no incorrectas. Únicamente la respuesta que ofrece la responsabilidad objetiva para responsabilizar a un agente, aun cuando no haya actuado negligentemente ni de modo incorrecto, puede considerarse que honra la agencia humana y la individualidad como agente responsable de todo lo que efectúa.

## 5. Regulación

Para efectos de regular la responsabilidad objetiva existen dos alternativas. La primera de ellas es el establecimiento de una norma que contenga un criterio general; la segunda consiste en la agrupación de casos. El lugar común de ambas estrategias reside en que, cuando el desarrollo de una actividad, una instalación o el uso de una cosa queda sujeta al régimen de responsabilidad objetiva, no hay tránsito

---

<sup>20</sup> Barros Bourie, *op. cit.*, p. 489; V también, el capítulo I, apartado II.1.B, de este manual.

<sup>21</sup> Rosenkrantz, “En defensa de la responsabilidad estricta: una revisión crítica del *Tratado de responsabilidad extracontractual*, de Enrique Barros B.”, en *Estudios Públicos*, pp. 291 y ss.

inverso, de manera que aquello que pasa a considerarse como un supuesto de responsabilidad objetiva no regresa al estatuto de responsabilidad por culpa o negligencia, lo que devela que la calificación legislativa del riesgo que tiene lugar por la actividad desarrollada determina la operatividad del sistema de responsabilidad civil objetiva. Esto no quiere decir, desde luego, que las reglas de responsabilidad por culpa dejen de operar en el trasfondo de la reparación de los ilícitos extracontractuales. Un supuesto de responsabilidad objetiva, como es tradicionalmente el uso de una instalación nuclear, también puede ser juzgado a la luz de una regla de culpa.

En el ámbito dogmático, la posición más asentada consiste en la agrupación de casos específicos en que tiene aplicación la responsabilidad objetiva. La fijación de una cláusula general de responsabilidad objetiva ha sido tomada con escepticismo en los estudios sobre derecho de daños. Según Basozabal Arrue,<sup>22</sup> no ha habido una real inquietud doctrinal por incorporar una cláusula general de responsabilidad objetiva por riesgos extraordinarios. En la literatura pueden hallarse posiciones que se apartan de esta posibilidad o son derechamente contrarias a su establecimiento. Si se concibe la responsabilidad objetiva en términos de un estatuto excepcional de responsabilidad civil, irremediamente se dificulta la posibilidad de encajar una cláusula general de este tipo de responsabilidad, como ocurre con la responsabilidad por culpa o negligencia.

Una alternativa es deslizada por Basozabal Arrue, quien advierte la oportunidad de discutir si conviene o no integrar en los códigos civiles ámbitos de aplicación de la responsabilidad objetiva que están cubiertos en leyes especiales.<sup>23</sup> La cuestión aquí se trataría de determinar la pertinencia de conservar esos supuestos de responsabilidad civil objetiva en leyes especiales, que rondan la periferia del sistema, o bien de integrarlos a la regulación que contiene el código civil respectivo. Esto supondría efectuar un examen particular de cada regulación. Así, por ejemplo, la tradicional regulación sobre responsabilidad de la persona propietaria y tenedora de vehículos motorizados puede insertarse en la regulación general del código civil, pero muchas de las materias que se reglamentan en leyes especiales conviene

---

<sup>22</sup> Basozabal Arrue, *Responsabilidad extracontractual objetiva. Parte general*, p. 160.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 161.

mantenerlas de este modo, tal como ocurre con la responsabilidad objetiva por los accidentes generados por el uso de plaguicidas, el derrame de hidrocarburos al mar o el uso de instalaciones nucleares.

La técnica regulatoria de los grupos de casos se ha forjado con base en los siguientes grupos: (i) actividades especialmente peligrosas, (ii) responsabilidad vicaria o por hecho de los dependientes, (iii) situaciones en que las partes no pueden ser tenidas como iguales frente al riesgo y (iv) bienes públicos o especialmente valiosos.<sup>24</sup> En estos grupos se encuentran supuestos recurrentes de responsabilidad objetiva en distintos sistemas jurídicos. En el grupo (i) la caída de objetos de la parte superior de los edificios y los daños ocasionados por animales peligrosos suelen constituir supuestos de actividades particularmente peligrosas. En relación con el grupo (ii), en tanto, puede allí situarse la responsabilidad del dependiente que es entendida como inescindible de la actividad del principal. Acerca del grupo (iii), las posiciones asimétricas que dificultan el tratamiento de las partes como formalmente iguales se expresan en la responsabilidad por accidentes de trabajo y la responsabilidad por productos defectuosos. Por último, en el grupo (iv) pueden situarse supuestos de responsabilidad objetiva como la responsabilidad por daños ambientales y daños ocasionados por instalaciones especialmente peligrosas.

En el modelo español, en tanto, la agrupación de casos de responsabilidad objetiva opera en términos similares. En este sentido, se ha formulado el esquema sobre la base de los siguientes grupos: (i) actividades intrínsecamente peligrosas, (ii) actividades empresariales, (iii) desigualdad de las partes ante el mismo riesgo y, finalmente, (iv) bienes especialmente vulnerables. Como es posible apreciar, la nomenclatura es similar y los supuestos antes indicados admiten un encaje análogo al efectuado.

Los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil —PETL por sus siglas en inglés— establecen, en el artículo 5:101, el sistema de responsabilidad objetiva para actividades anormalmente peligrosas. Se prescribe ahí que, cuando

---

<sup>24</sup> Barros Bourie, *op. cit.*, pp. 479 y ss.

una persona lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa, responde objetivamente del riesgo de esa actividad y el resultante de aquella. A continuación, se explica que la actividad es anormalmente peligrosa si, por una parte, crea un riesgo previsible y significativo de daño, a pesar de que se emplee el debido cuidado en su ejercicio; y si, por otra, se trata de una actividad que no es objeto de uso común. Estas consideraciones no reciben aplicación cuando la actividad se sujeta al régimen de responsabilidad objetiva por alguna otra disposición de los PETL o bien por alguna legislación nacional o convención internacional. Finalmente, en su artículo 5:102 se prevé que la legislación nacional puede establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva, aun cuando dichas actividades no sean anormalmente peligrosas.<sup>25</sup>

## 6. Encaje de la responsabilidad objetiva con otras normas del derecho de daños

Como fue indicado, el sistema de responsabilidad civil objetiva se encuentra articulado sobre la base de la noción de riesgo, en la medida en que el antecedente para el establecimiento de este estatuto de responsabilidad es la realización de una actividad o la tenencia de una cosa que genera el riesgo de daño.<sup>26</sup> Su fisonomía y funcionamiento particular inciden en la manera en que ciertas normas e institutos del derecho de daños operan en este régimen de responsabilidad. Sin pretensiones de exhaustividad, pueden considerarse las siguientes normas: causalidad; culpa concurrente; fuerza mayor y caso fortuito; y, por último, el monto indemnizatorio y la limitación legal. Se apuntarán algunas breves consideraciones respecto de cada una de estas figuras, para mostrar la manera en que encajan con la responsabilidad objetiva.

### A. Causalidad

Frente a la prescindencia de la culpa o negligencia como factor de imputación de responsabilidad, el riesgo se posiciona en esa función y, a su vez, la relación causal

---

<sup>25</sup> En relación con los presupuestos, la regulación y el funcionamiento de la responsabilidad objetiva puede consultarse O'Callaghan Muñoz, "La responsabilidad objetiva", en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, pp. 799-820.

<sup>26</sup> Barros Bourie, *op. cit.*, p. 499.

se convierte en el elemento central del establecimiento de la responsabilidad objetiva.<sup>27</sup> Únicamente es relevante que el daño se produzca en el ámbito de riesgo que está sujeto a este estatuto de responsabilidad. Esta imagen suele asociar la responsabilidad objetiva con el funcionamiento de las obligaciones de garantía en el contexto contractual, en que una parte garantiza un estado de cosas a la otra, mostrando una arista de objetivación de la responsabilidad por el incumplimiento de esta obligación. Sobre la base de esta clase de obligaciones se asegura a las eventuales víctimas que todo daño que tenga lugar en el marco del desarrollo de una determinada actividad será indemnizado por el agente que la despliega.<sup>28</sup> En este sentido, el parangón entre la responsabilidad objetiva y las obligaciones de garantía opera toda vez que quien realiza la actividad en cuestión asegura que responderá por los daños que pudiere causar.

Por supuesto, la causalidad es un requisito para el éxito de la acción indemnizatoria de perjuicios en el ámbito extracontractual, de modo tal que resulta indispensable en ambos regímenes, pero la conexión causal se construye de forma distinta en cada esquema. Así, el nexo opera entre la acción u omisión del agente y el daño en el sistema de responsabilidad por culpa o negligencia y, por su parte, entre el riesgo y el daño causado en el modelo de responsabilidad objetiva. Por ello, una vez que una cosa, actividad o instalación es calificada de riesgosa, conformándose el factor de imputación, el elemento determinante del sistema de responsabilidad objetiva es la causalidad.

## B. Culpa concurrente

La figura de la culpa concurrente de la víctima en virtud de la cual la actuación culposa de quien sufre el daño concurre con la verificación del accidente que causa el daño también tiene operatividad en la responsabilidad objetiva.<sup>29</sup> De ahí que resulta relevante la actitud imprudente de la víctima del daño y, tal como

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 500.

<sup>28</sup> López Mesa concibe a la garantía como un factor objetivo de responsabilidad y sostiene que a través de “este factor de atribución se establece un deber legal de garantía a cargo del principal o comitente, quien es convertido *ministerio legis* en una suerte de fiador o asegurador de indemnidad de su contratante” —López Mesa, *La responsabilidad civil. Sus presupuestos en el Código Civil y Comercial*, p. 690—.

<sup>29</sup> Barros Bourie, *op. cit.*, p. 501.

ocurre en el régimen de responsabilidad por culpa o negligencia, acarrea como consecuencia la reducción del *quantum* indemnizatorio. Toda vez que la víctima del daño se ha expuesto en forma imprudente a la actividad riesgosa, concurriendo con ello a la verificación del accidente, el monto de la indemnización de perjuicios puede rebajarse. Esto se justifica porque la víctima del daño en un régimen de responsabilidad objetiva no está exenta de las cargas que pesan sobre su comportamiento en el sistema de responsabilidad por culpa o negligencia. Por ello, este instituto recibe operatividad en ambos sistemas de responsabilidad civil —véase capítulo VI, apartado III, de este mismo manual—.

### C. Fuerza mayor o caso fortuito

La fuerza mayor o caso fortuito ofrece dificultades para su tratamiento como una posible defensa del agente responsable en este estatuto de responsabilidad.<sup>30</sup> Si bien en el ámbito de la responsabilidad por culpa o negligencia tiene una significativa operatividad para liberar al agente de su obligación de responder por el daño causado, en la responsabilidad objetiva se establecen reglas jurídicas que buscan otorgar cobertura a todo daño que provenga del riesgo generado por la actividad, a pesar de que haya intervención de una causa ajena. Este propósito, que se encuentra en el establecimiento de la responsabilidad objetiva, explica por qué no siempre la fuerza mayor o el caso fortuito resultan pertinentes como excusas válidas en los distintos supuestos de responsabilidad civil objetiva. Su efecto no será necesariamente la exclusión de responsabilidad civil del agente que lo alegue.

En estas coordenadas, se ha considerado que el umbral del riesgo de la actividad en cuestión incide en la operatividad o no de la fuerza mayor o caso fortuito en este sistema de responsabilidad civil. De este modo, si el riesgo es alto, este instituto no actúa excluyendo la responsabilidad del agente. En cambio, si el riesgo de la actividad es bajo o no es grave, la fuerza mayor o el caso fortuito admiten operatividad y excluyen la responsabilidad objetiva. Con todo, se debe tener presente que usualmente los estatutos de responsabilidad objetiva contienen una regla que se refiere específicamente a esta excusa, para prescribir su eventual procedencia.

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 502.

En tal caso, habría que ceñirse a lo establecido por la normativa especial que consagra el régimen. Si no estuviera definida la operatividad de la fuerza mayor o caso fortuito, el órgano judicial debería valorar las circunstancias que llevaron al Poder Legislativo al establecimiento del estatuto de responsabilidad objetiva y, a partir de este análisis, determinar si procede o no la defensa del agente. Por consiguiente, el criterio que es posible formular sugiere que, a mayor riesgo, menor es la tolerancia para la admisión de la fuerza mayor o el caso fortuito en la responsabilidad objetiva. Estos temas se tratan con más profundidad en el capítulo VI, apartado IV, de este manual.

#### *D. Monto indemnizatorio y limitación legal*

Finalmente, puede observarse que el alcance del monto indemnizatorio actúa del mismo modo que en la responsabilidad por culpa o negligencia. De ahí que la determinación del *quantum* indemnizatorio no esté sujeta al tipo de estatuto de responsabilidad del cual se trate.<sup>31</sup> Tanto en el de responsabilidad por culpa o negligencia como en el de responsabilidad objetiva, el monto de la indemnización está formulado por la magnitud del daño y no por la naturaleza del régimen que regula su reparación. De este modo, se reparan los daños causados a la víctima con independencia del régimen de responsabilidad civil que sea operativo en el caso concreto, sin perjuicio de las reglas que resulten aplicables sobre el alcance de la responsabilidad, que sí pueden tener en cuenta el factor de atribución aplicable —culpa, dolo o riesgo— al moderar cuáles consecuencias del ilícito extracontractual son reparables y cuáles no —capítulo I, apartado II.2.B de este manual—.

Por otra parte, los sistemas de responsabilidad objetiva pueden contener límites legales al monto indemnizatorio, fijando valores máximos que pueden pagarse por parte del agente responsable del ámbito del riesgo.<sup>32</sup> Esta fórmula se encuentra especialmente presente en los convenios internacionales que tratan materias propias de este tipo de estatuto de responsabilidad y, a su vez, se replica en legislaciones

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 503.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 504.

especiales que están inspiradas en la normativa internacional. Esto se puede encontrar, por ejemplo, en la Convención de Viena sobre responsabilidad por daños nucleares, la cual se refleja en las legislaciones nacionales.<sup>33</sup>

El posicionamiento de esta limitación al monto indemnizatorio refleja la ponderación que existe entre, por una parte, el interés en el desarrollo de actividades que están sujetas al régimen de responsabilidad objetiva y, por otra, el interés en proteger a las eventuales víctimas de las actividades riesgosas y que representan un peligro para ellas: aun cuando se trata de actividades especialmente peligrosas, tienen un valor social importante que hace necesaria su ejecución.

Por último, en esta materia se ha discutido acerca de la posibilidad de que la limitación del *quantum* indemnizatorio sea aprovechada por quien incurrió en culpa en la materialización del accidente. Frente a esta alternativa, se entiende que la limitación del monto únicamente opera a favor de quien es responsable por el riesgo que genera su actividad y, por tanto, no favorece a quien actúa de manera negligente. En este supuesto, entonces, no opera la limitación del monto máximo indemnizatorio.

### III. Enumeración de hipótesis legales: Código Civil Federal mexicano

El Código Civil Federal de México ofrece, en sus artículos 1913 y 1932, regulaciones que establecen la vigencia del sistema de responsabilidad objetiva. A pesar de que la noción de responsabilidad objetiva, estricta o por riesgo no es empleada por las disposiciones legales, es posible observar que se trata de este tipo de estatuto forjado a partir de la estrategia de agrupación de casos más arriba revisada. La primera regla se encuentra formulada en términos de cláusula general en la que se indican supuestos de uso de cosas intrínsecamente peligrosas y se responsabiliza a la persona que hace uso de ellas. La segunda normativa, en tanto, versa

---

<sup>33</sup> El artículo V, número 1, de esta Convención, establece que “El Estado de la instalación podrá limitar el importe de la responsabilidad del explotador a una suma no inferior a 5 millones de dólares de los Estados Unidos por cada accidente nuclear”.

sobre supuestos de actividades especialmente peligrosas, en las cuales se radica la responsabilidad en la persona titular de la propiedad por los daños ocasionados por ese conjunto de actividades. En este núcleo de casos se prescinde de la actuación culpable o negligente de la dueña o dueño, por lo que se establece su responsabilidad con independencia de la diligencia de su accionar.<sup>34</sup>

## 1. Análisis del artículo 1913

De acuerdo con el artículo 1913, la persona que usa mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos —ya sea que la peligrosidad provenga de su velocidad, de su naturaleza explosiva o inflamable, de la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o bien derive de otras causas análogas— estará obligada a responder del daño que cause, aun cuando no obre ilícitamente. Dicha regla legal añade que la persona quedará liberada de la obligación indemnizatoria si es que acredita que el daño se produjo, en realidad, por la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

De este modo, la responsabilidad objetiva de la persona que usa estas cosas u objetos peligrosos por sí mismos se encuentra claramente establecida, toda vez que esta tiene lugar a pesar de que el agente no haya obrado ilícitamente. Esta disposición atiende únicamente a la conexión causal que media entre el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que generan riesgos y el daño ocasionado, que es una concretización de dicho riesgo. Se trata de una responsabilidad objetiva pura o simple, en que la conexión entre antecedente y consecuente es suficiente para formular la imputación de responsabilidad, sin atender a la conducta culpable o negligente del agente. El elemento fundamental reside en la causalidad, y su determinación opera con independencia del accionar diligente o no de quien usa estas cosas u objetos.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Al respecto, se ha señalado que “[l]a responsabilidad civil objetiva se encuentra regulada en nuestro Código Civil Federal en el artículo 1913 y contiene ciertos casos específicos en el artículo 1932” —Muñoz y Vázquez Cabello, *op. cit.*, p. 38—. Se trata, por ende, de un esquema articulado sobre la base de una cláusula general y complementado con supuestos particulares de responsabilidad objetiva.

<sup>35</sup> Respecto del artículo 1913, junto con revalidar el carácter objetivo de la responsabilidad que aquí se consagra, se ha observado que “se requiere el que se haga uso o se ponga a funcionar cualquiera de los

Lo interesante es que, si bien aquí hay un supuesto de responsabilidad objetiva pura o simple, que atiende al ámbito de riesgo que genera la persona que usa estos mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias, la regla prevé la salida liberatoria para el agente dañador en la medida en que acredite que se produjo por la culpa o negligencia inexcusable de la víctima del daño. Dicha figura opera, entonces, como causal de exoneración total si el daño se ha verificado por culpa exclusiva de la víctima. Esto supone que, en lugar de reducirse el *quantum* indemnizatorio producto de la actuación de grave falta de diligencia por parte de la víctima, el agente dañador podría liberarse de la responsabilidad. Tal prueba permitiría desvirtuar la imputación de responsabilidad en su contra.<sup>36</sup> Sobre este punto, se ha advertido que “la intensidad o alcance que ha de tener la conducta de la víctima para *excluir* la responsabilidad objetiva del demandado debe determinarse desde un punto de vista causal”.<sup>37</sup>

No obstante, si la culpa o negligencia de la víctima únicamente contribuye al daño, sin que concurra exclusivamente el daño a partir de su actuación, tendrá lugar una reducción en el monto de la indemnización de perjuicios según las reglas generales en materia de responsabilidad civil —véase capítulo VI de este manual—. En tal supuesto, se limita la obligación indemnizatoria del agente responsable.

## 2. Análisis del artículo 1932

Esta regla jurídica que hace responsable a la persona propietaria por una serie de daños que se ocasionen encuentra sus antecedentes intelectuales en el artículo 1908 del Código Civil español ya mencionado. Tal regla considera riesgos de carácter extraordinario y su frecuencia es poco común, lo cual explicaría la imagen

---

elementos riesgosos que precisa el precepto; que con ello se hayan provocado daños a la víctima y que los daños no sean resultado de culpa o negligencia inexcusable de la víctima” —Cruz Mejía, *Hacia el derecho de daños en México. Responsabilidad civil, teoría, evolución, crisis, socialización, descodificación y nueva visión*, p. 74—.

<sup>36</sup> En tal caso, la excepción se produce porque “existe una relación de causalidad entre el uso o funcionamiento y el daño resultante, pero este es atribuible a culpa o negligencia inexcusable de la víctima” —*ibid.*, p. 76—. En definitiva, tal actuación de la víctima va a interrumpir el curso causal de la imputación de responsabilidad.

<sup>37</sup> Martín Casals y Ribot Igualada, *op. cit.*, p. 838.

de responsabilidad objetiva que encarna.<sup>38</sup> De ahí que la enumeración de supuestos no considera la culpa o negligencia del agente dañador; no obstante, se han mostrado dudas de que todos los supuestos previstos en la legislación federal mexicana en este artículo sean de responsabilidad objetiva, inclinándose en algunos casos como operativos de una presunción de culpabilidad. Cabe hacer presente que las mismas inquietudes ha generado la reglamentación española.<sup>39</sup> Al establecer que el sujeto responsable es la persona propietaria, debe entenderse que, para los efectos de la operatividad de esta regla, se trata de quien efectivamente desarrolla la explotación de la cosa en cuestión, y no necesariamente será el titular de su dominio. Quien explota la cosa es quien tiene el control de esta y el riesgo que encarna.

#### A. Responsabilidad por explosión o inflamación

La responsabilidad objetiva del agente está claramente fundada por el riesgo de la actividad que puede llevar a la explosión de máquinas o la inflamación de sustancias explosivas que provoquen daños en la comunidad. Esta actividad puede engarzarse con lo establecido en el artículo 5:101 de los PETL, según el cual esta actividad puede calificarse de anormalmente peligrosa en la medida en que se crea un riesgo previsible y significativo de daño, pese a la diligencia desplegada y, además, al tratarse de una actividad que no es de uso común. La indicación relativa a la explosión y la inflamación observa ambas consideraciones.<sup>40</sup> Una observación que abona el carácter objetivo de esta responsabilidad reside en que esta regla no contiene la previsión del numeral 1 del artículo 1908 del Código Civil español, en orden a la falta de la debida diligencia en el cuidado de las máquinas y la ubicación en lugar seguro de las sustancias explosivas, permitiendo al demandado exonerarse probando su debida diligencia.

<sup>38</sup> Medina Villanueva, *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*, p. 116.

<sup>39</sup> Peña López, *op. cit.*, pp. 2356 y ss.

<sup>40</sup> Este supuesto ha sido engarzado con lo establecido en el artículo 1913, ya que se trata de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias intrínsecamente peligrosas a la luz de su naturaleza explosiva o inflamable —Medina Villanueva, *op. cit.*, p. 118—.

### B. Responsabilidad por humo o gases nocivos

Una consideración similar puede esgrimirse respecto del supuesto en que el humo o los gases nocivos importan un riesgo calificado legislativamente para la sociedad. Se trata de un ámbito de riesgo marcado por su peligrosidad para la vida de las personas o sus propiedades, y, de nuevo, logra ajustarse a lo establecido por los PETL como un supuesto de actividad anormalmente peligrosa. La persona propietaria será considerada responsable de los daños ocasionados en el marco de esta esfera de riesgo, a pesar de que su comportamiento no sea negligente.<sup>41</sup> Esta regla coincide con lo establecido por el número 2 del artículo 1908 del Código Civil español. En este sentido, a la víctima le bastará con probar los perjuicios como consecuencia de la emanación de humos o gases —sujeta a la debida conexión causal—, comprobación que impedirá que el agente pueda exonerarse gracias a la acreditación de su diligencia o caso fortuito o fuerza mayor.

### C. Responsabilidad por la caída de árboles

Este supuesto da cuenta de una actividad considerada especialmente riesgosa para las personas, por los daños que la caída de árboles puede generar directamente en la propiedad o integridad de estas. También puede encajarse con lo dispuesto por los PETL para daños ocasionados por una actividad entendida como anormalmente peligrosa. Tampoco se requiere la culpa o negligencia de la persona propietaria.<sup>42</sup> Cabe destacar que la aplicación de este supuesto opera en la medida en que la caída *no sea ocasionada por fuerza mayor*. Esto refleja que para este caso tiene efectivamente operatividad la defensa de la fuerza mayor, que, según se indicó, no ofrecía una única respuesta o eficacia en el estatuto de responsabilidad objetiva. Esta regla es similar al numeral 3 del artículo 1908 del Código Civil español. Si el daño es ocasionado por la caída de un árbol, responderá la persona

<sup>41</sup> Del mismo modo, este supuesto ha sido emparentado con el artículo 1913 con base en la indicación de sustancias peligrosas por sí mismas —*ibid.*, p. 118—.

<sup>42</sup> Sin embargo, se ha estimado como una presunción de culpa y no de responsabilidad objetiva, toda vez que “para librarse de responsabilidad el propietario del árbol deberá acreditar su debida diligencia o que el árbol no ameritaba ‘mantenimiento’ —entiéndase poda o alguna labor preventiva de la caída del árbol o de la rama— o que fuera por fuerza mayor” —Medina Villanueva, *ibid.*, p. 118. Énfasis del original—.

propietaria, quien no puede descargar su responsabilidad civil demostrando que ha actuado de modo diligente.

#### *D. Responsabilidad por emanaciones de cloacas o depósitos infectantes*

Quien posee el título de propiedad responderá por los daños ocasionados por emanaciones de cloacas o depósitos infectantes, lo cual devela la peligrosidad que está involucrada en este supuesto y que expone a las personas. Se trata de un supuesto que expresa una actividad anormalmente peligrosa que importa un riesgo de daño previsible y significativo, y, asimismo, refleja una actividad que no es común. Para la formulación de la responsabilidad objetiva de la persona propietaria se prescinde de su culpa o negligencia. A diferencia del número 4 del artículo 1908 del Código Civil español, este precepto no contiene la indicación de que se trata de cloacas o depósitos que han sido construidos sin tomar las precauciones adecuadas según el lugar en que se encuentran. Esto, naturalmente, refuerza que el régimen en este supuesto es de responsabilidad civil objetiva.

#### *E. Responsabilidad por depósitos de agua*

Este caso considera la responsabilidad de la persona propietaria por depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de este, causándole daños. Desde luego, versa sobre una actividad anormalmente peligrosa en los términos de los PETL y hace responsable a la persona propietaria por el ámbito de riesgo que sobre ella recae.

#### *F. Responsabilidad por peso o movimiento de máquinas o por aglomeraciones de materias o animales nocivos*

Por último, se consagra la responsabilidad objetiva del dueño o dueña por los daños causados por el peso o movimientos de máquinas o bien por aglomeraciones de materias o animales que resultan nocivos a la salud. Aquí el factor de imputación de responsabilidad es ostensiblemente el riesgo que generan las actividades

o bien la aglomeración de cosas que representan un peligro para la comunidad. Los materiales y animales están caracterizados por generar efectos nocivos a la salud de las personas, y esto claramente constituye un indicador de su peligrosidad que justifica el funcionamiento del régimen. También puede ser interpretada como un caso de actividad anormalmente peligrosa en que el riesgo de daño es previsible y significativo, y, además, su uso no sea común, como ocurre con el almacenamiento de materias o animales riesgosos. En este supuesto se establece una consideración de clausura que actúa de manera abierta, la cual prescribe que la persona propietaria será responsable *por cualquier causa que sin derecho origine algún daño*. Esta cláusula brinda la posibilidad de incorporar otros supuestos de responsabilidad para que se rijan de acuerdo con este estatuto.

### 3. Responsabilidad por el hecho de los animales

La responsabilidad por los daños causados por los animales ha estado sujeta a un régimen de responsabilidad objetiva cuando se trata de un animal peligroso o fiero, o bien a un régimen de responsabilidad por culpa o negligencia, pero con presunción de culpabilidad en contra de su propietario o propietaria por los daños ocasionados por el animal. Tal es el caso del sistema jurídico privado chileno, en el que se consagra, en el artículo 2327, el régimen de responsabilidad objetiva a quien tenga al animal fiero, y, en tanto, en el artículo 2326, la responsabilidad por culpa presunta de la dueña o dueño o de quien se sirva del animal por los daños que este ocasione.

Al respecto, el artículo 1929 establece un sistema de responsabilidad en que el dueño o dueña del animal responderá en la medida en que no logre acreditar alguna de las circunstancias que en la disposición son enumeradas. Se establece que para liberarse de la responsabilidad debe probar (i) que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario o (ii) que el animal fue provocado o (iii) que hubo imprudencia por parte del ofendido, o bien iv) que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor. Esta reglamentación ha sido entendida como de culpa presunta por parte de la persona propietaria del animal.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> En este sentido, V. Medina Villanueva, *op. cit.*, p. 114.

Conviene detenerse en algunas consideraciones. En primer lugar, es posible desprender de la circunstancia (i) que el régimen no es de responsabilidad objetiva, ya que al dueño o dueña le basta con acreditar que guardaba y vigilaba al animal con el cuidado necesario. Esto muestra que el dueño o dueña debe probar su diligencia en la guarda y vigilancia del animal, cuestión que sería irrelevante si se tratase de una imputación de responsabilidad articulada sobre la base de la mera relación causal entre el riesgo de tener el animal y los daños que este haya ocasionado. Acerca de (ii) se refleja la relevancia de considerar la conducta de la víctima, en tanto con esta provoque al animal. En relación con (iii), la actuación imprudente por parte de la víctima del daño no desencadena la reducción del *quantum* indemnizatorio, como sucede tanto en los sistemas de responsabilidad por culpa o negligencia como en los regímenes de responsabilidad objetiva. La acreditación de la conducta imprudente del ofendido conllevaría, en los términos de la regla legal, la liberación del dueño o dueña del animal de la obligación reparatoria. Por último, sobre (iv) se considera expresamente la pertinencia de alegar el caso fortuito o la fuerza mayor como una defensa de la persona propietaria del animal. Dicha operatividad está fundada en el régimen de responsabilidad por culpa o negligencia en el cual se sitúa este supuesto y, además, en que la regla no alude directamente a un animal fiero o peligroso, cuyos daños son regidos por el estatuto de responsabilidad objetiva.

#### 4. Responsabilidad por ruina de los edificios

De acuerdo con el artículo 1931, quien sea titular de la propiedad del edificio responde de los daños ocasionados por su ruina, ya sea total o parcial, en la medida en que esta acaezca por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción. Respecto de esta regulación es posible esgrimir dos observaciones. Por un lado, la responsabilidad del titular de la propiedad del edificio se ajusta al régimen general y supletorio cuando esta se debe a la falta de reparaciones necesarias que debían efectuarse al edificio para evitar su ruina. Naturalmente, se trata de una actuación culpable o negligente por parte de la persona propietaria no haber realizado tales reparaciones. Su no realización devela la culpabilidad del dueño o dueña del edificio en caso de que ocurra un accidente.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> También se ha entendido este supuesto como una presunción de culpabilidad de la persona propietaria del edificio, porque puede ser considerado “en términos prácticos, al menos como una inversión

Por otro lado, la responsabilidad de la persona propietaria por los vicios de la construcción encaja, como fue visto, con un supuesto de responsabilidad objetiva calificada, para cuya formulación es indispensable una valoración del carácter defectuoso de la cosa o servicio. Frente al estándar que cabe esperar por parte del público respecto de una construcción, la responsabilidad tiene lugar por la presencia de la falla, defecto o vicio de la cosa o servicio. De manera tal que, para formular la responsabilidad por la ruina provocada por vicios de la construcción, la acreditación de la relación causal entre el riesgo y los daños provocados no sería condición suficiente de la operatividad de la regla. Se requiere esta valoración adicional sobre el carácter de la construcción.

#### **IV. Carácter de la regulación: uniformidad o fragmentación**

Cabe cuestionarse si la regulación de responsabilidad objetiva que considera el Código Civil Federal de México es uniforme en cuanto a los criterios o bien es fruto de una fragmentación de hipótesis de responsabilidad que no guardan, en estricto rigor, relación sustantiva entre sí.

La preocupación surge porque se ha planteado la posibilidad de establecer una o más directivas generales en las cuales puedan engarzarse las reglas de responsabilidad objetiva de un sistema jurídico privado. Si esto fuese plausible, la cuestión sería determinar a cuáles criterios responden los supuestos de responsabilidad de manera uniforme. Sin embargo, una buena parte de las normativas sobre responsabilidad objetiva reposa sobre la base de una dispersión o fragmentación de consideraciones a partir de las cuales no es tarea sencilla extraer un criterio uniforme, común y consistente entre los distintos supuestos.

Desde estas coordenadas de análisis, es posible afirmar que los supuestos de responsabilidad objetiva, propiamente, se encuentran agrupados en los artículos 1913 —construido mediante la técnica de la cláusula general— y 1932 —forjado a

---

de la carga de la prueba, ya que la única forma de librarse de responsabilidad sería que el propietario acreditara que le dio el mantenimiento necesario o que el daño se produjo con fuerza mayor” —Medina Villanueva, *op. cit.*, p. 114—.

partir de supuestos particulares— del Código Civil Federal mexicano. Esta regulación responde a una agrupación de casos concatenados a partir de su peligrosidad. Se trata de ámbitos de riesgo previsible y significativo para las personas o sus propiedades. Tal carácter permite situar estos supuestos en el primer grupo de casos que revisamos a propósito de las estrategias regulatorias, es decir, como supuestos de cosas o actividades especialmente —o intrínsecamente— peligrosas, según la nomenclatura que se emplee. El lugar común de los mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias de la primera regla en relación con las actividades de la segunda disposición es su peligrosidad y, por ende, comparten el carácter marcadamente riesgoso para la comunidad.

Las restantes reglas jurídicas revisadas no contienen, en verdad, supuestos de responsabilidad objetiva, salvo en lo que atañe a los daños ocasionados por la ruina de los edificios provocada por vicios en la construcción, consagrada en el artículo 1931, que trae consigo la aplicación de responsabilidad objetiva calificada.

Lo anterior devela que los esfuerzos de sistematización de los posibles criterios con base en los cuales afinar la responsabilidad objetiva en este cuerpo normativo deberían reconducirse a la luz del carácter especialmente peligroso que comparten estos casos, pues se muestran como supuestos riesgosos para la comunidad. Tal consideración está encarnada tanto en las cosas u objetos del artículo 1913 como en las actividades del artículo 1932. De este modo, sería posible conciliar los supuestos de ambas disposiciones legales con la vigencia de un criterio uniforme de establecimiento. Tanto la cláusula general de responsabilidad objetiva como los casos específicos considerados en el Código Civil Federal de México responden al carácter riesgoso o peligroso de las hipótesis que están planteadas en relación con las personas como posibles víctimas, lo que posiciona al riesgo como factor de imputación de responsabilidad en este ámbito del derecho de daños mexicano.

## Bibliografía

Alpa, G., *Los principios de la responsabilidad civil*, trad. César E. Moreno More, Temis, Bogotá, 2018.

- Álvarez Lata, N. y Peña López, F., “Responsabilidad civil por actividades en sectores de riesgo: la responsabilidad por riesgo de la empresa y la práctica de actividades peligrosas”, en José Manuel Busto Lago y Luis Fernando Reglero Campos (coords.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2a ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 377-406.
- Barros Bourie, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual. Tomo I*, 2a. ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2020.
- Basozabal Arrue, X., *Responsabilidad extracontractual objetiva. Parte general*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- Concepción Rodríguez, J. L., *Derecho de daños*, 3a. ed., Bosch, Barcelona, 2009.
- Corral Talciani, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 2a. ed. actualizada, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.
- Cruz Mejía, A., *Hacia el derecho de daños en México. Responsabilidad civil, teoría, evolución, crisis, socialización, descodificación y nueva visión*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- Díaz Tolosa, R. I., “Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, vol. 14, núm. 1, 2007, pp. 79-112.
- Díez-Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad extracontractual*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011.
- Kubica, M. L., “La imputación basada en la culpa y la imputación basada en el riesgo”, en Mario E. Clemente Meoro y María Elena Cobas Cobiella (dirs.), *Derecho de daños. Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 479-528.
- Llamas Pombo, E., *Manual de derecho civil, Volumen VII. Derechos de daños*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

- López Mesa, M., *La responsabilidad civil. Sus presupuestos en el Código Civil y Comercial*, BdeF, Buenos Aires, 2019.
- Martín Casals, M. (coord.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- Martín Casals, M. y Ribot Igualada, J., “La responsabilidad objetiva. Supuestos especiales versus cláusula general”, en Sergio Cámara Lapuente (coord.), *Derecho privado europeo*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 827-856.
- Medina Villanueva, J., *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*, Tirant lo Blanch, México, 2021.
- Muñoz, E. y Vázquez Cabello, R., *El renacimiento del derecho de daños en México. Un análisis comparativo*, Tirant lo Blanch, México, 2019.
- O’Callaghan Muñoz, X., “La responsabilidad objetiva”, en Juan Antonio Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 799-820.
- Peña López, F., “Capítulo II. De las obligaciones que hacen de culpa o negligencia. Artículos 1902 al 1910”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5a. ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, pp. 2343-2360.
- Roca Trías, E. y Navarro Michel, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 8a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Rosenkrantz, C. F., “En defensa de la responsabilidad estricta: Una revisión crítica del *Tratado de responsabilidad extracontractual*, de Enrique Barros B.”, *Estudios Públicos*, núm. 112, 2008, pp. 285-308.
- Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, 7a. ed., Dykinson, Madrid, 2021.



## El nexo de causalidad

Arturo Bárcena Zubieta\*

Esteban Pereira Fredes\*\*

\* Doctor en Derecho, Universidad de Girona. Director general de la Escuela Federal de Formación Judicial, México.

\*\* Doctor en Derecho, Universidad de Girona. Profesor de Teoría del Derecho y Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile.

**El nexo de causalidad.** I. Introducción; II. El modelo dominante: la bifurcación de la indagación causal; III. Un modelo alternativo: la unificación de la indagación causal; IV. Más allá de los modelos: ¿cómo analizar la causalidad en la responsabilidad civil?; V. Incertidumbre causa.

## I. Introducción

Un aspecto muy relevante en los procesos de aplicación del derecho es la distinción entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas. Aun reconociendo que no siempre es fácil de trazar,<sup>1</sup> desde el punto de vista analítico la distinción es útil (entre otras razones) porque el tipo de argumentos que se emplean en cada uno de esos ámbitos es de naturaleza bien diferente. La dicotomía “norma/hecho” está presente en la propia estructura del razonamiento judicial que se utiliza para resolver casos concretos. La premisa mayor del silogismo es una norma y la premisa menor la constituyen los hechos probados. Existen importantes diferencias en la manera de establecer cada una de ellas. Dicho de forma muy simplificada: la premisa mayor se configura utilizando determinadas técnicas para interpretar la disposición normativa aplicable al caso; mientras que la premisa fáctica se establece primordialmente a partir de inferencias inductivas que se realizan con apoyo de las pruebas aportadas en el juicio. En consecuencia, puede decirse que la argumentación sobre cuestiones normativas presenta características que la distinguen de la argumentación en materia de prueba.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> González Lagier, “Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el derecho penal (I)”, en *Jueces para la democracia*, p. 23.

<sup>2</sup> V. Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, pp. 213-241.

En el terreno práctico, la distinción entre cuestiones normativas y fácticas es aún más relevante. Una muestra de ello es que algunos sistemas jurídicos impiden el acceso a ciertas instancias procesales, como la casación, si los aspectos impugnados de la decisión tienen que ver con la fijación de los hechos del caso (por ejemplo, si lo que se discute es la correcta valoración de una prueba). Con ello se cierra la puerta para revisar en instancias superiores las decisiones de los jueces sobre cuestiones probatorias. Ello explica en muchos casos el interés de los abogados por presentar en ocasiones algún tema propiamente fáctico como normativo y el de su contraparte por hacer exactamente lo contrario.

Esta digresión sobre la dicotomía “hecho/norma” viene a cuento porque en el derecho de daños pueden identificarse al menos dos maneras de concebir el nexo de causalidad. El enfoque dominante entiende que cuando el derecho establece que la causalidad es jurídicamente necesaria para la responsabilidad civil, en primer lugar tiene que constatar empíricamente la existencia de un *hecho*: la presencia de un nexo causal entre dos eventos; y, posteriormente, tiene que verificarse si ese hecho satisface determinados *criterios normativos* (jurídicos o morales), que pueden estar recogidos en la ley o en la jurisprudencia.

La crítica a esta aproximación considera inadecuada la estructuración de la indagación causal en dos etapas sucesivas: una propiamente fáctica y otra normativa.<sup>3</sup> Esta posición sostiene que debe mantenerse la distinción “fáctico/normativo” en la determinación de la existencia de relaciones causales, aunque asigna a esta dicotomía un papel diferente. Desde nuestro punto de vista, esta disputa puede interpretarse como la manifestación de un desacuerdo en torno a cómo debe entenderse la causalidad en el derecho. Con todo, no se trata de una controversia que importe solo a los juristas. Esta disputa también puede verse como la proyección en el derecho de una discusión muy parecida que se presenta en el plano filosófico. En lo sucesivo, llamaremos “modelo dominante” a la propuesta del sector de la doctrina que divide la pesquisa causal en dos etapas sucesivas (una fáctica y otra normativa) y “modelo alternativo” a la propuesta de unificar la indagación causal en una sola pesquisa. En términos generales, nos proponemos

---

<sup>3</sup> Broadbent, “Fact and Law in the Causal Inquiry”, en *Legal Theory*, p. 174.

exponer en qué consiste cada uno de estos modelos y cuáles son sus implicaciones teóricas y prácticas. Luego, presentaremos una reconstrucción de cómo debe operar el análisis causal en la atribución de responsabilidad civil que, creemos, tiene la virtud de superar las dificultades más importantes de cada uno de los modelos mencionados. La solución propuesta es más afín al modelo dominante, aunque incluye algunas matizaciones en la manera de estructurar el razonamiento causal dentro del esquema de la responsabilidad civil. Por último, para cerrar el capítulo, explicaremos las respuestas que ha elaborado en los últimos años la teoría del derecho de daños para los problemas de incertidumbre causal.

## II. El modelo dominante: la bifurcación de la indagación causal

Una característica de los enfoques contemporáneos sobre el tema de la causalidad en el derecho es la *bifurcación* de la indagación causal.<sup>4</sup> La cuestión acerca de si un daño es la consecuencia de una determinada acción u omisión puede reformularse en dos preguntas: (i) ¿habría ocurrido el daño si el acto —o la omisión— no hubiera tenido lugar?; y si la respuesta es que sí, entonces (ii) ¿existe algún principio que, para efectos legales, evite que se trate al daño como consecuencia de esa acción (u omisión)?<sup>5</sup> Tanto en el *common law* como en los sistemas continentales los juristas suelen dividir la investigación causal en estas dos partes.

De acuerdo con este modelo, el primer paso del análisis dirime una cuestión puramente empírica o fáctica: determinar si un evento ha sido causa de otro; mientras que en un segundo momento se acude a criterios normativos para establecer la relevancia jurídica de una causa. Dicho de otra forma, en un primer momento lo que se reclama es una *explicación* acerca de cómo ocurrió un resultado dañoso, para luego establecer si ese resultado se puede *atribuir* jurídicamente a alguien.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> La expresión *bifurcación causal* es de Hart y Honoré, *Causation in the Law*, p. 110.

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> En este sentido, Herbert Hart y Antony Honoré sostienen que lo que se hace en primer término es una “indagación explicativa” —*explanatory inquiry*— y posteriormente se realiza una “indagación atributiva” —*attributive inquiry*— (*ibid.*, pp. 23-24).

Esta bifurcación de la indagación causal hace que se utilicen distintas etiquetas para referirse a cada uno de estos aspectos. En los sistemas del *common law*, la primera parte de la indagación se denomina *causation in fact* o *factual causation* y la segunda *causation in law* o *legal causation*. En la literatura en castellano, por ejemplo, se habla de *causalidad natural*, *física* o *material* (o simplemente de causalidad) para referirse a la determinación de la contribución causal de un evento y en algunas ocasiones se llega a utilizar la expresión *causalidad jurídica* para aludir a la segunda parte de la indagación causal.<sup>7</sup>

En la tradición continental, las llamadas “teorías individualizadoras” (causalidad próxima, causalidad adecuada, etcétera).<sup>8</sup> son las que cumplen la función de deter-

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, V. Pantaleón *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva*, p. 1562; Barona, “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, en *Revista Chilena de Derecho*, pp. 348-349; y Lacruz, *Elementos de derecho civil. Derecho de las obligaciones*, p. 463. En la doctrina italiana no es extraño que se utilice la denominación *causalità giuridica*. Por todos, V. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionale: Tra teoria e prassi*, p. 80; Capecchi, *Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie “fatto illecito” a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, p. 78; y Taruffo, “La prova del nesso causale”, en *Rivista Critica di Diritto Privato*, pp. 109-111.

<sup>8</sup> Para identificar la causalidad jurídica (tanto en inglés como en castellano) se utilizan también otros adjetivos como “próxima”, “adecuada”, “directa”, “efectiva”, “operativa”, “legal” o “responsable”. Al respecto, V. Honoré, “Causation in the law”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

En la tradición continental, las teorías más comunes son las siguientes:

- a) *Teoría de la equivalencia de las condiciones*. Su difusión en el ámbito jurídico se atribuye a Von Buri. Para esta teoría todas las condiciones equivalentes tienen un mismo valor, ya que, de faltar alguna, el daño no se habría producido. Dado que el resultado material es indivisible, entonces no pueden formularse distinciones entre ellas. Esta teoría ha sido criticada en el ámbito jurídico puesto que amplía la responsabilidad al infinito y conduce a resultados disvaliosos, derivados de atribuir idéntica responsabilidad a quien hizo un aporte causal de mínima incidencia o normativamente irrelevante.
- b) *Teoría de la causa próxima*. Esta teoría se basa en un criterio cronológico de proximidad, y considera como causa a aquella que está más cerca en el orden temporal del evento dañoso. Para Pizarro y Vallespinos —*Tratado de Responsabilidad Civil*, p. 348—, si bien es frecuente que la causa próxima sea la causa del efecto, esto no es una regla absoluta y, por ende, falla en la identificación de la causa cuando hay una distancia temporal entre la acción y el resultado.
- c) *Teoría de la condición preponderante*. Asume que la causa del daño es la que rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos al daño, influyendo de manera decisiva en su producción.
- d) *Teoría de la causa eficiente*. Con alguna oscuridad, se la define como aquella que tiene mayor poder intrínseco de causación del daño. Esta teoría y la anterior han sido criticadas por cuanto parten de la divisibilidad de un resultado materialmente indivisible, con base en una construcción teórica sin base científica.

Sobre estas teorías, V. Hart y Honoré, *op. cit.*, pp. 431-442; Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, pp. 19-35; y Pizarro y Vallespinos, *op. cit.*, p. 348.

minar si un factor que ha contribuido causalmente a un resultado es jurídicamente relevante. Con todo, desde hace algunos años la dogmática penal alemana ha ejercido cierta influencia en el derecho de daños español y se ha empezado a trazar la distinción en términos de “causalidad” e “imputación objetiva”.<sup>9</sup>

Pero, más allá de las etiquetas, lo que hay que resaltar es que la posición mayoritaria sostiene que en la indagación causal que se lleva a cabo en el derecho de daños existen unas cuestiones que son normativas y otras que son empíricas.<sup>10</sup> Las primeras se resuelven apelando a criterios morales o jurídicos y las segundas con pruebas. Aunque en la literatura en castellano no es una terminología muy extendida, para mayor simplificación y claridad expositiva en este epígrafe y en el siguiente utilizaremos los términos “causalidad fáctica” y “causalidad jurídica” para referirnos a cada una de las partes de la pesquisa causal.

Ahora bien, esta idea de la bifurcación causal puede verse como la proyección en el derecho de la ortodoxia filosófica según la cual existe una noción filosófica de causalidad y una noción ordinaria o de sentido común.<sup>11</sup> La gran mayoría de los autores contemporáneos estiman adecuada la idea de que la causalidad es una relación entre *un tipo* de evento que es invariablemente seguido por *otro tipo* de evento. Para Mill, una secuencia invariable de eventos no se da nunca entre *un*

---

<sup>9</sup> El profesor Fernando Pantaleón ha sido uno de los principales impulsores de que en el derecho de daños se acoja la denominación “imputación objetiva” acuñada por los penalistas alemanes para referirse a los aspectos normativos de la causalidad. Al respecto, este autor sostiene lo siguiente:

El problema de la existencia o no de nexa de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso —lo que los anglosajones llaman *causation in fact*— no debe ser en modo alguno confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser ‘puesto a cargo’ de aquella conducta como ‘obra’ de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no objetivamente imputable a la conducta de la parte demandada —lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa, ‘causalidad jurídica’ (la *causation in law, legal causation, o remoteness of damage* de los anglosajones)— y lo que la doctrina alemana, con más precisión, denomina *objektive Zurechnung*. (Pantaleón, *op. cit.*, pp. 1561-1562.)

<sup>10</sup> Por todos, V. Wright, “Causation in tort law”, en *California Law Review*, pp. 1774-1813; Wright “Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble bush by clarifying the concepts”, en *Iowa Law Review*, pp.1011-1018; y Pantaleón, *op. cit.*, pp. 973-976 y 1561-1566.

<sup>11</sup> Hart y Honoré, *op. cit.*, pp. 21-22.

solo antecedente que es seguido de un consecuente.<sup>12</sup> Quizás esto pueda ilustrarse mejor con un ejemplo del propio Mill. Si alguien ingiere comida envenenada y muere a consecuencia de ello (es decir, no hubiera muerto si no hubiera ingerido la comida), no es acertado afirmar que existe una conexión invariable entre la ingesta del platillo envenenado y la muerte. O, dicho de otro modo: es incorrecto suponer que la ingesta de la comida es la causa de la muerte. En cambio, entre las circunstancias en las que tuvo lugar la muerte sí existe una combinación de factores respecto de los cuales la muerte es seguida incondicionalmente. A la ingesta de la comida, en combinación con la constitución corporal de la persona, un determinado estado de salud e incluso alguna condición negativa, como la ausencia de un antídoto en el torrente sanguíneo, se sigue invariablemente la muerte de la persona.

De acuerdo con Mill, la “causa real” (o “causa completa” en la terminología de Mackie) está constituida por la suma de *todas* las circunstancias o antecedentes, en cuya ausencia no tendría lugar el efecto.<sup>13</sup> Sin embargo, en la vida ordinaria normalmente se suele *seleccionar* uno de esos antecedentes y se trata como si fuera “la causa” del efecto.<sup>14</sup> Ello explica que en el sentido común se distinga entre “causas” y “condiciones” o “circunstancias” en las que tiene lugar el efecto. Pese a todo, la posición ortodoxa coincide en que, desde el punto de vista filosófico, no es legítimo seleccionar *una* condición entre todas las que conforman el antecedente del efecto<sup>15</sup>, con lo cual la práctica ordinaria de selección de causas viene a ser simplemente una odiosa discriminación.<sup>16</sup> La ortodoxia filosófica no solo

---

<sup>12</sup> Cf. Mill, *System of Logic Ratiocinative and Inductive. Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, libro III, capítulo 5, sección 3.

<sup>13</sup> Daniel González Lagier llama “contexto causal” al conjunto de condiciones necesarias para que tenga lugar un efecto. Al respecto, V. González Lagier, “Sobre el concepto de causa. Un análisis de los aspectos causales en el ‘caso de la colza’ desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia”, en *Poder Judicial*, pp. 100-103; y González Lagier, “Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo”, en *Revista Discusiones*, pp. 169-170.

<sup>14</sup> En la literatura, la tesis de la ortodoxia filosófica puede ilustrarse con la posición de Daniel González Lagier —*ibid.*, p. 171—, que distingue los aspectos “natural” y “normativo” de la causalidad: “la relación entre todo el contexto causal y el efecto es una relación *natural*, en el mundo físico, mientras que la selección de una de las condiciones que integran el contexto como causa del efecto es una cuestión *normativa*, lo cual es evidente en el caso de las omisiones”.

<sup>15</sup> Mill, *op. cit.*

<sup>16</sup> Lewis, “Causation”, en *Journal of Philosophy*, p. 196.

considera de poco interés la manera “caprichosa” en la que se seleccionan causas,<sup>17</sup> sino que además mantiene la necesidad de que el concepto científico y filosófico de causa sea *anterior* a esa selección.<sup>18</sup>

De aquí se desprende una coincidencia entre el modelo jurídico de la bifurcación causal y la posición ortodoxa en filosofía. Por un lado, la *causalidad fáctica* se determina acudiendo al concepto filosófico de causa. En este sentido, por ejemplo, es revelador que la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la condición *sine qua non* (en adelante, *sqn*) se haya vinculado desde su formulación (y hasta nuestros días) con la teoría de Mill.<sup>19</sup> Conforme con el *test sqn*, un evento A es la causa de un daño D si, y solo si, D no se hubiese producido de no haberse producido A. Este *test* reviste gran utilidad en la medida en que conduce a resultados intuitivos en la mayoría de los casos, pero a la vez puede resultar demasiado rudimentario. Enfrentado a los supuestos de sobredeterminación o de anticipación causal (*preemption*) el *test* arroja resultados implausibles.<sup>20</sup> Por esta razón se ha recomendado la utilización del *test* NESS (*necessary element of a sufficient set*), de acuerdo con el cual es causa todo elemento necesario de un conjunto de condiciones que fue suficiente para la producción del resultado.<sup>21</sup>

Por su parte, la *causalidad jurídica*, —en cualquiera de las denominaciones que se prefiera (causalidad adecuada, eficiente, próxima o imputación objetiva)—, puede

<sup>17</sup> La observación es de Schaffer, “Contrastive causation”, en *The Philosophical Review*, p. 343.

<sup>18</sup> Lewis, “Poscripts to ‘causation’”, en *Philosophical Papers*, p. 162.

<sup>19</sup> En la literatura en castellano, V. por ejemplo, Goldenberg, *op. cit.*, p. 16; y Díez-Picazo, *Derecho de daños*, p. 334. Con todo, aunque desde un principio se vinculó la teoría de la condición *sqn* con la teoría de la causalidad de Mill, es un error frecuentemente cometido por la comunidad de juristas equiparar ambas teorías. Como se verá en el siguiente apartado, mientras la teoría de la equivalencia de las condiciones entiende que una causa es una condición necesaria del efecto, en la teoría de Mill las causas son condiciones suficientes. Al respecto, V. Hart y Honoré, *op. cit.* p. 21, n. 16. En este sentido, Hart y Honoré —*ibid.*, p. 444— señalan que Maximiliano von Buri, el creador de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en ningún momento cita los trabajos de John Stuart Mill en respaldo de su teoría.

<sup>20</sup> Piénsese que, si una persona ingiere sistemáticamente los medicamentos A y B, y tanto A como B son ingeridos en una cantidad independientemente suficiente para causar la patología P, entonces, ni A ni B pueden ser considerados causa del daño, pues ningún medicamento satisface el requisito de ser una condición necesaria para su producción.

<sup>21</sup> Nótese que con el *test* NESS tanto el medicamento A como el B, mencionados en la nota anterior, son causa de la patología P, puesto que A es un elemento necesario de un conjunto de condiciones que incluye, por ejemplo, la falta de ejercicio, la edad de la persona, etcétera, pero que no incluye B, y ese conjunto es suficiente para P. Lo mismo vale para B respecto de un conjunto de condiciones que no incluye A.

verse como un conjunto de criterios normativos que sirven para seleccionar las causas jurídicamente relevantes. La bifurcación de la indagación causal se resuelve así en una cuestión de hecho y una cuestión normativa.

Es importante señalar que los propios juristas partidarios de esta posición insisten en que la determinación de la causalidad jurídica nada tiene que ver con la investigación empírica que se realiza para establecer la causalidad fáctica. De hecho, algunos autores consideran deseable que en el primer caso se deje de hablar de “causalidad” y se utilice otra expresión que aluda más claramente al carácter normativo de esta pesquisa.<sup>22</sup> Ahora bien, mientras los filósofos trazan la distinción entre la causa completa y la causa seleccionada a partir de un interés primordialmente *teórico* que consiste en proponer un concepto filosóficamente adecuado de causalidad para explicar sucesos del mundo, los juristas tienen un interés eminentemente *práctico* al enfatizar la distinción entre los aspectos fácticos y normativos de la causalidad: el propósito de los juicios causales está orientado a evaluar la responsabilidad civil de la parte demandada. Esto se ve claramente, por ejemplo, en el hecho de que las decisiones judiciales relacionadas con los aspectos normativos de la pesquisa causal puedan ser revisadas en instancias superiores.<sup>23</sup> Como se señaló anteriormente, en algunos sistemas de la tradición continental los hechos probados en los que se apoya una decisión no pueden impugnarse a través del recurso de casación.<sup>24</sup>

Esto es coherente con el tratamiento realizado en los capítulos I y III de la causalidad adecuada y la previsibilidad. En ellos se sugirió que estos criterios, usualmente identificados con el *aspecto normativo de la causalidad*, en realidad o bien son absorbidos por los factores de atribución<sup>25</sup> o bien integran los criterios que, entre otros elementos, delimitan la extensión de la responsabilidad.<sup>26</sup> En el primer caso, la previsibilidad se invoca para definir si la acción es culpable o riesgosa en

<sup>22</sup> Por todos, V. Wright, *op. cit.*, pp.1737-1741; Wright, “Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble bush by clarifying the concepts”, en *Iowa Law Review*, pp. 1011-114; Pantaleón, *op. cit.*, pp.1561-1566; y Pantaleón, “Causalidad (derecho civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, pp. 973-976.

<sup>23</sup> Pantaleón, “Causalidad (derecho civil)”, *cit.*, p. 973-974.

<sup>24</sup> V. Bar, *The common european law of torts*, p. 440, n. 24.

<sup>25</sup> V. capítulo III, apartado II.

<sup>26</sup> V. capítulo I, apartado II.2.B.

relación con el *tipo de daño* que se produjo. La indagación estrictamente causal consiste en determinar la conexión fáctica entre el resultado dañoso y la conducta culpable o riesgosa de la parte demandada. En el segundo caso, la previsibilidad se emplea para racionalizar la práctica, limitando las consecuencias por las cuales la parte demandada va a tener que responder. No es razonable, ni socialmente conveniente, asumir que la parte demandada deba reparar *todas* las consecuencias fácticas que se sigan de su acción culpable o riesgosa. Una vez se comprende esto, es natural que, aun bajo el rótulo de “causalidad jurídica”, las decisiones judiciales puedan ser revisadas por instancias superiores. Se trata en realidad de evaluar si la decisión de primera instancia hizo una correcta aplicación del derecho, en lo que hace a los factores de atribución o a los criterios para delimitar la responsabilidad.

Hasta aquí hemos explicado el “modelo dominante”. Ahora pasaremos a exponer un modelo alternativo que recientemente se ha articulado con la pretensión de ser aplicable al derecho.

### III. Un modelo alternativo: la unificación de la indagación causal

Es posible considerar que la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones normativas constituye una distinción importante para el derecho en general y, particularmente, para la aproximación jurídica de la causalidad y, al mismo tiempo, sostener que el modelo de la bifurcación causal es erróneo e inadecuado para el derecho. Sobre estas premisas se articula un “modelo alternativo” que se apoya en un entendimiento de la causalidad distinto al postulado por el modelo dominante. Una de las notas distintivas de este modelo alternativo es que no se trata de una propuesta teórica desarrollada por juristas. A pesar de estar pensado para operar en el derecho, el modelo de la unificación de la indagación causal es una aportación de *filósofos generales* que han visto en el derecho un inmejorable banco de pruebas para sus ideas en torno a la causalidad y la explicación causal.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> El modelo de la unificación causal ha sido propuesto recientemente por Alex Broadbent, quien se inspiró fundamentalmente en algunas ideas de Peter Lipton sobre la explicación causal en el derecho y

El modelo alternativo tiene dos componentes: por un lado, *una parte crítica* que impugna el modelo de la bifurcación causal con distintos argumentos que muestran su carácter insatisfactorio; y, por otro, *una propuesta* de aproximación a la causalidad que intenta mostrar que los enunciados causales singulares que se utilizan en el derecho son inseparables de los *juicios de relevancia* implícitos en nuestras prácticas cotidianas de seleccionar causas. La argumentación que se ofrece desde este modelo puede reconstruirse de la siguiente manera: (i) en primer lugar, cuestiona que la determinación de la causalidad fáctica sea una actividad exclusivamente empírica; (ii) apunta las dificultades del modelo dominante para identificar hechos causales al margen de ciertos juicios de relevancia; (iii) rechaza que la causalidad jurídica se guíe únicamente por principios normativos; y, finalmente, (iv) propone un modelo *contrastivo* de causalidad que traza la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones normativas de modo distinto a como lo hace el modelo dominante. A continuación, expondremos cada uno de estos puntos.

## 1. La normatividad de la "causalidad fáctica"

Para el modelo alternativo, una muestra de que la causalidad fáctica no constituye una cuestión exclusivamente empírica es la existencia de múltiples *tests* para verificar si en un caso concreto un evento ha contribuido causalmente a que tuviera lugar un daño. Si a final de cuentas la decisión de emplear un *test* en lugar de otro es una cuestión normativa en el sentido de que está condicionada por lo que establezca el derecho, ya sea en sede legislativa o jurisprudencial, no puede

---

en los trabajos de Jonatan Schaffer sobre el carácter contrastivo de los enunciados causales. Recientemente el propio Schaffer ha realizado una importante aportación a este modelo que puede leerse como un complemento o corrección a ciertos aspectos del modelo de Broadbent. Al respecto, V. Lipton, "*Causation outside the law*"; y Schaffer, "Causes Need Not Be Physically Connected to Their Effects: The Case for Negative Causation", en *Contemporary Debates in Philosophy of Science*; Schaffer, "Contrastive causation", *cit.*; Schaffer, "The metaphysics of causation", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*; y Schaffer, "Contrastive causation in the Law", en *Legal Theory*. En cualquier caso, es importante destacar que todos estos autores parten de una base filosófica distinta a la que asume la posición ortodoxa sobre la causalidad. Al mismo tiempo, estos autores tienen como referencia constante en sus trabajos algunas de las ideas contenidas en *Causation in the Law*, la célebre monografía de Hebert Hart y Antony Honoré sobre la causalidad en el derecho. Salvo indicación en contrario, cuando a lo largo de este capítulo se hable del "modelo alternativo", se estará haciendo referencia fundamentalmente a las ideas expuestas en Broadbent, *op. cit.*

decirse que la determinación de la causalidad fáctica sea una actividad exclusivamente empírica.<sup>28</sup>

Este argumento parte de premisas correctas, pero creemos que la conclusión que se extrae no se sigue de ellas. La objeción llama la atención sobre un aspecto muy relevante para la prueba de los hechos, específicamente la importancia de las cuestiones conceptuales en el razonamiento probatorio de los jueces. En el caso de la causalidad, la discusión de los juristas en torno a los *tests* causales encubre un debate mucho más básico: la disputa en torno a cuál es el concepto de causa apropiado para el derecho.

Las disputas conceptuales no son extrañas o infrecuentes en el ámbito jurídico. A diferencia de la ciencia o la filosofía, donde esas discusiones se originan principalmente por un interés puramente teórico o cognoscitivo, en el derecho esas disputas surgen porque en el fondo existe un problema práctico que demanda solución.<sup>29</sup> Entre otras cosas, ello implica que para solucionar el problema hay un momento en el que el derecho debe tomar partido por alguna de las opciones en liza. Así, es posible que adopte un determinado concepto incluyéndolo en una norma legislativa o recogiendo en un criterio jurisprudencial. Sin embargo, aunque el derecho adopte una de las opciones no quiere decir que la disputa conceptual no pueda seguir existiendo a nivel doctrinal con la intención de que eventualmente se produzca un cambio legislativo o una reorientación de la jurisprudencia.

Ahora bien, cuando el derecho se decanta por una de las opciones conceptuales en disputa, al ser insertado en una norma puede decirse que el concepto elegido se convierte en un “concepto normativo”. Pero solo en el sentido de que es un concepto contemplado en una norma jurídica. Se trata simplemente de una convención para efectos jurídicos. Lo que nos interesa señalar es que ese hecho contingente no hace que el concepto adopte un *contenido normativo*. Por ejemplo,

<sup>28</sup> Broadbent, *op. cit.*, p. 178.

<sup>29</sup> Como señala Manuel Atienza, “incluso a las teorías más abstractas elaboradas por los juristas dogmáticos siempre subyace un problema de tipo práctico, que es precisamente lo que justifica la existencia de esas teorías” —Atienza, “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, p. 304—.

si lo que se discute es qué se debe entender por “intención” y definimos este concepto de tal manera que consideramos intencionales las consecuencias de nuestras acciones previstas, pero no deseadas directamente,<sup>30</sup> ese concepto de intención no tiene un contenido normativo. La determinación en un caso concreto de si una acción es o no intencional no es una cuestión normativa, pero sí dependerá del concepto que hemos convenido utilizar para efectos jurídicos.<sup>31</sup>

La aplicación de uno u otro *test* puede llevar a resultados diferentes en la determinación de la causalidad, pero ello no implica que sea una cuestión normativa únicamente porque la elección de un *test* ha sido decidida por el derecho. La diferencia en los resultados que arroja la utilización de los distintos *tests* se explica *principalmente* por la existencia de distintos conceptos de causa. Ello es así porque la formulación de enunciados causales depende en buena medida de opciones conceptuales.<sup>32</sup> En todo caso, la función del derecho puede llegar a consistir en elegir cuál de los conceptos debe utilizarse. Aún más, en muchos casos el ordenamiento ni siquiera elige una entre todas las opciones conceptuales disponibles, limitándose a enunciar el concepto sin definir qué entiende por cada uno de ellos.

No obstante, existe la posibilidad de interpretar esta crítica formulada desde el modelo alternativo en un sentido mucho más débil. Si lo que se quiere decir es simplemente que el establecimiento de la causalidad fáctica es una actividad que está *modulada* por normas jurídicas, entonces se está afirmando algo que se puede aceptar sin muchas dificultades. Aunque por otro lado, así entendida, esta objeción nos parece trivial. Ni siquiera los sostenedores más radicales de la distinción entre cuestiones empíricas y normativas en la indagación causal llevan esta distinción al extremo de afirmar que el esclarecimiento de la causalidad fáctica sea absolutamente ajeno a consideraciones normativas.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> El ejemplo es de González Lagier, “Hechos y conceptos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, p. 4.

<sup>31</sup> V. Pfordten, “About Concepts in Law”, en *Concepts in Law*, p. 18.

<sup>32</sup> González Lagier, “Hechos y conceptos”, *cit.*, p. 4.

<sup>33</sup> Me refiero a la posición que Alex Broadbent denomina “purista” y que dicho autor ejemplifica con los trabajos de Richard Wright sobre la causalidad en el derecho de daños norteamericano. V. Broadbent, *op. cit.*, p. 176.

Es innegable que el derecho proporciona el *marco* donde se lleva a cabo la indagación sobre la causalidad fáctica: existen normas que califican de antijurídico algún aspecto de una acción u omisión que da lugar a la causa; normas que configuran el resultado de esa conducta como un daño jurídicamente relevante; normas que distribuyen la carga de la prueba estipulando cuál de las partes tiene que probar la existencia de la relación causal; normas que establecen el estándar probatorio que ha de satisfacerse; etcétera. Todas esas normas intervienen en la determinación de la causalidad fáctica y, sin embargo, ello no quiere decir que no sea en sí misma una labor de naturaleza empírica.<sup>34</sup> En todo caso, lo que puede afirmarse es que una vez que se han tomado en cuenta todos los elementos de naturaleza normativa que condicionan la indagación causal, y solo entonces, la determinación de la contribución causal consiste en una tarea exclusivamente empírica.<sup>35</sup>

Para terminar de comprender la naturaleza de la indagación causal en el derecho, conviene reiterar que su propósito es atribuir responsabilidad y no hacer historia o ciencia. En cada accidente interviene una infinidad de causas, entre ellas, la acción de la propia víctima. Sin embargo, lo que interesa al derecho es establecer si alguna de las causas que satisfacen un criterio normativo dado por los factores de atribución (culpa, dolo, riesgo, garantía, etcétera) está vinculada causalmente con el daño. Es decir, interesa determinar cuáles de estas acciones son condición necesaria del conjunto de condiciones que fue suficiente para la producción del resultado. Toda la indagación está de inicio enmarcada, acotada, por razones normativas. Esto explica que los teóricos y los operadores jurídicos no dediquen ni un instante al análisis o mención de condiciones que, aunque necesarias, son obviamente lícitas y fuera del ámbito de la responsabilidad civil.<sup>36</sup>

## 2. Los juicios de relevancia en la "causalidad fáctica"

Un segundo argumento, estrechamente ligado con el anterior pero lógicamente independiente, cuestiona el modelo dominante a partir de la constatación de que

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>35</sup> V. Wright, "Causation in the Law", en *Routledge Encyclopedia of Philosophy*.

<sup>36</sup> Papayannis, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, pp. 332 y ss.

este no puede identificar hechos causales sin formular juicios de relevancia sobre los eventos investigados. En este sentido, la expresión “juicios de relevancia” se refiere a la aplicación de criterios valorativos o normativos en la selección de esos eventos. El argumento pretende combatir la idea de que, si la distinción entre causalidad fáctica y causalidad jurídica no puede defenderse apelando exclusivamente a la dicotomía “fáctico/normativo”, es posible encontrar una justificación teórica *más robusta* que le dé sustento. El candidato más evidente para ofrecer esa justificación es la posición filosóficamente ortodoxa sobre la causalidad.

Como se recordará, lo que viene a decir esta postura es que existe una noción fundamental de causalidad que es *previa* a la práctica de seleccionar un factor entre todos los que son causalmente relevantes.<sup>37</sup> La idea, entonces, es que la causalidad fáctica se corresponde con la indagación que se lleva a cabo para determinar la contribución causal, mientras que la causalidad jurídica viene a ser simplemente una manera de seleccionar uno (o varios) de esos factores apoyándose en un juicio sobre su relevancia jurídica. El modelo alternativo esgrime la existencia de una corriente minoritaria que cuestiona la posición ortodoxa sobre la causalidad. Veamos el argumento.

El modelo alternativo se apoya en una corriente filosófica (en adelante, “corriente minoritaria”) que cuestiona la corrección teórica de las tesis defendidas por las posiciones más ortodoxas sobre la causalidad con *argumentos contextuales*.<sup>38</sup> Específicamente, la corriente minoritaria pone en tela de juicio la idea de que la selección causal es una práctica caprichosa que depende exclusivamente de aspectos pragmáticos que no dicen nada respecto de lo que realmente *es* la causalidad en el mundo. La posición ortodoxa propone un concepto de causa *anterior* a la selección causal porque asume que esta selección se realiza de forma arbitraria

<sup>37</sup> Broadbent, *op. cit.*, pp. 179-180.

<sup>38</sup> Alex Broadbent se apoya sobre todo en los trabajos de Peter Lipton, Jonathan Schaffer y Peter Menzies, cuyas ideas sobre la selección causal están fuertemente influenciados por las expuestas por Herbert Hart y Antony Honoré en *Causation in the Law*. Al respecto, *cf.* Lipton, *op. cit.*; Schaffer, “Contrastive causation”, *cit.*; Schaffer, “The metaphysics...”, *cit.*; y Schaffer, “Contrastive causation in the Law”, *cit.*; y Menzies, “Causation in Context”, en *Causation and Counterfactuals*. Sobre los problemas que plantea la selección causal a una teoría ortodoxa como de la de David Lewis, V. Menzies, “Counterfactual theories of causation”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

y, por tanto, carece de base objetiva. No obstante, como se verá seguidamente, la corriente minoritaria defiende la objetividad de la selección causal con tres argumentos: (i) el argumento de la predictibilidad, (ii) el argumento de la inseparabilidad; y (iii) el argumento de la integración en nuestras prácticas morales y jurídicas.<sup>39</sup>

### A. El argumento de la predictibilidad

Si se tiene en cuenta que la selección causal es una actividad que depende del contexto,<sup>40</sup> es posible sostener que esa práctica es *predecible*. Por ejemplo, si ocurre un incendio en una casa y nos interesamos por saber cuál fue la causa, difícilmente alguien señalará la presencia de oxígeno como la causa del incendio, a pesar de que sin este el incendio no hubiera tenido lugar. El común de la gente reservará ese rótulo para eventos como un corto circuito, un cigarro encendido o un rayo.<sup>41</sup> Sin embargo, en otro contexto las cosas pueden ser distintas. Si el incendio ocurre en un laboratorio o en una fábrica donde los experimentos o procesos industriales que se llevan a cabo requieren la ausencia de oxígeno, cualquiera que sea consciente de esta situación señalaría la presencia del oxígeno como la causa del incendio.<sup>42</sup> Lo que pretende mostrar este argumento es que la selección causal solo es impredecible cuando no se ha fijado el contexto de la indagación causal.<sup>43</sup> Una

<sup>39</sup> Schaffer, "Contrastive causation", *cit.*, pp. 343-344.

<sup>40</sup> En el derecho, esta idea ha sido enfatizada por Herbert Hart y Antony Honoré. Al respecto, *cf.* Hart y Honoré, *op. cit.* En la literatura filosófica, V. Maslen, "Causes, Contrasts, and the Nontransitivity of Causation", en *Causation and Counterfactuals*, pp. 341-349; Menzies, "Difference-Making in Context", en *Causation and Counterfactuals*, pp. 142-151; Schaffer, "Contrastive causation", *cit.*, pp. 327-358; Vreese, "Pluralism in the Philosophy of Causation: Desideratum or not?", en *Philosophica*, pp. 8-13; Galavotti, "Problemi epistemologici del nesso causalità-probabilità-spiegazione", en *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, pp. 18-21; Galavotti, "Causal Pluralism and Context", en *Reasoning, Rationality and Probability*, pp. 243-246; Reiss, "Causation in the Social Sciences. Evidence, Inference, and Purpose", en *Philosophy of the Social Sciences*, p. 17; Schaffer, "Contrastive causation in the Law", *cit.*, pp. 259-297.

<sup>41</sup> El ejemplo es de Hart y Honoré, *op. cit.*, p. 11.

<sup>42</sup> El ejemplo también lo tomo de Hart y Honoré —*ibid.*, p. 35—.

<sup>43</sup> De acuerdo con Hart y Honoré —*op. cit.*, pp. 35-36—, el contexto de la indagación causal no solo se refiere a las circunstancias en las que el efecto tiene lugar, como en el ejemplo del incendio, sino también a los intereses de quien realiza la indagación causal, como en el ejemplo donde el campesino y el funcionario de la Organización Mundial para la Alimentación disienten sobre las causas de una hambruna, que el primero atribuye a la sequía y el segundo a la negligencia del gobierno. En esta línea, Peter Menzies —"Difference-Making..."—, *cit.*, p. 143— distingue la relatividad de los enunciados causales

vez que se establece ese contexto la selección causal deja de ser arbitraria y caprichosa y se torna objetiva y predecible.<sup>44</sup>

### B. El argumento de la inseparabilidad

Otro punto importante es la idea de que la selección causal es un aspecto *inseparable* de la manera en la que entendemos la causalidad en la vida ordinaria. En este ámbito, nadie se refiere a cada uno de los factores causalmente relevantes como “la causa” de un efecto. La distinción entre “causas” y “condiciones” está implícita en el lenguaje causal ordinario<sup>45</sup>. La corriente minoritaria afirma que si se acepta que nuestras intuiciones tienen que jugar algún papel en el esclarecimiento de la idea de causalidad, resulta incomprensible que no se integre la práctica de selección en el concepto de causa, toda vez que nuestras intuiciones nos indican que la selección es inseparable de la idea de causa tal como se entiende en el sentido común.<sup>46</sup>

### C. El argumento de la integración

En conexión con el punto anterior, desde la corriente minoritaria se subraya que la selección causal está *integrada* en nuestras prácticas jurídicas y morales. Como es evidente, este argumento es especialmente relevante para el derecho, porque si la noción de causalidad fáctica prescinde de la selección, no se ve cómo pueda dar cuenta del concepto de causalidad en el sentido común. Desde el modelo alternativo se ilustra esta objeción con el caso de *Juana vs. Ricardo*.<sup>47</sup> Supóngase que Juana sale de un bar en estado de ebriedad y se dirige hacia su casa caminando por la acera (y supóngase también que caminar ebrio en la vía pública constituye una conducta prohibida por la ley). En ese momento, Ricardo pasa por ese lugar en su automóvil, vira bruscamente y arrolla a Juana. Ella es lesionada y el

---

en función del “contexto del acontecimiento” —*context of occurrence*— y del “contexto de la indagación” —*context of inquiry*—.

<sup>44</sup> V. Schaffer, “The metaphysics...”, *cit.*

<sup>45</sup> Así lo entienden Hart y Honoré, *op. cit.*, p. 12.

<sup>46</sup> V. Schaffer, “The metaphysics...”, *cit.*

<sup>47</sup> *Jane vs. Richard* en Broadbent, *op. cit.*, p. 182.

automóvil dañado. El sentido común nos dice que Ricardo es responsable tanto de las lesiones como de los daños a su propio automóvil y eso lo expresamos diciendo que su *conducta antijurídica* (y no la de Juana) fue la causa de las lesiones.

El problema que plantea este caso es que ninguno de los daños hubiera ocurrido en ausencia de cualquiera de las dos conductas: si Ricardo no hubiera virado bruscamente, no se hubiera producido ningún daño en su automóvil; y si la propia Juana no hubiera caminado ebria por la acera, tampoco hubiera sido lesionada. Uno podría pensar que en esta situación Ricardo tendría la posibilidad de reclamar a Juana los daños en su automóvil y exigir su exoneración respecto de las lesiones de ella por culpa concurrente de la víctima. No obstante, ninguno de estos argumentos legales prosperaría, simplemente porque caminar en estado de ebriedad, como lo hizo Juana, no tuvo nada que ver con las lesiones que sufrió ni con los daños del automóvil. Esto es lo que nos dice el sentido común.

Ahora bien, otra posibilidad sería argumentar que la conducta de Juana no es jurídicamente relevante, pero esta solución traslada el problema al ámbito de la causalidad jurídica. Y aunque incluso en ese ámbito podrían encontrarse maneras de justificar la irrelevancia de su conducta para el derecho,<sup>48</sup> en realidad la objeción que plantea el modelo alternativo es en el terreno de la causalidad fáctica. Juana todavía podría insistir en que su conducta *de hecho* no es la causa de los daños. Si ello es así, sostiene el modelo alternativo, se produce un divorcio entre esta intuición de sentido común y la llamada causalidad fáctica, convirtiendo a esta en una doctrina normativa.<sup>49</sup>

Con todo, es evidente que el caso de *Juana vs. Ricardo* es analizado de modo inapropiado por el modelo alternativo, pues es perfectamente posible llegar a la misma conclusión (la conducta de Juana no fue la causa de los daños) desde el modelo dominante. Conforme con el *test* de la condición *sqn*, si Juana hubiera caminado *sobria* por la vía pública, los daños se habrían producido de cualquier manera.

<sup>48</sup> En este sentido, V. *ibid.*, pp. 182-183. Para un panorama de la discusión española sobre el concepto de *antijuridicidad*, V. Busto Lago, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, pp. 44-70.

<sup>49</sup> V. Broadbent, *op. cit.*, p. 183.

Esto quiere decir que el aspecto antijurídico de la acción de Juana *no contribuyó* causalmente a que tuvieran lugar los daños. La manera correcta de formular el enunciado contrafáctico es suprimiendo solo el *aspecto antijurídico* de la conducta analizada, no eliminando toda la conducta.

Hasta aquí hemos presentado algunas de las críticas, las más relevantes a efectos de este manual, provenientes del modelo alternativo.<sup>50</sup> A continuación nos ocuparemos de explicar en qué consiste su propuesta para determinar la causalidad en el derecho.

### 3. Un modelo contrastivo de causalidad

El modelo alternativo propone un acercamiento a la causalidad basado en una conocida teoría de la explicación en el ámbito de la filosofía de la ciencia: el *modelo contrastivo* de explicación causal.<sup>51</sup> Este modelo matiza la idea de muchos filósofos de la ciencia en el sentido de que un fenómeno es explicado cuando señalamos *una* de sus causas, aduciendo que *no todas* las causas tienen capacidad explicativa.<sup>52</sup> Desde luego, cuando se habla de “causa” no se hace referencia a la causa completa, sino a *cualquiera* de las condiciones que anteceden al efecto. Por ejemplo, si Juan llega tarde a una reunión, la explicación de ese evento es que el tren en el que venía se retrasó.<sup>53</sup> Ahora bien, entre las causas del retraso de Juan también está el paso que dio al entrar al lugar de la reunión, pues ese hecho forma parte del conjunto de condiciones que anteceden al hecho de haber llegado tarde. Sin embargo, ese evento no explica *por qué* ha sido impuntual en esta ocasión. El modelo contrastivo de explicación causal sugiere que las preguntas sobre el porqué de algún hecho, es decir, las preguntas que demandan una explicación de algo, son implícita o explícitamente *contrastivas*.

<sup>50</sup> Una presentación más completa puede consultarse en Bárcena Zubieta, “El derecho de daños como banco de pruebas de una disputa filosófica sobre la causalidad”, en *Causalidad y atribución de responsabilidad*.

<sup>51</sup> Cf. Lipton, “Contrastive Explanations”, en *Explanation and its Limits*, pp. 246-266; y Lipton, *Inference to the Best Explanation*, pp. 30-54. V. también Lewis, “Poscripts to ‘Causation’”, *cit.*, pp. 214-241; y Fraassen, *The Scientific Image*, pp. 126-129.

<sup>52</sup> Lipton, “Causation Outside the Law”, *cit.*, p. 127.

<sup>53</sup> El ejemplo es de Broadbent, *op. cit.*, p. 20.

Esto quiere decir que cuando se pregunta por qué  $p$ , en realidad se está preguntando por qué  $p$  y no  $q$ . En el ejemplo, lo que se pregunta es por qué Juan llegó tarde *en lugar* de haber llegado a tiempo.<sup>54</sup> Para contestar adecuadamente a la pregunta por qué  $p$ , no es suficiente mencionar una de las causas de  $p$ . Se debe mencionar una que haga la *diferencia* entre  $p$  y  $q$ .<sup>55</sup> Así, para explicar el hecho de que Juan llegó tarde debe hacerse referencia a una *diferencia* entre la llegada tardía y una hipotética llegada a tiempo. El paso que dio al entrar al lugar de la reunión no puede ser la causa de la llegada tardía porque ese hecho está presente tanto en la llegada tardía como en la llegada a tiempo. En cambio, el retraso del tren no está presente en el caso hipotético en que Juan llega a tiempo y sí lo está en el caso real en que llegó tarde. Por esa razón, lo que explica que haya llegado tarde (en lugar de haber llegado puntual) no es el paso que Juan dio al entrar al lugar de la reunión, sino precisamente el retraso del tren.

Este modelo presenta dos características que son muy importantes para el derecho. En primer lugar, incorpora la *sensibilidad al contexto* propia de las explicaciones causales. Esto es relevante porque implica que el modelo puede adaptarse a los intereses que se persiguen con las explicaciones causales que se requieren en el contexto de un proceso judicial. Lo que cuenta como una explicación adecuada no solo depende del contexto en el que ocurre el efecto (el caso del incendio que es correctamente explicado por la presencia de oxígeno), sino también del contexto de la indagación, es decir, de los intereses de quien hace la investigación causal.<sup>56</sup>

Por ejemplo, supongamos que Vicente presenta un fuerte dolor de estómago, y queremos averiguar cuál es la causa de su malestar. Su esposa, Martha, explica el dolor por el hecho de que Vicente cenó chiles rellenos, mientras su médico explica ese mismo dolor por el hecho de que padece una úlcera.<sup>57</sup> La sensibilidad al contexto de las explicaciones causales se aprecia claramente cuando se repara en que es posible que los dos tengan razón. En este sentido, su desacuerdo se debe

<sup>54</sup> En este sentido, la idea de *llegar tarde* sería implícitamente contrastiva, pues se entiende que si alguien ha llegado tarde a un lugar es precisamente porque no ha estado a tiempo.

<sup>55</sup> V. Lipton, *Inference to the Best Explanation*, cit., p. 42.

<sup>56</sup> La idea de la sensibilidad al contexto de las explicaciones causales es de Hart y Honoré, *op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>57</sup> Con otro platillo, el ejemplo es de *id.*

a que cada uno de ellos está formulando diferentes preguntas contrastivas. En el primer caso, Martha se pregunta: ¿por qué mi marido tiene dolor de estómago hoy y no lo tenía ayer ni los días previos? La diferencia entre lo sucedido y el escenario de contraste es el hecho de que Vicente cenó chiles rellenos el día anterior. En el segundo caso, el médico se pregunta: ¿por qué este hombre tiene dolor de estómago siendo que la mayoría de las personas no tiene ese tipo de dolencia? Toda vez que comer chiles rellenos es algo que muchas personas hacen y no les provoca dolor de estómago, aquí la diferencia entre lo sucedido y el escenario de contraste es el hecho de que Vicente tiene una úlcera estomacal, condición que no presenta la mayoría de las personas que están libres de problemas de estómago.

En segundo lugar, el modelo parte de la distinción entre los aspectos objetivos y subjetivos de la explicación causal para trazar de otra forma la distinción entre los aspectos fácticos y normativos de la causalidad en el derecho. En esta línea, la parte *objetiva* constituiría el ámbito fáctico de la indagación causal y la parte *subjetiva* estaría determinada por consideraciones normativas. Una explicación es subjetiva porque depende de nuestros intereses establecer qué pregunta se quiere responder y, por tanto, qué contraste se especifica a esa pregunta. En este sentido, la parte normativa de la indagación causal estaría fijada por el contraste apropiado para el derecho en cada caso. Una vez fijado el escenario de contraste, es una cuestión objetiva si una respuesta constituye la diferencia entre lo que realmente ocurrió y el contraste.

Así, el modelo alternativo complementa la idea de que la causalidad fáctica no es una cuestión que se resuelva atendiendo exclusivamente a criterios empíricos (como sostiene el modelo dominante), con la tesis de que la única manera de mantener la distinción entre aspectos fácticos y normativos es *dentro* del ámbito de la indagación que se conoce como causalidad fáctica.<sup>58</sup> Por ello se sugiere una forma distinta de trazar esa distinción: establecer cuál es la situación apropiada con la que se debe contrastar lo que realmente ocurrió es una cuestión *normativa*; en cambio, determinar si la conducta antijurídica constituye una diferencia entre lo que ocurrió y el escenario de contraste donde el daño no tiene lugar es una cuestión

---

<sup>58</sup> Broadbent, *op. cit.*, p. 186.

de *hecho*. De esta manera, para que una relación entre dos eventos se considere causal debe satisfacer la *condición contrastiva*: la conducta antijurídica debe hacer una *diferencia* entre el daño ocurrido y un escenario hipotético (determinado con criterios normativos) donde no tiene lugar ningún daño.<sup>59</sup>

Siguiendo esta línea argumentativa, la “causa de contraste” no estaría constituida por el escenario contrafáctico en el que la parte demandada simplemente no lleva a cabo la conducta, sino por uno en el cual la conducta hipotética de la parte demandada *no constituye una violación de ningún deber jurídico*.<sup>60</sup> Dicho de otra forma, la comparación tiene que realizarse entre la conducta *antijurídica real* de la parte demandada y un escenario alternativo en el cual la parte demandada actúa *hipotéticamente conforme a derecho*. Asimismo, para poder decir que una persona causó un daño a otra es necesario hacer una comparación entre un *resultado real* y un *resultado hipotético que mejora* en algún aspecto lo ocurrido.<sup>61</sup>

Veamos ahora cómo funciona el modelo con un ejemplo que se discutió anteriormente. Para el derecho, la causa de las lesiones de Juana y los daños en el automóvil de Ricardo tiene que marcar la diferencia entre el *caso real* donde Juana y Ricardo se conducen de forma antijurídica y tienen lugar las lesiones y los daños y, por otra parte, un escenario de contraste donde Juana y Ricardo actúan conforme a derecho y ambos tienen un mejor resultado. En esta línea, para saber quién de los dos ha causado los daños habría que dar contestación a dos juicios hipotéticos, haciendo los respectivos contrastes para la causa y el efecto en cada caso: (i) el hecho de que Juana caminara ebria por la acera *en vez de caminar sobria* sería la causa de que se haya lesionado *en lugar de que ella haya resultado ilesa y el automóvil indemne* si, y solo si, caminar sobria hubiera conducido a un mejor resultado: evitar las lesiones y los daños; y (ii) el hecho de que Ricardo virara bruscamente su automóvil *en vez de manejar sin hacer ese viraje* es la causa de las lesiones de Juana y los daños del automóvil *en lugar de que ella haya resultado ilesa y el automóvil indemne* si, y solo si, manejar sin hacer ese viraje hubiera conducido a un mejor resultado: evitar las lesiones y los daños.

---

<sup>59</sup> V. *ibid.*, p. 22.

<sup>60</sup> Schaffer, “Contrastive causation in the Law”, *cit.*, pp. 271-272.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 279.

En este caso, habría que contestar negativamente a la cuestión planteada en (i): la conducta antijurídica de Juana no es la causa de las lesiones y los daños porque caminar sobria no hubiera causado un mejor resultado: las lesiones y los daños se hubieran producido en cualquier caso. En cambio, la respuesta a la cuestión (ii) es afirmativa: la conducta antijurídica de Ricardo es la causa de las lesiones y los daños porque si él hubiese manejado sin hacer ese viraje habría tenido lugar un mejor resultado: Juana no se habría lesionado y el automóvil no habría sufrido ningún daño. Así, la conducta antijurídica de Ricardo sí marca la diferencia.

Una vez establecida la causalidad, el modelo alternativo todavía permite la entrada de consideraciones normativas (jurídicas o morales) para absolver de responsabilidad jurídica a quien ha contribuido a la producción del resultado. En efecto, es posible que una determinada conducta antijurídica sea la causa de un daño, pero que su autor no sea responsable por la aplicación de algún principio o doctrina de “causalidad jurídica”,<sup>62</sup> para decirlo en la terminología del modelo dominante. A nuestro juicio, esta posibilidad contraviene en algún sentido la pretensión del modelo alternativo de trazar la distinción entre causalidad fáctica y causalidad jurídica en términos distintos a los tradicionales.

A pesar de que determinados aspectos de su crítica al modelo dominante no son del todo convincentes, hay algunas virtudes que vale la pena destacar. Por un lado, el modelo muestra que la manera de entender la causalidad en sede filosófica es un asunto disputado, a pesar de que exista una visión dominante. En esta línea, lo interesante es que las tesis de ese sector minoritario en la filosofía de la causalidad son especialmente relevantes para el derecho. Esa disputa conceptual acerca de cómo debe entenderse la causalidad (que también trasciende a aspectos ontológicos y epistemológicos) da lugar a una aproximación distinta a la causalidad en el derecho. Pese a todo, como podrá apreciarse en el próximo apartado, el mejor análisis de la causalidad en la responsabilidad recepta las intuiciones que están detrás del modelo alternativo, aunque en definitiva se acerca más al modelo tradicional.

---

<sup>62</sup> Broadbent, *op. cit.*, p. 191.

#### IV. Más allá de los modelos: ¿cómo analizar la causalidad en la responsabilidad civil?

En nuestra opinión, los modelos presentados hasta aquí no están necesariamente en pugna, ya que el modelo alternativo de unificación causal puede interpretarse como una reconstrucción que *explicita* lo que hacen los juristas cuando determinan la existencia de una relación causal en un caso concreto. Sin embargo, en este apartado no nos interesa profundizar más en la cuestión teórica *desde el punto de vista de la causalidad*, sino mostrar de qué manera el requisito de causalidad se integra en el razonamiento de la responsabilidad civil. En un sentido, este manual aplica, en los capítulos I, III y VI especialmente, una estructura de análisis que no es la más difundida pero que ofrece grandes ventajas al simplificar la tarea de los operadores jurídicos.

En primer lugar, el análisis de la causalidad debe limitarse al aspecto fáctico. Los elementos normativos están presentes tanto en la selección de causas como de consecuencias por las cuales la parte demandada deberá responder, pero no integran la constatación del requisito de causalidad: ello es evidente en que ningún acto, actividad o riesgo es *causa*, ni tiene sentido endilgar al demandado ninguna consecuencia, si no existe una conexión fáctica entre su acción, actividad o riesgo y las *consecuencias* por las cuales se lo pretende responsabilizar. El problema surge porque tanto los antecedentes causales como las consecuencias son siempre, en todo accidente, muy numerosas. Los criterios normativos seleccionan causas *jurídicamente relevantes*, pero las causas no seleccionadas no por ello dejan de ser parte de la causa completa. También los criterios normativos seleccionan consecuencias reparables, pero las no reparables no dejan de ser, por el mero hecho de ser consideradas no reparables, consecuencias de la acción, actividad o riesgo de la parte demandada. Serán causas y consecuencias jurídicamente irrelevantes, pero causas y consecuencias al fin y al cabo.

Por lo tanto, cuando el derecho exige que haya causalidad entre un daño jurídicamente relevante y una acción o actividad sujeta a responsabilidad (es decir, que satisfaga alguno de los factores de atribución) debe entenderse que requiere la

constatación de una conexión fáctica entre ambos eventos. Que las normas del sistema jurídico intervengan para definir el marco de la indagación causal que es pertinente en la atribución de responsabilidad no equivale a entender que la vinculación causal sea un elemento por determinar, en parte, con criterios normativos. La vinculación causal es una cuestión de hecho. De esta forma, este manual se inclina por una posición minimalista del análisis causal.

Dicho esto, veamos cómo analizar un caso de responsabilidad civil a la luz de estas consideraciones. El daño es el origen de todo. La víctima sufre un menoscabo en un interés digno de tutela jurídica. Esto ya presupone que algún conjunto de condiciones causó un conjunto de consecuencias sobre los intereses de la víctima. Para comprender que esas consecuencias constituyen un *daño jurídicamente relevante* intervienen distintas normas del sistema que definen lo que cuenta como daño.<sup>63</sup> Del lado de la causa, a la vez, carece de sentido destinar esfuerzos a analizar la relevancia de cada una de ellas. Así, el *test sqn* o el *test NESS* (ambos *tests*) excluyen el estornudo de una persona en China como causa del atropello que sufrió Xenofonte en Atenas a manos de Axileas. Pero todavía quedan muchísimas causas incluidas dentro de estos *tests*, como por ejemplo que Axileas cruzó la calle a la hora exacta en la cual Xenofonte decidió saltarse el semáforo en rojo y otras más extravagantes como el nacimiento de Axileas, el nacimiento de Xenofonte, el hecho de que ambos vivan en Atenas, etcétera. Aquí los factores de atribución cumplen un rol simplificador fundamental. Inmediatamente, cualquier jurista competente ignora o descarta sin mayor reflexión un sinnúmero de causas *sqn* porque es obvio que no satisfacen ningún factor de atribución. El lugar de residencia no es un factor jurídicamente relevante en un accidente de circulación. Los factores de atribución, como la culpa o riesgo, han servido para acotar el universo de causas jurídicamente relevantes a unas pocas.<sup>64</sup>

Entonces, de todas las condiciones necesarias, solo serán relevantes las que estén comprendidas en las reglas de responsabilidad por culpa o de responsabilidad objetiva. Y de todas las consecuencias derivadas de un obrar culpable o de la mate-

<sup>63</sup> V. capítulo I, apartado II.1.A, de este manual.

<sup>64</sup> Papayannis, “Yo causo, tú causas, nosotros causamos...” [manuscrito inédito].

rialización de un riesgo, solo serán indemnizables las que resulten abarcadas por lo que la literatura denomina “causalidad jurídica”. Usualmente, estos criterios están dispersos en distintas normas e incluyen la previsibilidad del daño (que es lo más característico de la causalidad adecuada), el hecho de que la parte demandada haya obrado con dolo, el tipo de daño de que se trate, el tipo de actividad generadora de riesgos, entre otros.<sup>65</sup>

Para terminar de comprender el esquema, revisemos nuevamente el ejemplo de *Juana vs. Ricardo*, visto más arriba. Recordemos: Juana camina ebria por la calle y Ricardo la atropella al girar bruscamente con su automóvil. Ambas acciones son imprudentes. Ambas son condiciones potencialmente relevantes, porque satisfacen el factor de atribución culpa. Del lado de las consecuencias, el tipo de lesión sufrido por Juana también es el que se sigue ordinariamente de un atropello como el que sufrió. El daño reclamado está comprendido dentro del alcance de la responsabilidad. Dos cuestiones son interesantes aquí.

La primera es cómo debe analizarse la causalidad fáctica. ¿Deben ser considerados Juana y Ricardo cocausantes del daño, dado que ambos incurrieron en culpa? A esta cuestión, como se mostró más arriba, debe responderse negativamente. Juana no debe ser responsabilizada porque su acción culpable no guarda vinculación fáctica con el accidente. Su acción de caminar por la calle a esa hora sí guarda vinculación fáctica. Es una condición *sqn* del daño. Pero su acción de caminar *ebria* no está causalmente vinculada, porque si se contrasta su acción con un curso hipotético en el cual ella está sobria, es decir, conforme a derecho, el daño se hubiese producido de todas formas. El único vínculo causal se verifica entre la acción culpable de Ricardo y el daño. En este aspecto, los análisis del modelo tradicional y del modelo alternativo son coincidentes.

La segunda cuestión que merece ser mencionada es la siguiente: imaginemos que un compañero de trabajo de Juana, al enterarse del accidente, sufre un *shock* emocional grave y luego desarrolla una fobia a salir a la calle. Esas consecuencias

---

<sup>65</sup> V. capítulo I, apartado II.2.B, de este manual.

guardan una vinculación fáctica con el accidente. ¿Son reparables? La respuesta es negativa, puesto que el daño es demasiado remoto. Al afirmar esto se están empleando criterios de causalidad jurídica, lo que corresponde denominar más apropiadamente “alcance de la responsabilidad”.

En conclusión, el análisis causal ordenado debe constatar que exista una vinculación causal entre, por un lado, una condición que satisfaga los criterios de atribución de responsabilidad (culpa, dolo, riesgo, garantía) y, por el otro, unas consecuencias que se encuentren, de acuerdo con las normas del sistema, dentro del alcance de la responsabilidad de la parte demandada. Esa vinculación se determina utilizando el *test sgn* (o el *test* NESS, para evitar los problemas de subinclusión y sobredeterminación causal, tal como se mencionó en el apartado II).

## V. Incertidumbre causal

Hasta aquí, hemos visto cómo debe analizarse el requisito de causalidad en los casos ordinarios de responsabilidad civil. Sin embargo, hay una serie de casos en los cuales los problemas probatorios impiden tener por acreditado el vínculo causal. Como fue indicado en el capítulo I, los casos de incertidumbre causal ofrecen dificultades para la implementación de la tradicional regla probatoria en materia de causalidad, traduciéndose en el rechazo de las demandas indemnizatorias interpuestas al no verificarse el nexo causal entre el hecho ilícito y el daño sufrido por la víctima. A efectos de evitar la desprotección de las víctimas se han configurado soluciones doctrinarias que establecen la responsabilidad de quienes *pudieron haber sido* causa del daño ocasionado.

A continuación, se desarrollarán los principales supuestos de incertidumbre causal que han tratado los estudios doctrinarios en derecho de daños y, a su vez, se mostrarán tanto las soluciones planteadas como las posibles combinaciones entre los casos. Las tipologías centrales de este problema residen en supuestos de (i) indeterminación del agente; (ii) indeterminación de la conexión; y (iii) víctima no identificada.

## 1. Indeterminación del agente

Este supuesto constituye un caso de causalidad alternativa en el cual hay una pluralidad de posibles agentes que pueden haber causado el daño. En tal situación, no todos estos han causado efectivamente el daño o bien solo uno de ellos lo ha ocasionado, pero se ignora quién ha sido. Dado que el causante del daño no se encuentra identificado se presenta un problema de incertidumbre causal por indeterminación del agente responsable. Resulta claro que alguno de los agentes dañó a la víctima, pero entonces los demás son inocentes del daño y, por ende, no se les debería imputar la obligación de repararlo.

El ejemplo característico de esta situación es extraído de la jurisprudencia norteamericana *Summers vs. Tice*,<sup>66</sup> que encuentra su réplica en el ámbito canadiense en *Cook vs. Lewis*.<sup>67</sup> Este tipo de casos puede ilustrarse del siguiente modo: dos cazadores practican su actividad de manera independiente y disparan simultáneamente en la misma dirección, impactando una de las balas en una persona. El problema radica en que no es posible determinar cuál de los dos cazadores hirió a la víctima, resultando infructuosas las distintas pruebas periciales desplegadas para tal efecto. Al no saber cuál disparo en particular causó el daño a la víctima hay falta de determinación del agente responsable.

La cuestión es controvertida en el derecho comparado.<sup>68</sup> Sin embargo, la solución mayoritaria se inclina por la aplicación de una responsabilidad solidaria, haciendo responder a todos los agentes del daño ocasionado. Esta solidaridad es configurada en el plano legislativo o judicial y se justifica en la consideración según la cual se produce una inversión de la carga de la prueba de la causalidad.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948)

<sup>67</sup> 1951 CanLII 26 (SCC), [1951] SCR 830.

<sup>68</sup> Mientras que las legislaciones austriaca y alemana prescriben que todos los agentes que despliegan las conductas son solidariamente responsables de la reparación del daño causado, la normativa suiza generalmente rechaza la responsabilidad de todos estos agentes —Martín-Casals, “Una primera aproximación a los ‘Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil’”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, p. 11—.

<sup>69</sup> Martín-Casals, “Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada”, en *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, p. 70.

De este modo, ambos cazadores responden solidariamente del daño causado a la víctima, pudiendo cada uno de ellos liberarse de la obligación reparatoria si logran probar que no causaron el daño.

La solución propuesta por los PETL se encuentra en el artículo 3:103 (1). Allí se prescribe que, en el evento de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiese sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa del daño ocasionado en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a la víctima. De este modo, la responsabilidad civil se establece en función de la probabilidad de que cada agente particular pudiera haber causado el daño. Si no hay mayores antecedentes para su determinación, responderán por partes iguales. Tal solución ha sido entendida como de carácter intermedia, en la alternativa de decretar la solidaridad y el rechazo de la demanda de responsabilidad civil.<sup>70</sup> Se trataría de una regla de responsabilidad parcial configurada según el grado de probabilidad de que cada uno de los agentes haya causado el daño.

## 2. Indeterminación de la conexión

En este caso de incertidumbre causal se presentan, de un lado, una pluralidad de agentes causantes del daño y, de otro, una pluralidad de víctimas. El problema radica en la imposibilidad de determinar cuál de los agentes ha causado el daño a qué víctima. También se trata de un supuesto de causalidad alternativa, pero su particularidad reside en que la incertidumbre impide conectar los agentes causantes con las víctimas que sufren el daño. La incertidumbre causal es generada por la falta de determinación de la relación que media entre los agentes y las víctimas.

El ejemplo paradigmático de esta clase de supuestos son los casos de responsabilidad por cuota de mercado [*market-share liability*]. En estas coordenadas, el caso

---

<sup>70</sup> Martín-Casals, “Una primera aproximación...”, *cit.*, p.11.

norteamericano *Sindell vs. Abbott Laboratories*<sup>71</sup> fue resuelto de acuerdo con ese criterio frente a la dificultad para establecer la conexión entre agentes causantes y víctimas del daño, dando lugar al conocido caso de las ‘Hijas del DES’, en alusión al medicamento dietilestilbestrol cuyo consumo por sus madres les provocó el daño. Según la lógica de esta hipótesis de incertidumbre causal, puede pensarse en varias compañías farmacéuticas que producen un medicamento para evitar abortos espontáneos. Las madres que consumieron dicho medicamento no enfrentaron problemas y dieron a luz a sus hijos e hijas. El problema se presentó más tarde en las niñas que a partir de la época de su pubertad desarrollaron cáncer de útero. Durante un tiempo, las madres consumieron el medicamento en cuestión, el cual fue fabricado por diversas compañías y, por tanto, no es posible determinar qué empresa farmacéutica dañó a qué víctima. El criterio de la responsabilidad por cuota de mercado establece que cada compañía responderá según su participación en el mercado de manera proporcional a ella, lo que intenta reflejar la probabilidad de que el medicamento que consumió la víctima haya sido producido por cada laboratorio. Así, por ejemplo, si hay tres compañías en que las dos primeras tienen una cuota de mercado de 25% cada una y la tercera, en tanto, alcanza el 50%, responderán con cargo a la probabilidad de que hayan ocasionado el daño, en estos términos, 25%, 25% y 50%, respectivamente.

A pesar de la popularidad de este criterio de resolución, en el contexto europeo se ha rechazado la aplicación de la responsabilidad por cuota de mercado, incluso declarando la no responsabilidad de los agentes. También se ha acudido a la solidaridad para solucionar la indeterminación de la relación entre pluralidad de agentes y víctimas, como ocurre en Francia y Países Bajos.<sup>72</sup> Este último mecanismo se funda en la inversión de la carga de la prueba de la causalidad, toda vez que la incertidumbre opera en perjuicio de las víctimas del daño. En efecto, si no se establece esta solución, ninguna de las víctimas podría probar qué empresa fabricante le vendió el medicamento que le ha ocasionado el daño.

<sup>71</sup> 26 Cal. 3d 588 (1980).

<sup>72</sup> Martín-Casals, “Acotaciones sobre la relación de causalidad...”, *cit.*, p. 71.

Al respecto, el artículo 3:103(2) de los PETL, dispone:

Si, en el caso de una pluralidad de víctimas, es dudoso que una actividad haya causado el daño de una víctima concreta, pero es probable que no haya causado daño a todas las víctimas, se considera que la actividad es causa del daño sufrido por todas las víctimas en proporción a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a una víctima concreta.

Toda vez que no es probable que la conducta o actividad haya causado el daño a todas las víctimas, el criterio adoptado es nuevamente el de proporcionalidad. De manera tal que esa conducta o actividad es estimada como causa del daño sufrido por todas las víctimas en proporción a la probabilidad de que aquella conducta o actividad pueda haber causado el daño a una víctima particular.<sup>73</sup>

### 3. Víctima no identificada

Esta hipótesis de incertidumbre causal corresponde al caso en que existe un agente que expone a una pluralidad de personas a un riesgo ilícito. El problema que se genera en este supuesto radica en que no es posible determinar cuáles personas son efectivamente víctimas del ilícito y cuáles, por el contrario, han sufrido perjuicios ocasionados por otras causas. Se trata de la actividad desarrollada por un agente, como puede suceder con una empresa contaminante o bien la producción de un medicamento que contiene un agente activo, que aumenta el número de personas que sufren una determinada enfermedad, pero que también podría haber sido causada por factores independientes a la responsabilidad de alguien.<sup>74</sup> En este contexto, hay más víctimas que las existentes con anterioridad, pero no se puede establecer quiénes son las víctimas que deben sus perjuicios a la contaminación o al agente activo del medicamento y, en tanto, quiénes de todas formas habrían sufrido el daño.

Con base en estas consideraciones, un ejemplo ilustrativo puede consistir en una empresa contaminante que se establece al costado de un lago que rodea un pueblo.

<sup>73</sup> Martín-Casals, “Una primera aproximación...”, *cit.*, p. 11.

<sup>74</sup> Martín-Casals, “Acotaciones sobre la relación de causalidad...”, *cit.*, p. 248.

Antes de la instalación de la fábrica en el lugar, se presentaban 15 casos de cáncer al año, por motivos ambientales que no eran imputables a alguien en particular. Mas ahora que la empresa emite sustancias que contaminan el lago, los casos de cáncer han aumentado a 30 durante el año. Por ello, la fábrica ha aumentado el riesgo de cáncer en un 100%. La problemática que reside aquí es que las 30 víctimas de cáncer no tienen certeza si corresponden a las 15 que se generaban por las condiciones ambientales, o bien pertenecen al grupo de 15 que se han enfermado como consecuencia de la contaminación generada por la empresa. La incertidumbre causal tiene lugar, entonces, toda vez que no es posible determinar quiénes han sufrido efectivamente el daño causado por el agente y quiénes no, traduciéndose en la imposibilidad de definir quiénes pueden demandar la reparación del daño.

La significativa dificultad que encarna este supuesto explica por qué la solución de mayoría en el contexto comparado es declarar que, en los casos de incertidumbre causal por falta de identificación de las víctimas, no puede establecerse la responsabilidad civil del agente que desarrolla la actividad riesgosa y expone a las personas. Si procediere la responsabilidad proporcional, en cambio, cada una de las víctimas en el ejemplo de la fábrica contaminante podría reclamar el 50% de los perjuicios sufridos.

#### 4. Otros posibles casos

Por último, cabe considerar que hay otros supuestos de incertidumbre causal que se añaden a este listado de casos centrales. Así, se ha indicado que el incremento del riesgo y la pérdida de oportunidad también podrían ser interpretados en términos de problemas de incertidumbre causal.<sup>75</sup> En la primera categoría se incluyen los supuestos en los que la incertidumbre se refiere a si un único demandado ha causado daños a un único demandante, como ocurre con la demanda interpuesta por una persona en contra de una empresa por su contribución porcentual al calentamiento climático, provocándole perjuicios y desembolsos

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 249 y ss.

económicos. En el segundo grupo, en tanto, la incertidumbre acerca de si un solo demandado ha causado un daño a un solo demandante se entiende en términos de la privación de la oportunidad de que este último no sufra el daño. Ya no se trataría, por tanto, de un incremento en el riesgo al cual se expone a la víctima.

## 5. Entre dos vías de solución

Según fue observado en el capítulo I, frente a los supuestos de incertidumbre causal se han articulado dos posibles soluciones para abordarlos, prescindiendo de la prueba de la relación de causalidad, en los términos tradicionales. De un lado, la responsabilidad solidaria de todos los agentes demandados y, de otro, el establecimiento de responsabilidad proporcional. Los PETL se inclinan en los supuestos de incertidumbre causal —o causalidad alternativa— por el criterio de la responsabilidad proporcional. Esta decisión se formula sobre la base de una distinción entre grupos de casos, estableciendo un criterio de resolución diferente para cada uno de ellos. Si se trata de supuestos en que dos o más acontecimientos son condiciones *sqn* del daño tiene operatividad la regla de solidaridad. Si se trata, en cambio, de casos en que dos o más causas pueden o no haber causado el daño, se considera que la responsabilidad proporcional ofrece una mejor solución que la responsabilidad solidaria, en la medida que resulta incierto si los respectivos acontecimientos verifican o no el requisito de la condición *sqn*, que se encuentra consagrada en el artículo 3:101.<sup>76</sup>

De ahí que los PETL establecen la regla de solidaridad en el supuesto de causas concurrentes del artículo 3:102 y, por el contrario, esgrimen la responsabilidad proporcional para las causas alternativas del artículo 3:103. La razón se justifica en que en el segundo grupo de casos —incertidumbre causal— no resulta claro cuál actividad, dentro del conjunto de actividades que tienen lugar, ha causado la totalidad del daño a la víctima. Allí efectivamente se verifica una condición *sqn*, mas se desconoce cuál de ellas es.<sup>77</sup> Esta alternativa de responsabilidad

<sup>76</sup> Para algunas consideraciones críticas sobre la solución de solidaridad para la responsabilidad de todos los agentes en supuestos de incertidumbre causal, puede consultarse Spier, “Relación de causalidad”, en *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario*, pp. 82-85.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 85.

proporcional devala su carácter intermedio, ya que evita que una persona responda por la totalidad de un daño que posiblemente no ha causado, aún más, considerando lo dispuesto en el artículo 3:103 (2), en que con toda probabilidad no ha participado en *todos* los daños causados por la actividad. Pero, del mismo modo, tiene en consideración la situación que enfrenta la víctima, advirtiendo la incorrección que significaría dejarla desprovista de toda indemnización por los daños que ha sufrido.<sup>78</sup>

Finalmente, en los *Comentarios* de los PETL se observa que este criterio de la responsabilidad proporcional puede dar cabida a un incremento en el número de litigios. También es advertida la posibilidad de que esta solución acarree que la parte demandada opte por acordar una transacción en el caso o los casos, así como que los demandantes decidan entablar la demanda y judicializar la controversia solo en algunos casos, ahorrando así dinero. Por ello, más allá de que esto fuese considerado como problemático se trata de una cuestión más bien de derecho procesal y no de derecho sustantivo. El primero tendría que ofrecer mecanismos para solucionar esta clase de asuntos.

## Bibliografía

- Atienza, M., “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986.
- Bar, C. von, *The Common European Law of Torts. Vol. II*, Clarendon, Oxford, 2000.
- Bárcena Zubieta, A., “El derecho de daños como banco de pruebas de una disputa filosófica sobre la causalidad”, en D. M. Papayannis (coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.
- Barona González, J., “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, núm. 2, 2003.

---

<sup>78</sup> Para una defensa de la responsabilidad proporcional puede consultarse Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, pp. 43-84.

- Blaiotta, R., *La causalità nella responsabilità professionale: Tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milán, 2004.
- Broadbent, A., “Fact and Law in the Causal Inquiry”, *Legal Theory*, vol. 15, núm. 3, 2009.
- Busto Lago, J. M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Capecchi, M., *Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie “fatto illecito” a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Cedam, Padua, 2005.
- Diez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- Fraassen, B. C. van, *The Scientific Image*, Oxford University Press, Oxford, 1980.
- Galavotti, M.C., “Problemi epistemologici del nesso causalità-probabilità-spiegazione”, en R. Pucella y Giovanni de Santis (eds.), *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, Cedam, Padua, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Causal Pluralism and Context”, en M. C. Galavotti, R. Scazzieri y P. Suppes (eds.), *Reasoning, Rationality and Probability*, CSLI, Stanford, 2008.
- Goldenberg, I. H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2a. ed., La Ley, Buenos Aires, 2000.
- González Lagier, D., “Sobre el concepto de causa. Un análisis de los aspectos causales en el `caso de la colza´ desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia”, en *Poder Judicial*, núm. 33, 1994.
- \_\_\_\_\_, “Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el derecho penal (I)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, 2003.

\_\_\_\_\_, “Hechos y conceptos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del derecho*, núm. 15, número dedicado a las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la filosofía del derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de marzo de 2007a. Disponible en «<http://www.uv.es/CEFD/15/lagier.pdf>».

\_\_\_\_\_, “Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo”, *Revista Discusiones*, núm.7, 2007b.

Hart, H. L. A y Honoré, A., *Causation in the Law*, Clarendon, Oxford, 1985.

Hernández Marín, R., *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Honoré, A., “Causation in the Law”, en E. N. Zalta, (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Winter Edition*, 2010. Disponible en «<http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/causation-law/>».

Lacruz Berdejo, J. L. et al., *Elementos de derecho civil. Derecho de las obligaciones*, 3a. ed., t. 2, vol. II, Dykinson, Madrid, 2005.

Lewis, D., “Causation”, *Journal of Philosophy*, vol. 70, 1973. Citado por la versión recogida en Ernest Sosa y Michael Tooley (eds.), *Causation*, Oxford University Press, Oxford, 1993.

\_\_\_\_\_, “Poscripts to ‘Causation’”, *Philosophical Papers*, vol. II, Oxford University Press, Nueva York, 1986.

Lipton, P. “Contrastive Explanations”, en D. Knowles (ed.), *Explanation and its Limits*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

\_\_\_\_\_, “Causation Outside the Law”, en H. Gross y R. Harrison (eds.), *Jurisprudence: Cambridge Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

\_\_\_\_\_, *Inference to the Best Explanation*, 2a. ed., Routledge, Londres, 2004.

Mackie, J., *The Cement of the Universe*, Oxford University Press, Oxford, 1974.

Martín-Casals, M., “Una primera aproximación a los `Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil””, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2005, pp. 1-25.

\_\_\_\_\_, “Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada”, en M. J. Santos, J. R. Mercader y P. del Olmo (dirs.), *Nuevos retos del derecho de daños en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 215-264.

Maslen, C., “Causes, Contrasts, and the Nontransitivity of Causation”, en J. Collins, N. Hall, y L. A. Paul (eds.), *Causation and Counterfactuals*, MIT Press, Cambridge, 2004.

Medina Alcoz, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.

Menzies, P., “Difference-Making in Context”, en J. Collins, N. Hall y L. A. Paul (eds.), *Causation and Counterfactuals*, MIT Press, Cambridge, 2004.

\_\_\_\_\_, “Causation in Context”, en H. Price y R. Corry (eds.), *Causation, Physics, and the Constitution of Reality. Russell’s Republic Revisited*, Clarendon Press, Oxford, 2007.

\_\_\_\_\_, “Counterfactual Theories of Causation”, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Winter Edition*, 2008. Disponible en «<http://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/causation-counterfactual>».

Mill, J. S., *System of Logic Ratiocinative and Inductive. Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, Lomgmans, Green and Co., Londres, 1843. Citado por la octava edición, de 1886.

Pantaleón Prieto, F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil. Tomo II*, Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, 1990.

\_\_\_\_\_, “Causalidad (derecho civil)”, *Enciclopedia jurídica básica. Volumen I*, Civitas, Madrid, 1995.

Papayannis, D. M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.

\_\_\_\_\_, “Yo causo, tú causas, nosotros causamos...”, manuscrito inédito.

Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G., *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2017.

Pfordten, D. von der, “About Concepts in Law”, en J. C. Hage y D. von der Pfordten (eds.), *Concepts in Law*, Springer, Dordrecht, 2009.

Reiss, J., “Causation in the Social Sciences. Evidence, Inference, and Purpose”, *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 39, núm. 1, 2009.

Schaffer, J., “Causes Need Not Be Physically Connected to Their Effects: The Case for Negative Causation”, en C. Hitchcock (ed.), *Contemporary Debates in Philosophy of Science*, Blackwell, Oxford, 2004.

\_\_\_\_\_, “Contrastive causation”, *The Philosophical Review*, vol. 114, núm. 3, 2005.

\_\_\_\_\_, “The metaphysics of causation”, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Fall Edition, 2008*. Disponible en «<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/causation-metaphysics>».

\_\_\_\_\_, “Contrastive Causation in the Law”, *Legal Theory*, vol. 16, núm. 4, 2010.

- Spier, J., “Relación de causalidad”, en M. Martín-Casals (ed.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- Taruffo, M., “La prova del nesso causale”, *Rivista critica di diritto privato*, año XXIV, núm. 1, 2006.
- Vreese, L. de, “Pluralism in the Philosophy of Causation: Desideratum or Not?”, *Philosophica*, vol. 77, 2006.
- Wright, R., “Causation in Tort Law”, *California Law Review*, vol. 73, 1985.
- \_\_\_\_\_, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, vol. 73, núm. 5, 1988.
- \_\_\_\_\_, “Causation in the Law”, en E. Craig (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, Londres, 2001. Disponible en «<http://www.rep.routledge.com/article/T062>».

## Causas de exoneración

Diego M. Papayannis\*

\* Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Serra Hünter e investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica Universidad de Girona —España—.

**Causas de exoneración.** I. Introducción; II. Daño justificado; III. Culpa de la víctima; IV. Caso fortuito y hecho de un tercero; V. A modo de síntesis: el caso fortuito y el hecho de un tercero en el Código Civil Federal de México y en el Código Civil para el Distrito Federal.

## I. Introducción

En este capítulo estudiaré las causas de exoneración de responsabilidad civil, cuyo tratamiento doctrinal es de lo más diverso. Quienes han escrito sobre esto emplean clasificaciones diferentes y se adhieren a concepciones discrepantes de cada una de ellas, lo que dificulta la comprensión de un tema que entraña alguna complejidad.

A poco de repasar la literatura, se advierte que el rótulo *eximentes de responsabilidad* —o *causas de exoneración*— engloba asuntos de distinta naturaleza, como el caso fortuito, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero respecto de quien no se tiene el deber de responder, el estado de necesidad, la legítima defensa, el cumplimiento de un deber, el ejercicio regular de un derecho, el consentimiento de la víctima, la asunción del riesgo o el miedo insuperable.

Estos hechos, situaciones o circunstancias, sin embargo, no tienen siempre el mismo encaje en la estructura de razonamiento distintiva de la responsabilidad civil. Algunas eximentes constituyen lo que puede denominarse *causa ajena*, otras apuntan a justificar el daño sufrido por la víctima, mientras que aun otras —como el miedo insuperable— no son más que una excusa que no tiene ningún efecto exoneratorio en la responsabilidad civil moderna.

La causa ajena incluye la culpa de la víctima, el caso fortuito y el hecho de un tercero por quien no se tiene el deber de responder. Cuando la parte demandada invoca una causa ajena, su argumento es que el daño está total o parcialmente fuera del ámbito de su responsabilidad, es decir, que no le incumbe o que no le incumbe *exclusivamente*. En el primer caso, niega que satisfaga los presupuestos de la responsabilidad civil, por lo que la demanda debería ser rechazada *in totum*; en el segundo, acepta que ha contribuido de un modo jurídicamente responsable al acaecimiento del daño, pero señala que otras intervenciones causales —de la víctima, de un tercero o de un hecho de la naturaleza— han tenido también protagonismo y ello debería reducir el monto de su obligación indemnizatoria.

Cuando la parte demandada obra amparada por una causa de justificación, no niega en absoluto que su conducta sea subsumible en los presupuestos de la responsabilidad civil,<sup>1</sup> sino que afirma que tuvo excelentes razones para dañar a la víctima. Si acaso, la parte demandada intenta derrotar la obligación de reparar.

En cambio, quien solo tiene una excusa no afirma que el daño obedece a una causa ajena ni que haya tenido buenas razones para causarlo. El miedo insuperable, entre otras excusas, tal vez nos permita comprender por qué la parte demandada obró de la manera en que lo hizo.<sup>2</sup> Podemos apreciar que no hubo mala voluntad de su parte, sino una incapacidad para estar a la altura de las circunstancias. Esta incapacidad, por desafortunado que parezca, no elimina el carácter incorrecto o ilícito de su conducta. En este sentido, las excusas no funcionan como eximentes de responsabilidad.<sup>3</sup> Por consiguiente, dejaré las excusas fuera de este capítulo y me centraré en el daño justificado y la causa ajena.

---

<sup>1</sup> Por supuesto, como he anticipado, no todos coinciden. Barros Bourie —*Tratado de responsabilidad extracontractual*, pp. 138-139—, por ejemplo, entiende que la acción justificada elimina la antijuridicidad y, por consiguiente, también la culpa, puesto que se adhiere a la tesis de que *culpa* y *antijuridicidad* se implican mutuamente. Siendo esto así, a diferencia de lo que sostengo en este texto, el esquema de Barros Bourie asume que las causas de justificación niegan los fundamentos de la responsabilidad. No entraré a evaluar el mérito de todas las posiciones que se defienden en la literatura, sino que me limitaré a presentar la reconstrucción que considero correcta, en tanto permite elaborar los razonamientos más sólidos en este ámbito. Para un argumento en contra de la idea de que la culpa y la antijuridicidad se implican mutuamente, V. Papayannis, “La práctica del *alterum non laedere*”, en *Isonomía*, pp. 57 y ss.

<sup>2</sup> V. Gardner, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, pp. 82 y ss.

<sup>3</sup> También existe desacuerdo sobre esta solución —V. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial: V. La responsabilidad civil extracontractual*, pp. 246-247—. En mi opinión, las excusas no

Expondré primero el daño justificado y sostendré que, en lo que toca a la responsabilidad civil, las únicas causas de justificación son la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber. Como acabo de mencionar, estas eximentes se apoyan en el hecho de que la acción que daña está respaldada por las razones de mayor peso. Según el caso, estas razones pueden tener un impacto en el deber de resarcir: que un daño esté justificado no implica necesariamente que quien lo haya causado esté eximido de repararlo. Eso depende de varias consideraciones, sobre las que me explicaré en el subapartado II.3. Luego, en el subapartado II.4, argumentaré que el consentimiento de la víctima, la asunción del riesgo y el ejercicio de un derecho no son genuinas causas de justificación, dado que excluyen el fundamento de la responsabilidad de la persona demandada y, por ende, no dejan nada que justificar. Desde luego, si se dan las condiciones adecuadas, pueden constituir una defensa eficaz para la parte demandada, pero no son técnicamente una causal de justificación.

En lo que hace a la causa ajena, dedicaré el apartado III a analizar con detalle la culpa de la víctima, y luego, en el apartado IV, abordaré conjuntamente el caso fortuito y el hecho de un tercero por quien no se tiene el deber de responder. Procederé de este modo por razones principalmente didácticas. El debate doctrinario en torno a la culpa de la víctima tiene muchas peculiaridades que hacen recomendable examinarlo con algún detenimiento. Además, y más importante, para realizar un análisis fructífero de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad debe desplegarse un aparato conceptual que será de gran utilidad para comprender también el caso fortuito y el hecho de un tercero.

La aspiración de este capítulo es doble. Por una parte, pretende explicar en qué consisten las causas de exoneración y cómo funcionan; por la otra, intenta esclarecer sus principios subyacentes, que solo pueden identificarse revelando cómo las distintas eximentes de responsabilidad se insertan en el análisis de la relación entre las partes de la interacción. Argumentaré que hay una forma de considerar las eximentes —o causas de exoneración— que es apropiada para la estructura

---

pueden nunca funcionar como eximente de responsabilidad civil en el derecho moderno. V. entre otros, Goldberg, “Inexcusable Wrongs”, en *California Law Review*.

de la justicia interpersonal explicada en el capítulo I de este manual, aun cuando exista cierto margen para la política jurídica en la configuración de qué cuenta —y qué no cuenta— como eximente de responsabilidad civil.<sup>4</sup> La segunda aspiración, aunque tenga en apariencia un cariz más filosófico que práctico, es esencial para una comprensión cabal de las causas de exoneración, lo que permite tomar decisiones fundamentadas, bien razonadas y argumentadas, y evitar así las acusaciones de arbitrariedad que tan frecuentemente se plantean en este ámbito.

## II. Daño justificado

El problema del daño justificado resulta muy difícil de exponer sin realizar antes algunas matizaciones. Quienes lo han estudiado suelen calificar como *causas de justificación* situaciones de muy diversa índole; las paradigmáticas son la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber, pero la doctrina —siguiendo la legislación penal en la que normalmente se regula esta cuestión—<sup>5</sup> también menciona el consentimiento de la víctima, la asunción del riesgo y el ejercicio de un derecho como instancias de acción justificada.<sup>6</sup> En mi opinión, estas tres últimas categorías no constituyen causas de justificación *en el ámbito de la responsabilidad civil*. Son, en cambio, condiciones, hechos o circunstancias que nos llevan a negar que el fundamento de la responsabilidad del agente dañador haya sido satisfecho. Esto es así porque, una vez se las tiene en cuenta, no puede afirmarse que el agente haya infringido su deber de no dañar según las normas del sistema. Si la parte demandada no infringió su deber de no dañar, nada tiene que justificar. De ahí que un abordaje unitario de todas estas causas, condiciones o circunstancias sea imposible.

<sup>4</sup> Que la regulación de las eximentes está afectada por consideraciones de política jurídica es claro en el análisis de Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, p. 241.

<sup>5</sup> V. Código Penal Federal, art. 15; y Código Penal para el Distrito Federal, art. 29.B —válido para la Ciudad de México—.

<sup>6</sup> V. entre muchísimos otros, Llambias, *Manual de obligaciones*, pp. 578 y ss.; Busto Lago, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, pp. 246 y ss.; López Mesa y Cesano, *Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*, pp. 157 y ss., 201 y ss., 363 y ss., 401 y ss.; Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 304 y ss.; y Barros Bourie, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

El debate doctrinario en este tema presenta aristas muy interesantes. Una reconstrucción completa de todos los puntos de discusión está fuera de mi alcance en este trabajo, pues requeriría una cantidad muy considerable de páginas. Ni siquiera me explayaré sobre los requisitos específicos de la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber. Estas nociones están ampliamente desarrolladas en la literatura, en especial en la doctrina penalista, y sobre sus elementos constitutivos hay un amplio consenso. Ante todo, aquí me interesa explicar cómo estas causas de justificación encajan en el patrón de razonamiento de la responsabilidad civil.<sup>7</sup> Por ello, en lugar de ofrecer una exposición detallada de cada causa de justificación,<sup>8</sup> presentaré una visión del daño justificado que se implica de la idea de justicia interpersonal defendida en los apartados II y III.7 del capítulo I. El mejor modo de comprender la naturaleza de la justificación requiere estudiar, en primer lugar, el estado de necesidad. Luego, extenderé la teoría para determinar los distintos efectos que la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber tienen sobre la obligación resarcitoria. Por último, explicaré brevemente por qué el consentimiento de la víctima, la asunción del riesgo o el ejercicio de un derecho quedan fuera de la noción de justificación aquí adoptada.

## 1. La idea de una justificación

Comencemos con la justificación de las acciones. Una norma jurídica que establece un deber o una prohibición requiere que hagamos —o no hagamos— aquello especificado en ella. Así, cuando se prohíbe conducir a más de 50 km/h en ciudad, se pretende que los destinatarios no excedan esa velocidad y que, de alguna manera, “blinden” su razonamiento práctico ante la presión que ejercen otras razones y motivaciones en conflicto. Desde el punto de vista del derecho, Axileas debe mantenerse por debajo de esa velocidad, aunque tenga otras razones para excederla, como que si no se apura en llegar a casa se perderá el partido del

<sup>7</sup> En esta sección sigo las tesis presentadas por primera vez en Papayannis, “La práctica del *alterum...*”, *cit.*, aunque profundizaré en algunos puntos que allí no estaban del todo desarrollados.

<sup>8</sup> Para ello, entre otros autores, pueden consultarse Mir Puig, *Derecho penal: parte general*, pp. 419 y ss.; López Mesa y Cesano, *op. cit.*, pp. 103 y ss. Asimismo, conviene revisar la normativa penal mexicana mencionada en la tercera nota.

Panathinaikós. Esa razón y otras motivaciones de autointerés están excluidas de su razonamiento práctico. Eso no significa que ni siquiera tenga permitido pensar en esas otras razones, pues es humano considerar las tentaciones de desobedecer la norma; antes bien, el deber de no superar el límite de velocidad le impide *obrar* sobre la base de razones en conflicto con su deber. En un sentido coloquial, el derecho dice al ciudadano: piensa lo que quieras, pero actúa como digo.<sup>9</sup>

Cuando un agente actúa en estado de necesidad, las razones para cumplir con el deber no son anuladas o eliminadas. El estado de necesidad, por imperativo legal, simplemente hace caer el blindaje que protegía las razones jurídicas en su razonamiento práctico. El derecho habilita al agente a considerar otras razones que el propio derecho reconoce como importantes y permite excepcionalmente obrar sobre la base de ellas, si en el balance de razones resultan vencedoras.

Imaginemos que Axileas se encuentra en estado de necesidad. Supongamos que romper la puerta de Xenofonte es absolutamente necesario para refugiarse y proteger su integridad física. En esa situación, Axileas está facultado a romper la puerta. La ponderación aquí es sencilla porque involucra un bien jurídico como la integridad física, respecto del cual existe un amplio consenso en considerarlo superior a la propiedad. Pero afirmar que el bien jurídico con mayor valor prevalece solo significa que las razones para romper la puerta han derrotado o superado a las razones para no romperla. Estas últimas razones, relacionadas con la importancia de respetar los derechos de Xenofonte, en este caso el derecho de propiedad, *no han sido suprimidas* del panorama normativo. Siguen siendo razones de peso y, por ello, siempre debe procurarse la afectación mínima y necesaria de los derechos ajenos. No obstante, las razones que privilegian el respeto de la propiedad privada en este ejemplo han sido superadas por las que favorecen la protección de la integridad física. Por ello, aunque Axileas no está obligado a romper la puerta para protegerse, hacerlo es racional, ya que este curso de acción está respaldado por razones no derrotadas.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> En el capítulo III, apartado VI, se explica con detalle cómo funcionan los deberes jurídicos.

<sup>10</sup> V. Gardner, *Offences and Defences... cit.*, pp. 103-107.

Es decir, el derecho permite al agente que se encuentra en estado de necesidad involucrarse en un ejercicio de ponderación, que en algunos casos puede ser muy exigente, a fin de balancear los distintos intereses en juego y actuar en beneficio del interés respaldado por las razones de mayor peso. Reiteramos que este no es *normalmente* el caso. El derecho no nos faculta en general a ponderar o evaluar la conveniencia de seguir sus mandatos. Pero el estado de necesidad no es un caso normal, sino excepcional.

Conviene enfatizar, puesto que es fundamental para comprender el marco teórico empleado, que las razones para no dañar a otros no desaparecen por el hecho de ser superadas o derrotadas, sino que siguen exigiendo conformidad.<sup>11</sup> De manera que si el deber que el agente tenía de no dañar con culpa o dolo es correlativo con un derecho de la víctima a no ser dañada con este tipo de acciones, entonces la víctima sigue teniendo una pretensión válida de no ser dañada con culpa o dolo, pese a que la acción dañosa esté justificada. Su derecho subjetivo ha sido superado por un interés privilegiado, pero no ha sido aniquilado por la situación de necesidad. En el marco teórico que aquí se emplea, la pretensión de la víctima todavía conserva su fuerza relativa y, por esta razón, los derechos pueden ser vulnerados —y los deberes infringidos— con acciones justificadas.

## 2. Justificado no equivale a lícito

Esta manera de concebir la justificación se aparta de la postura tradicional, según la cual las causas de justificación convierten lo *ilícito* en perfectamente *lícito*.<sup>12</sup> La idea es que, si en el daño justificado siempre queda un resabio de inconformidad con el derecho subjetivo de la víctima,<sup>13</sup> la acción resultante no puede ser tomada por

---

<sup>11</sup> MacCormick, “The Obligation to Reparation”, en *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*; y Gardner, “What is Tort Law For? Part I. The Place of Corrective Justice”, en *Law and Philosophy*, p. 28.

<sup>12</sup> V. entre otros, Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños. Parte general. Tomo 1*, p. 47; y López Herrera, *Teoría general de la responsabilidad civil*, pp. 107-108.

<sup>13</sup> Esto es lo que Judith Jarvis Thomson —*The Realm of Rights*, p. 84— denomina “residuo moral”.

lícita sin más.<sup>14</sup> Por ello, en un trabajo anterior<sup>15</sup> sostuve que el binomio clasificatorio *lícito/ilícito* es inadecuado para describir el fenómeno del daño justificado en la responsabilidad civil; corresponde, entonces, reemplazarlo por el trinomio *lícito/justificado/ilícito*. El problema del binomio *lícito/ilícito* es que hace colapsar el daño justificado con la acción lícita y, por ende, inobjetable. Sin embargo, no parece que toda acción que deja de ser incorrecta o ilícita, por estar justificada, pase a ser correcta o lícita sin matizaciones. Existe un espacio intermedio dado por la justificación de las acciones dañosas; solo introduciendo esta categoría podemos reflejar la situación dilemática o trágica que involucra el estado de necesidad. Solo así es posible comprender la racionalidad de que el daño causado en estado de necesidad sea resarcible: este siempre tiene como antecedente la *infracción de un deber de no dañar que el agente incumple*, aunque sea por excelentes razones.<sup>16</sup>

Nótese que es precisamente esa infracción del deber de no dañar lo que requiere una justificación. Las acciones perfectamente lícitas, en contraste, no conllevan ninguna incorrección que el agente deba justificar. En consecuencia, sería inapropiado exigir alguna acción subsanadora o imponer responsabilidades a un individuo que ha realizado una acción lícita. Las acciones justificadas son distintas, puesto que siempre colocan al agente en un dilema: si obra según sus razones para no dañar, es decir, según los deberes que le eran exigibles, entonces deja que un interés más importante resulte afectado; en cambio, si opta por el interés superior, incumple sus razones jurídicas para no dañar. Haga lo que haga, siempre quedan razones de peso sin satisfacer.

Ignorar la estructura dilemática de las causas de justificación nos impide dar cuenta de algunas intuiciones fundamentales en torno a estos casos. Pensemos en el famoso ejemplo del montañista planteado por Joel Feinberg. Descrito brevemente, se trata de un individuo que, estando de excursión en la montaña, es

---

<sup>14</sup> Es interesante que en el derecho penal la justificación convierte a la acción en *penalmente* lícita. Es decir, quien actúa en estado de necesidad no comete un delito. Sin embargo, la dogmática enfatiza que las acciones justificadas siguen siendo *típicas*, y ello capta de alguna manera el residuo moral mencionado en la nota anterior o, al menos, pone de manifiesto que la acción ha generado algún grado de afectación al bien jurídico protegido.

<sup>15</sup> Papayannis, “La práctica del *alterum...*”, *cit.*, p. 57.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 62 y ss.

sorprendido por una fuerte tormenta, con riesgos de avalancha. El montañista encuentra una cabaña con calefacción. Rompe el cristal de la ventana, entra en la cabaña, consume la leña y los alimentos del propietario hasta que pasa la tormenta.<sup>17</sup> El montañista obra en estado de necesidad, por lo tanto, su acción de entrar en la cabaña sin autorización del dueño no es, *a fin de cuentas*, incorrecta. No obstante, al entrar, incumple —justificadamente— su deber de no entrar. Este es un deber que solo puede cumplir si no entra. Dicho en otros términos, el montañista ha transgredido el derecho del dueño de la cabaña con una conducta que, en última instancia, no es incorrecta ni, por tanto, está jurídicamente compelido a evitar. Pero que no esté compelido a evitarla no significa que carezca de razones jurídicas para evitarla. Por supuesto, todavía conserva razones para no entrar. Son, por cierto, razones derrotadas, pero no canceladas.<sup>18</sup>

Llegamos ahora al problema fundamental: si decimos que la acción del montañista es perfectamente *lícita*, no se comprende por qué el derecho puede imponer un deber de reparar el daño justificado, como ocurre en muchos sistemas jurídicos. La responsabilidad civil es una respuesta ante una injusticia interpersonal. Si la acción es lícita, ergo, jurídicamente inobjetable, ¿cómo podría el daño justificado constituir una violación de los términos de interacción entre las partes involucradas? La respuesta es que la acción dañosa no es lícita, pero tampoco ilícita: está justificada. Para esta reconstrucción, la acción justificada es un *tertium genus*. Negar esta tripartición, es decir, negar que las acciones justificadas sean diferentes

---

<sup>17</sup> V. Feinberg, “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, en *Philosophy and Public Affairs*, p. 102.

<sup>18</sup> La reconstrucción alternativa está bien representada en el análisis que Rosenkrantz —“Una revisión de la concepción compensatoria de la justicia correctiva”, en *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, p. 70— realiza del conocido caso *Vincent vs. Lake Erie Transportation Co.*, 10 Minn. 456 124 NW 221 (1910). En *Vincent*, ante la inminencia de una fuerte tormenta, el capitán de un barco decidió amarrar su embarcación al muelle, imponiendo un grave peligro de daño al propietario, que de hecho se concretó. Para Rosenkrantz, el capitán del barco *no tenía ninguna razón en absoluto para no amarrar su barco al muelle*. Esta afirmación me parece muy cuestionable. El capitán no tenía razones *concluyentes* para omitir la acción que causó el daño, pero de ahí no se sigue que carecía por completo de razones para omitirla. Después de todo, su acción causaría un grave perjuicio económico a la otra parte, y este hecho cuenta como una razón para evitarlo, aun cuando resulte en última instancia derrotada en el balance de razones. En el marco teórico aquí desarrollado, la víctima sigue teniendo una pretensión válida de que el daño no se produzca, y ello no cambia por el hecho de que el ordenamiento jurídico no respalde esa pretensión con la facultad de impedir que el capitán amarre su barco.

de las llanamente lícitas, implica desconocer que romper la puerta de Xenofonte es una acción que pertenece a una categoría distinta de otras acciones como dar un paseo por la playa. Si Axileas es libre de pasear por la playa según considere conveniente, al ser esta una acción lícita, entonces será totalmente improcedente que Xenofonte pueda tener derecho a una indemnización por la incomodidad que eso le provoca. En cambio, no parece descabellado que el dueño de la cabaña tenga un derecho indemnizatorio contra el montañista, que, en estado de necesidad, entró para resguardarse del alud y proteger su vida.

### 3. Justificación e indemnización

La pregunta ahora es qué implica este esquema teórico. Si el daño justificado de todos modos vulnera los derechos de la víctima, parece que la víctima debería tener derecho siempre a recibir una reparación integral, cualquiera sea la causa de justificación. Sin embargo, no sería sensato que el daño causado en legítima defensa generase un deber de resarcir al agresor ilegítimo, ni que el funcionario de la policía que obra en cumplimiento de un deber tuviera la obligación de resarcir a los ciudadanos afectados. ¿Cómo se evitan estas consecuencias tan implausibles?

Conviene en primer término aclarar que, pese a que es verdad que el daño justificado vulnera los derechos de la víctima, no se trata de una vulneración caprichosa, sino respaldada por razones de mucho peso. De ahí que la víctima pueda estar requerida a soportar un tratamiento jurídico especial del daño justificado. Para decirlo gráficamente, la justificación de la acción no es una zona de blancos y negros, sino de grises, en la cual es apropiado reconocer que “es verdad que los derechos de la víctima han sido vulnerados, *pero...*”. Ese *pero* sugiere que no hay arbitrariedad en la acción que vulnera sus derechos. La respuesta jurídica adecuada no puede dejar de considerar el tipo de razones que habitualmente están presentes en cada categoría de casos y la manera en que la obligación de indemnizar incide sobre los términos de interacción, evitando que los intereses de algunas personas queden indefectiblemente subordinados a los intereses de otras.

Tal como intentaré defender, la pauta que permite sistematizar la procedencia de una indemnización se halla en la idea de que las personas son independientes

unas de otras.<sup>19</sup> Por lo tanto, aunque la acción esté justificada, la justicia interpersonal sigue requiriendo que nadie sea sacrificado en beneficio ajeno.<sup>20</sup> La obligación de reparar en estos casos es el reflejo de la potestad que tiene la víctima de exigir el respeto de sus derechos a quien ha optado por sacrificarlos a fin de resguardar otro interés —de una persona diferente de la víctima— frente a una contingencia apremiante ajena a ambas partes de la interacción. De ahí se sigue que, si la víctima de un daño justificado contribuyó a crear la contingencia apremiante o si la causación del daño es necesaria para proteger sus propios intereses, las pretensiones indemnizatorias deberían, en principio, ser desestimadas. También se implica que cuando el beneficiario de una acción justificada no es el mismo agente dañador, su eventual deber de reparar ha de juzgarse con un criterio diferente. Ese criterio es, en mi opinión, el principio de enriquecimiento injusto. Cuando se toman en cuenta estos factores, las soluciones habituales del derecho positivo son coherentes con la justicia interpersonal. A continuación, analizaré brevemente cada supuesto siguiendo estos parámetros.

### A. Estado de necesidad

En el estado de necesidad hay un individuo cuyos derechos o intereses son beneficiados a costa de los derechos de la víctima. El beneficiario puede ser la misma persona que causa el daño o un tercero. A fin de evaluar si el agente dañador tiene un deber de indemnizar, esto resulta irrelevante. No es irrelevante para determinar si el beneficiario-no dañador debe reparar a la víctima. Luego volveré sobre esto.

---

<sup>19</sup> V. Ripstein, *Private Wrongs*, pp. 34-38.

<sup>20</sup> En un reciente trabajo, Marta Pantaleón Díaz—“Justificación penal, sacrificio y unas abejas”, pp. 4-5, 48 y ss.— sostiene una tesis similar, aunque la defiende aplicando una estructura dogmática diferente de la que yo he utilizado en este trabajo y unos principios de responsabilidad también diferentes. En su opinión, la responsabilidad por sacrificio es un factor de atribución independiente de la culpa y la responsabilidad objetiva. En cambio, yo no creo que la culpa quede excluida en los supuestos de justificación. Quien daña en legítima defensa, por ejemplo, actúa dolosamente: decide causar daño al agresor para defender sus propios intereses o los de un tercero. Quien obra en estado de necesidad puede obrar con dolo o con culpa, según el caso. Lo más relevante es que, como argumenté en el apartado anterior, la legítima defensa o el estado de necesidad *justifican el incumplimiento* de los deberes respecto de la víctima y, por ello, no excluyen la culpa del agente. De ahí que, como explicaré luego, el eventual deber de reparación *del beneficiario* de un daño causado justificadamente por *otra persona* no es en sentido estricto una responsabilidad basada en la infracción del deber de no dañar con culpa, sino una exigencia de los principios de enriquecimiento injusto o de la equidad.

Ahora deseo señalar algo que parece indiscutible: salvo que la propia víctima haya contribuido a crear la situación de necesidad que afecta al beneficiario de la acción dañadora, no parece sensato dejar a la víctima sin un resarcimiento pleno, ya que, después de todo, su derecho fue vulnerado a favor de los derechos o intereses de otra persona. Negar una indemnización equivale a *utilizar a la víctima como un medio para otros fines*. Esto, además, daría paso a una noción de derechos individuales un tanto controvertida, pues los derechos serían recursos que en situaciones de urgencia quedan a disposición de cualquiera que los necesite.<sup>21</sup> Cuestionar, entonces, que los daños causados en estado de necesidad sean indemnizables equivale a interpretar todos los derechos como si fuesen “una especie de ‘posesión precaria’ de la que los individuos gozan gracias al ordenamiento social y que se reconoce solo en tanto y en cuanto no vaya en perjuicio de la sociedad en su conjunto”.<sup>22</sup>

Esta concepción de los derechos individuales difícilmente es compatible con los valores liberales que inspiran la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales. El daño causado en estado de necesidad debe ser compensado porque la víctima tiene un derecho a no ser dañada que no se extingue por la necesidad ajena. El estado de necesidad evitará que el agente dañador o el beneficiario enfrenten consecuencias penales, pero no las civiles.

En definitiva, el principio de no mediatización o no instrumentalización explica por qué el estado de necesidad requiere, por regla general, una indemnización para la víctima. La ausencia de indemnización normalizaría el franco sacrificio de unos en beneficio de otros y, así, se abandonaría el ideal de inviolabilidad de la persona.<sup>23</sup> A la vez, este principio también explica en qué casos el estado de necesidad no debe dar acción contra el agente dañador. Así, cuando el daño es causado en beneficio de la propia víctima o de alguien con quien tiene una relación especial no puede entenderse que se lo ha instrumentalizado. Veamos diferentes ejemplos para evaluar la capacidad de rendimiento del principio.

<sup>21</sup> Coleman, *Risks and wrongs*, p. 294.

<sup>22</sup> Nino, *Los límites del derecho penal. Una teoría liberal del delito*, p. 477.

<sup>23</sup> Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, p. 32.

Caso 1: Axileas destruye el cristal del automóvil de Xenofonte para tomar de su interior un extintor de incendios con el fin de sofocar el fuego en su propio automóvil.

Caso 2: Axileas destruye el cristal del automóvil de Xenofonte para tomar de su interior un extintor de incendios con el fin de sofocar el fuego en el automóvil de Perséfone.

Caso 3: Axileas destruye el cristal del automóvil de Xenofonte para rescatar de su interior al perro de Xenofonte que, dado el calor de la tarde, se está sofocando.

Debe notarse que en ningún caso Axileas está obligado a actuar. Puede decidir sacrificar su automóvil en el caso 1, quedar al margen del daño que sufrirá el automóvil de Perséfone en el caso 2 o dejar que el perro de Xenofonte muera sofocado en el caso 3. Estas omisiones serían perfectamente lícitas. Ahora bien, al actuar en los casos 1 y 2, decide dañar a Xenofonte para beneficiar los derechos o intereses de otra persona. De ahí que tenga el deber de reparar. En cambio, en el caso 3, Axileas no tiene el deber de indemnizar a Xenofonte ya que no le impone ningún sacrificio en beneficio de otra persona, sino que toda la acción redundará en la preservación de los propios derechos o intereses de Xenofonte. La diferencia entre los casos 1 y 2 es que, en el caso 2, si Axileas pagase una indemnización a Xenofonte, tendría una acción de repetición —o de regreso— contra Perséfone, en la medida en que el estado de necesidad haya resultado útil para ella.

El derecho positivo podría hacer también responsable a Perséfone frente a Xenofonte, aunque de todos modos la responsabilidad quedaría limitada a la medida en que el daño haya sido realmente beneficioso para ella. La razón para esta restricción es que Perséfone no es, en sentido estricto, parte de la interacción dañosa. No es ella quien optó por sacrificar los intereses de Xenofonte, por lo que su eventual responsabilidad se funda en la obligación de restituir el beneficio obtenido, más que en el deber de reparar integralmente el daño causado. En la mayoría de los casos, si el sacrificio impuesto a Xenofonte es proporcional, ambos principios llevarán a resultados similares. Pero si el daño causado fuera excesivo

—ergo, solo parcialmente justificado—, Axileas debería una reparación integral, mientras que Perséfone quedaría obligada solo hasta el límite del beneficio que ella recibió con motivo de la acción dañadora.<sup>24</sup>

### B. Legítima defensa

En la *legítima defensa*, en cambio, el agente que repele la agresión no obtiene ningún beneficio a costa del agresor. Más bien, la acción del agente impide que el agresor se aproveche injustamente a costa suya. Subyace a la legítima defensa un intento por preservar la autonomía o independencia respecto de otras personas.<sup>25</sup> Si la defensa realmente es legítima, el daño que el agente causa a otro tiene por único fin mantener la vigencia de sus derechos en un contexto de peligro *creado* por el propio agresor que resulta dañado sin ninguna contribución del agente que repele la agresión —porque, recuérdese, uno de los requisitos de la legítima defensa es que no haya habido provocación suficiente—; es decir, en todo daño causado en legítima defensa, la situación apremiante es creada por la propia víctima —el agresor—. Por lo tanto, quien se defiende de manera proporcionada causando un daño al agresor lo hace en un contexto que no eligió ni contribuyó a crear.

Así las cosas, al discutirse la posibilidad de que quien daña en legítima defensa esté obligado a reparar los daños causados, no puede ignorarse que la decisión que se enfrenta es entre cargar los costes del daño a la víctima *culpable* de haber creado

---

<sup>24</sup> El deber del tercero-beneficiario de compensar a la víctima —o al agente dañador en acción de repetición—, aunque intuitivo, no deja de ser problemático. Así como es lícito que el agente dañador no actúe a favor de otro, también podría el potencial beneficiario ser pasivo ante el peligro o daño que enfrenta. El agente que obra en estado de necesidad para proteger a un tercero de alguna manera le impone a este un “beneficio” que podría no desear. De esta forma, actuaría en contra de los intereses de la víctima sacrificada y del tercero, que no deseaba ese sacrificio. ¿Qué razón hay para reconocer al agente un derecho de repetición contra el beneficiario? En mi opinión, esta regla se fundamenta en que la única manera de promover una actuación de este tipo, que expresa consideración por el interés ajeno, es confiriendo tal derecho de repetición. En caso contrario, nadie actuaría para salvaguardar un bien jurídico superior de un tercero, cuando no existiese una obligación legal explícita de intervenir. Pero, entonces, si fuese claro que el tercero —potencial beneficiario— no desea resguardar su derecho imponiendo un sacrificio a la víctima, el agente debería abstenerse de actuar; y, en caso de actuar en contra de la voluntad del tercero —potencial beneficiario—, no debería tener derecho de repetir contra este la indemnización previamente pagada a la víctima.

<sup>25</sup> Ashworth y Horder, *Principles of Criminal Law*, p. 117.

el contexto de peligro para quien se defiende o, alternativamente, a este último, que no ha tenido ninguna culpa en la creación del contexto. En definitiva, si hemos de elegir entre dos personas, una culpable y otra inocente, parece que la solución correcta es obvia.<sup>26</sup> Por esta razón, el agresor no puede pretender una indemnización por el daño sufrido como consecuencia de una acción que es motivada por su propia agresión ilegítima. En ese entendimiento, la víctima debe tolerar las consecuencias negativas que sufra cuando los agredidos reaccionen defendiendo sus derechos. La diferencia con el estado de necesidad es muy marcada: en el estado de necesidad los agentes dañadores utilizan los recursos, bienes o derechos de las víctimas como un medio para resguardar los recursos, bienes o derechos propios —o de otras personas— frente a un peligro que es totalmente ajeno a la víctima. En la legítima defensa eso no ocurre. Quien repele la agresión no se vale del agresor para resguardarse de una contingencia ajena a este, sino para protegerse del propio agresor. Al no haber instrumentalización, no hay derecho a la reparación.

### C. Cumplimiento de un deber

Por último, el agente que obra en *cumplimiento de un deber* es un mero instrumento del derecho. Un policía que detiene a un inocente por orden judicial no obra por sus propias razones, sino por las razones que el derecho le impone; de ahí que, al acatar el derecho, el funcionario no persigue sus propios fines en la vida, sino que promueve intereses públicos o generales.<sup>27</sup> Por supuesto, si el cumplimiento del deber fuese violatorio de algún derecho individual de la víctima —y determinar esa ilegalidad no requiriese un análisis jurídico profundo—, entonces el funcionario policial podría ser responsable a título personal.<sup>28</sup> Esto es así porque, en realidad, el funcionario no estaría genuinamente *obligado* a actuar por ningún deber jurídico.

---

<sup>26</sup> Esto evidentemente genera problemas para justificar la legítima defensa frente a agresores inocentes, por ejemplo, por carecer de discernimiento. No obstante, en el caso canónico de legítima defensa, la intuición de que los intereses de la parte inocente deben tener un peso mayor que los de la parte culpable parece estar bastante asentada en nuestra concepción de la moralidad. Sobre estos problemas, V. Feinberg, *Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays*, pp. 62 y ss.

<sup>27</sup> Cane, “Tort Law and Public Functions”, en *Philosophical Foundations of Torts*, pp. 149 y ss.

<sup>28</sup> Barros Bourie, *op. cit.*, pp. 142-143.

No obstante, queda a salvo la eventual responsabilidad del Estado por sus actuaciones legales o ilegales. El Estado puede actuar ilegalmente cuando impone deberes —o cuando, mediante actos reglados de sus funcionarios, emite órdenes— contrarios a normas jurídicas de jerarquía superior. En cambio, es más controvertida la llamada *responsabilidad del Estado por actos lícitos*. Los ejemplos típicos son la expropiación y la revocación del acto administrativo. Una razón para pensar que se trata de daños justificados es que su estructura normativa no es idéntica a la de los actos incuestionablemente lícitos. Cuando un acto es lícito, las consecuencias perjudiciales que se sigan para terceros deben ser toleradas. Esto no ocurre en los supuestos que estamos considerando, y la razón de ello es que su estructura interna supone la infracción de un deber que el Estado incumple de respetar los derechos del administrado. Esa infracción está justificada si la expropiación o la revocación se adecúan a las previsiones legales, en cuanto al procedimiento, garantías, etcétera, y son necesarias para promover el interés general. En caso contrario, se trataría de un acto ilícito que nada tiene de problemático a efectos de evaluar la responsabilidad del Estado.<sup>29</sup>

Más complicados pueden resultar los casos en que un particular, no un funcionario, se encuentra con que el cumplimiento de un deber jurídico implica un daño para otro. Esto podría ocurrir con el deber explícito que, en algunos sistemas jurídicos, tienen los progenitores de proteger a sus hijas e hijos —o con cualquier deber de socorro que resulte aplicable—.<sup>30</sup> En estos casos parecería que, en general, el ciudadano no debería ser responsabilizado por esos daños más que de conformidad con el *principio de enriquecimiento injusto* —como alternativa al principio de reparación integral—, si es que el daño lo beneficia directa o indirectamente. A diferencia del estado de necesidad, el agente *está obligado* a actuar de modo dañino, *no solo facultado* excepcionalmente a ello. Queda a salvo, nuevamente, la posible responsabilidad del beneficiario de la acción dañadora.

---

<sup>29</sup> Sobre este tema y su relación con el principio de reparación integral, V. Juárez Ferrer y Papayannis, “El derecho constitucional a la reparación integral como exigencia del art. 19 CN. Un análisis de la amplitud del deber de no dañar”, en *Acciones privadas y constitución. La autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional*, pp. 628-629.

<sup>30</sup> V. por ejemplo, el art. 646.a del Código Civil y Comercial argentino.

La situación cambia si, a la luz de los estándares genéricos de diligencia siempre aplicables, es claro que el daño debió ser evitado *pese a la existencia de un deber explícito de actuar*. El agente, ciertamente, enfrenta un conflicto de deberes, y para decidir cómo actuar ha de evaluar qué deber prevalece en la situación concreta en que se halla. Si el deber explícito resulta derrotado por el deber de diligencia genérico, entonces la acción dañadora no estaría justificada y, por lo tanto, su responsabilidad civil sería plena.<sup>31</sup> En estas circunstancias, el daño es causado con culpa, sin más, pues el agente se comporta de modo irrazonable al obrar sobre la base de las razones en conflicto con menor peso jurídico.

En síntesis, la estructura de cada situación explica por qué los daños causados en legítima defensa o cumplimiento de un deber no son resarcibles según las normas de la responsabilidad civil, pero que sí lo sean los causados en estado de necesidad. Las tendencias más modernas parecen ir en consonancia con estas ideas. El reciente Código Civil y Comercial argentino, por ejemplo, es coherente con estas soluciones, aunque con alguna matización interesante. Allí se dispone que el daño causado en legítima defensa no es resarcible —artículo 1718, inciso b—, ni tampoco lo es el derivado del cumplimiento de un deber —artículo 1718, inciso a—;<sup>32</sup> en cambio, respecto del causado en estado de necesidad se afirma que la víctima tiene derecho a ser indemnizada en la medida en que la persona juzgadora lo considere equitativo —artículo 1718.c—, es decir, para el estado de necesidad se establece una indemnización en equidad —véase el capítulo I, apartado II.3.E de este manual—. La indemnización en equidad es especialmente oportuna si se acepta, como se sostuvo más arriba, que el daño justificado se ubica en una *zona de grises*. Una indemnización inferior al valor del daño causado, no obstante, debería estar bien fundada por el juez, atendiendo a las circunstancias del caso, ya que los argumentos que he brindado más arriba muestran que el agente que daña en estado de necesidad comete una injusticia interpersonal.

<sup>31</sup> Sobre los conflictos de deberes, V el apartado VI del capítulo III de este manual.

<sup>32</sup> En rigor, el art. 1718, inciso a, se refiere al ejercicio de un derecho, pero la doctrina entiende que ello incluye el daño causado en cumplimiento de un deber. V. Picasso y Sáenz, “Comentario al art. 1718 CCyC”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV, Libro III*, p. 422.

#### 4. Una breve nota sobre el ejercicio de un derecho, el consentimiento de la víctima y la asunción de riesgos

Para terminar, veamos ahora por qué el consentimiento de la víctima, la asunción del riesgo o el ejercicio de un derecho no se ajustan a la noción de causa de justificación en la responsabilidad civil. En materia penal, seguramente ha primado una lectura estricta del principio de tipicidad que requiere que estas circunstancias figuren como causas de justificación, a efectos de privar de antijuridicidad a la conducta del agente que, pese a ser valiosa, bien puede ajustarse al tipo.<sup>33</sup> En el ámbito de la responsabilidad civil, en cambio, el principio de tipicidad directamente no rige. Por lo tanto, estos supuestos en realidad pueden ser reconstruidos como elementos que obstan a la concreción del fundamento de responsabilidad aplicable. A veces, hacen imposible predicar la culpa; otras veces niegan que haya un daño jurídicamente atendible. Cualquiera que fuera el caso, si no se satisfacen los tres presupuestos de la responsabilidad civil, no hay ocasión para aplicar una causa de justificación. Veámoslo brevemente.

El supuesto más sencillo es el ejercicio de un derecho. Evidentemente, los derechos subjetivos pueden ser ejercidos abusivamente. Cuando este es el caso, la acción realizada —aparentemente lícita— en realidad excede los límites de la libertad del titular del derecho, lo que constituye un accionar antijurídico, prohibido por el ordenamiento jurídico una vez “consideradas todas las cosas”.<sup>34</sup> Que los límites del ejercicio regular de un derecho sean difusos no significa que cuando se determina que una persona los ha excedido no obre de modo contrario a derecho. Si el ejercicio es abusivo, entonces el agente incurre en culpa; y si de ese modo causa daño, su responsabilidad civil queda fuera de discusión. Por el contrario, si el ejercicio es regular, no existe ningún fundamento de responsabilidad que justifique imponerle un deber de reparar las consecuencias negativas que el ejercicio de su derecho cause a otros. De ahí que el ejercicio de un derecho en

<sup>33</sup> La cuestión, por cierto, no es del todo pacífica. Mir Puig —*op. cit.*, pp. 507 y ss.—, por ejemplo, ubica el consentimiento de la víctima entre la atipicidad y la justificación, según el caso.

<sup>34</sup> Sobre este punto hay un amplio consenso, aunque las argumentaciones son bastante dispares. V. Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, pp. 150 y ss.; y Atienza y Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, pp. 56-59.

realidad no es una causa de justificación, sino que obsta a que pueda responsabilizarse al agente por no acreditarse un factor de atribución que permita imponerle el deber de reparar.

En cuanto al consentimiento de la víctima y la asunción de riesgos, la cuestión es similar. Sin duda, debe tratarse de actos que puedan ser legalmente consentidos y de riesgos que puedan ser legalmente asumidos. Esto es así, en tanto no pueden consentirse, por ejemplo, actos que dañan derechos inalienables. Dentro del terreno de lo disponible, difícilmente puede hablarse de una causa de justificación, por las mismas razones esgrimidas en el párrafo anterior. Si un riesgo es lícitamente asumido, entonces corresponde a la víctima tolerarlo. No hay ningún factor de atribución que permita responsabilizar al agente por el daño resultante de un riesgo que la víctima era libre de rechazar y que en ejercicio de su autonomía decidió aceptar.<sup>35</sup>

Respecto del consentimiento, el análisis me parece todavía más claro. El consentimiento tiene un poder normativo enorme. Es capaz de crear obligaciones allí donde no las había —como en los contratos— y puede, en ocasiones, cambiar el significado de las interacciones sociales. Si una persona decide hacerse un tatuaje, para ello debe aceptar cierto daño en su piel. Esa clase de daño o lesión puede ser válidamente consentida. Si la persona lo consiente porque así puede alcanzar algún fin que es de su interés, entonces nada tiene que reclamar a quien le ha causado *ese* daño en los términos pactados. Pero en otras situaciones, el consentimiento directamente priva al evento de su caracterización como *daño*. Pensemos en una persona que pide a su peluquero que le corte dos centímetros de pelo. Sería extraño decir que el peluquero la está dañando justificadamente. Lo más sensato es entender que ni siquiera la está dañando. El corte de cabello es un daño, o no lo es en absoluto, dependiendo crucialmente de si la persona lo ha consentido.

---

<sup>35</sup> Este tema es muy debatido en la doctrina, pero básicamente puede decirse que la mera asunción de riesgos en el mundo moderno no es suficiente para liberar de responsabilidad al dañador. No obstante, esa asunción en ocasiones puede configurarse como una causa que concierne a la víctima, es decir, ajena al agente dañador. Cuando este es el caso, se interrumpe el nexo causal y, por consiguiente, el agente es liberado de responsabilidad; nótese que ello no se debe a que la acción esté justificada, sino a la ausencia de uno de los presupuestos de la responsabilidad, es decir, la causalidad. V. Picasso, “La antijuridicidad en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, p. 6.

De ahí que, a diferencia del caso del tatuaje —en el cual hay una lesión externamente observable en la piel, pero esa lesión no es causada con culpa porque el consentimiento priva de su carácter culpable a la acción del tatuador—, en el caso del peluquero el consentimiento hace que ni siquiera haya un daño que sea relevante para la responsabilidad civil.<sup>36</sup>

A diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber, que son genuinas causas de justificación en el derecho civil, el ejercicio de un derecho, el consentimiento de la víctima y la asunción de riesgos son defensas que bloquean la demanda desvirtuando los presupuestos necesarios para que nazca la obligación de indemnizar: o bien destruyen el factor de atribución-culpa, o bien hacen que el evento en cuestión no cuente como daño —al menos, no como un daño jurídicamente tutelable—. Existe una diferencia importante entre reconocer, por un lado, que los presupuestos de la responsabilidad han sido acreditados, pero que hay una justificación para haber infringido los deberes respecto de la víctima y, por el otro, que los deberes respecto de la víctima no han sido infringidos porque esta no sufrió ningún daño digno de tutela jurídica o que ese daño no se causó con culpa. Esta es la diferencia entre negar los elementos de la responsabilidad y derrotar una responsabilidad ya establecida en cuanto a sus elementos básicos.<sup>37</sup>

### III. Culpa de la víctima

La culpa de la víctima es una de las causas de exoneración más habituales. Está prevista en los artículos 1910 y 1913 del Código Civil para el Distrito Federal<sup>38</sup> —y también en el Código Civil Federal—, que se refieren a la culpa —capítulo III de este manual— y a la responsabilidad objetiva —capítulo IV de este manual—,

---

<sup>36</sup> Pese a todo, el argumento no depende de que se acepte que en el ejemplo del tatuaje hay un daño causado sin culpa y en el corte de cabello ni siquiera hay daño. Es posible entender que en ningún caso hay daño o, alternativamente, que en ningún caso hay culpa. Los efectos dogmáticos son idénticos, puesto que cualquiera de estos elementos socava la responsabilidad civil del agente dañador al no acreditarse la concurrencia de sus tres presupuestos básicos.

<sup>37</sup> Para una clasificación de las defensas en la responsabilidad civil, V. Goudkamp, *Tort Law Defences*, pp. 2 y ss.

<sup>38</sup> Válido para la ciudad de México.

respectivamente. Dependiendo de las circunstancias del caso, la parte demandada que la invoque con éxito se liberará total o parcialmente de la obligación de responder.<sup>39</sup>

Su sentido más intuitivo es captado por el análisis económico del derecho. Los modelos económicos distinguen los casos de precaución unilateral y los de precaución bilateral. En los casos de precaución unilateral solo una de las partes tiene a su disposición medidas óptimas para reducir el coste de los accidentes. Los casos de precaución bilateral, en cambio, se caracterizan por el hecho de que ambas partes pueden tomar precauciones útiles. Esto significa que tanto las acciones del potencial agente dañador como las de la víctima influyen en la probabilidad de daño.<sup>40</sup> La culpa de la víctima, entonces, consiste en la omisión de aquellas diligencias que le eran razonablemente exigibles para evitar el accidente en que ella misma resultó dañada. Se trata de situaciones en las cuales no es la parte demandada quien puede evitar el daño de manera más sencilla, pues a partir de cierto punto la imprudencia de la víctima hace que para la parte demandada el accidente sea, como mínimo, económicamente inevitable.<sup>41</sup> Nótese que la noción de culpa de la víctima aquí presentada coincide con la noción de culpa del agente explicada en el capítulo III, en tanto no hay dos nociones de culpa que merezcan ser distinguidas, pese a que una parte importante de la doctrina intenta establecer diferencias. Regresaré sobre este punto en breve.

Ciertamente, los casos de precaución unilateral son bastante excepcionales. Ejemplos típicos son la situación en que se encuentra el pasajero en un avión respecto del evento de que este se estrelle o el paciente bajo anestesia general en relación

---

<sup>39</sup> En el derecho romano la culpa de la víctima era tratada con una severidad tal que excluía la responsabilidad del agente dañador también culpable. V. Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*, pp. 1003-1004. Por su parte, en el derecho inglés, la *contributory negligence* tenía ese mismo efecto hasta la Law Reform (Contributory Negligence) Act, de 1945, en la que se introdujo la facultad de los tribunales de distribuir la responsabilidad entre las partes. V. Markesinis y Deakin, *Tort Law*, pp. 680-681. Actualmente, la mayoría de los ordenamientos reconoce que la culpa de la víctima debe ser tenida en cuenta a fin de determinar si procede una exoneración parcial o total, según el caso. V. Von Bar, *The Common European Law of Torts: vol. II*, pp. 547 y ss.

<sup>40</sup> Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, pp. 9 y ss.

<sup>41</sup> Sobre la noción de accidente económicamente inevitable, V. Grady, "Unavoidable Accident", en *Review of Law and Economics*, pp. 186 y ss.

con el éxito de la operación. En ambos casos, no hay precauciones que la víctima pueda tomar para evitar el daño: el paciente directamente está en un estado de inconsciencia y, por lo tanto, no realiza acción; el pasajero, a su turno, no tiene ningún dominio sobre los riesgos propios de la aeronavegación, ya que no participa en el mantenimiento de la aeronave, no controla el instrumental de vuelo, no puede adaptar la ruta para contrarrestar las condiciones climáticas adversas, etcétera. Adviértase que en el análisis de este tema es crucial describir con precisión el resultado dañoso cuya probabilidad se está considerando. Así, al desabrocharse el cinturón de seguridad, el pasajero de un avión no influye en las probabilidades de que el avión se precipite a tierra, pero sí influye en las probabilidades de sufrir politraumatismos por una turbulencia fuerte. Respecto de los politraumatismos, el caso es de precaución bilateral; respecto de la precipitación a tierra, es de precaución unilateral.

Lo más común, como se dijo, es que los accidentes sean de precaución bilateral y, por consiguiente, que tanto las precauciones del agente como las de la víctima incidan en la probabilidad de daño. En consecuencia, la responsabilidad civil incorpora la culpa de la víctima como una causa de exoneración total o parcial. Ello se fundamenta en dos razones. La primera es que deben brindarse incentivos para que ambas partes se comporten de manera razonable. La eximente de culpa de la víctima precisamente tiene por función generar esos incentivos. Lo hace privando total o parcialmente a la víctima de la posibilidad de recuperar las pérdidas que sufre cuando omite medidas que son razonables a efectos de evitar el daño. Es decir, si la víctima no emplea las diligencias exigibles en las circunstancias, la parte demandada podrá invocar una causa de exoneración que le permite repeler total o parcialmente la acción.<sup>42</sup> La segunda razón es relativa a la justicia interpersonal. Si la responsabilidad civil no fuese sensible a la culpa de la víctima, se estaría permitiendo que una parte cargue a la otra con pérdidas que derivan de decisiones ajenas, es decir, se estaría permitiendo a las víctimas externalizar las consecuencias negativas de su falta de precaución. Esto es incompatible con la justicia interpersonal porque viola el principio de independencia de las personas.

---

<sup>42</sup> Para una explicación completa de los incentivos que brindan las reglas de responsabilidad en los casos de precaución bilateral, V. Papayannis, “La responsabilidad civil como asignación de pérdidas”, en *InDret. Revista para el Análisis del derecho*, pp. 14 y ss.

Las personas deben responsabilizarse por sus propios actos y nadie debe tolerar que los demás determinen el curso de su vida. Como las relaciones sociales presuponen cierta injerencia recíproca, no toda intromisión será ilegítima o injustificada. Por esta razón, las reglas de interacción, entre ellas las reglas de responsabilidad civil que establecen deberes de diligencia para las partes, ayudan a definir qué cuenta como una intromisión impermisible en la vida del otro —véase el capítulo I, apartado II, de este manual—.

### 1. ¿Se trata de un deber o de una carga?

Esta explicación de las reglas relativas a la culpa de la víctima parece ser coherente con las posturas dogmáticas convencionales según las cuales los llamados “deberes de diligencia” de las víctimas no son genuinos *deberes*, sino *cargas*. Existe un amplio consenso en la literatura al respecto. Se dice que las precauciones que sería razonable que la víctima tome para evitar ser dañada por terceros no constituyen una pauta de conducta obligatoria para ella, sino que la omisión de tomar esas precauciones habilita para la parte demandada una eximente de responsabilidad, lo cual es bastante diferente. Ocurre que, si la víctima no tomó precauciones razonables, entonces carecerá de fundamentos para reclamar una indemnización completa por los daños que ha sufrido. En lo que hace a sus propios asuntos, la acción descuidada o desaprensiva no configura el incumplimiento de un deber de diligencia, y, por lo tanto, no cabe hablar de *culpa de la víctima* en el mismo sentido en que se habla de *culpa del agente dañador*. Este último sí tiene el deber de tomar precauciones a efectos de no dañar a otros. En contraste, la víctima no tiene el deber de tomar precauciones para protegerse a sí misma, aunque tiene la carga de hacerlo para poder responsabilizar a la parte demandada por sus pérdidas.<sup>43</sup>

Sin embargo, creo que la culpa de la víctima es una forma de responsabilidad por incumplimiento de genuinos *deberes de conducta*. Aunque no puedo desarrollar aquí el argumento *in extenso*, apuntaré el aspecto principal que sustenta esta

---

<sup>43</sup> Entre muchísimos otros, V. Bueres, *Derecho de daños*, pp. 323-324; Martín-Casals, “A través del espejo: concurrencia de ‘culpa’ de la víctima y culpa del causante del daño”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, p. 2479; Pizarro, *Tratado de la responsabilidad objetiva. Tomo 1*, p. 48; y Barros Bourie, *op. cit.*, p. 451.

posición y señalaré su consecuencia teórica y práctica más inmediata. En primer lugar, si la culpa de la víctima no es un deber para ella sino una carga, entonces no se comprende bien por qué, para evaluarla, la doctrina remite a los mismos criterios que para evaluar la culpa del agente dañador.<sup>44</sup> Como cuestión conceptual, las cargas se vinculan esencialmente con la persecución del propio interés; en cambio, los estándares de diligencia tienen que ver con lo que debemos a otros. No tiene sentido evaluar del mismo modo la conducta dirigida a otros que la conducta que repercute exclusivamente sobre uno mismo. Piénsese que, si Axileas omite ciertas precauciones para evitar dañar a Xenofonte, seguramente rechazaríamos como argumento exculpatorio que Axileas no hubiese tomado esas precauciones para protegerse a sí mismo. Que alguien no esté dispuesto a tomar precauciones para sí mismo no significa que no deba esas precauciones a otro;<sup>45</sup> y que alguien sí esté dispuesto a tomar muchas precauciones para protegerse de cierto daño no implica que otras personas le deban ese mismo nivel de precaución.

En definitiva, el desajuste se produce porque la racionalidad individual depende crucialmente de los propios objetivos, preferencias e intereses. Por el contrario, los deberes son independientes de todo esto. Precisamente, cuando estamos sujetos a un deber, obrar sobre la base de nuestras preferencias, deseos o intereses es inapropiado. Lo que debemos a otros lo debemos con prescindencia de que nos resulte ventajoso o conveniente.<sup>46</sup> Esta dificultad se disipa si uno asume que los deberes de diligencia son genuinos deberes. Desde esa posición, el hecho de que los parámetros evaluativos sean los mismos para ambas partes es perfectamente coherente. Por lo tanto, la culpa de la víctima también debería evaluarse a la luz de los criterios analizados en el apartado VII del capítulo III de este manual.

El problema de base es que la culpa de la víctima concebida como una *carga* malinterpreta el propósito de las diligencias exigibles. La diligencia de la víctima no tiene el único sentido de evitar un daño a la propia víctima; más bien, integra

---

<sup>44</sup> V. Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, p. 412. Respecto del derecho comparado, Martín-Casals —*op. cit.*, p. 2480— afirma: “[l]a opinión más común es que el nivel de diligencia que debe observar la víctima en sus propios asuntos para excluir la concurrencia de culpa es el mismo que se aplicaría a la culpa”.

<sup>45</sup> Perry, “Cost-Benefit Analysis and the Negligence Standard”, en *Vanderbilt Law Review*, p. 896.

<sup>46</sup> Himma, “The Ties that Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, en *Ratio Juris*, p. 21.

el conjunto de reglas de interacción, que son las mismas para todas las partes, y de ahí que la evaluación de la culpa —de la víctima o del agente— se realice siempre siguiendo los mismos parámetros. Las buenas reglas de interacción social promueven el intercambio pacífico, productivo y mutuamente ventajoso entre las personas y, además, brindan un marco para una multiplicidad de relaciones y experiencias compartidas sin las cuales la libertad y, a la postre, la calidad de vida se reduciría notablemente.<sup>47</sup> Quien obra de manera imprudente trastoca este esquema de interacción pacífica que nos permite desarrollarnos en comunidad. La culpa de la víctima consiste en la omisión de las precauciones que son razonables a fin de evitar el accidente que, como instancia de *interacción* dañosa, nunca es problema de una sola persona, sino que involucra a otro, a quien constituye como agente dañador. La víctima imprudente convierte el daño que sufre en parte de la historia causal de otra persona. En este sentido, la conducta de la víctima, cuando interesa a la responsabilidad civil, nunca se proyecta exclusivamente sobre sí misma. Nunca se refiere solo a *sus propios asuntos*. Siempre hay un componente de alteridad en las interacciones dañosas.

Todo esto es aún más claro si uno se centra en la culpa infraccional, es decir, aquella que se produce por la violación de estándares de comportamiento específicos, como los contenidos en leyes y reglamentos. Entender la culpa de la víctima como una carga supone, por ejemplo, que para un peatón el semáforo en rojo tiene un significado diferente que para el conductor de un automóvil. Para este último es una prohibición de avanzar. En cambio, para el peatón, solo sería una advertencia de que si cruza en rojo y es atropellado no podrá reclamar una indemnización por los daños padecidos. Esta consecuencia absurda se evita si uno interpreta que la culpa de la víctima consiste en violar un deber de respetar las normas de interacción. Desde esta perspectiva, el semáforo rojo del peatón significa lo mismo que el semáforo rojo para el conductor. Cuando se toma nota de esto, resulta sorprendente que una tesis tan desencaminada como la que estamos criticando goce de tanto apoyo doctrinal. La diligencia de la víctima no es una carga que ella debe satisfacer para preservar su derecho a ser indemnizada. Es un deber que tiene en su interacción con otros y, por esta razón, la víctima puede ser

---

<sup>47</sup> Sobre la manera en que las reglas de interacción afectan la calidad de vida, V. Papayannis, “¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?”, en *Derecho y pobreza*.

criticada cuando se comporta de manera imprudente. Si fuese una carga que solo tiene que ver con sus propios intereses, ¿qué justificación tendría la crítica ante la desviación del patrón de conducta razonable? La única crítica para la víctima sería que ha sido irracional o insensata al no proteger sus propios intereses, pero no que ha hecho algo incorrecto.<sup>48</sup>

## 2. Inimputabilidad e importancia de la causalidad

Una dificultad importante que se suscita en la dogmática tiene que ver con la intervención en el accidente de víctimas menores o de personas con alguna discapacidad intelectual o psicosocial. La pregunta es si resulta necesario que la víctima sea imputable a fin de que se le pueda juzgar culpable de su propio daño. Una respuesta afirmativa, podría pensarse, conllevaría grandes injusticias, puesto que siempre habría responsabilidad de la parte demandada, aunque el hecho de la víctima inimputable hubiese sido totalmente imprevisible.

Para evitar estas injusticias, se ha intentado interpretar la culpa de la víctima como una forma de interrupción de la causalidad. Santos Briz ha llegado a proponer que el análisis de la culpa de la víctima se encare “en un sentido muy amplio que abarque incluso la mera causalidad material cuando el perjudicado sea un inimputable, que recibirá una indemnización reducida hasta donde alcance su coparticipación en el daño”.<sup>49</sup> La perplejidad que genera esta postura es que la culpa de la víctima ha sido *reducida conceptualmente* a la causalidad física, y esto es absolutamente incompatible con el sentido en que, de ordinario, se utiliza el término. Nótese que no incurre en contradicción lógica quien afirma que (i) la víctima obró con culpa, pero su culpa no fue la causa del accidente; o (ii) la víctima contribuyó causalmente al accidente, pero lo hizo sin culpa.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Siguiendo a Hart —*The Concept of Law*, p. 84—, el argumento asume que la infracción del deber de diligencia justifica la reacción crítica contra ella.

<sup>49</sup> Santos Briz, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, p. 114. Entre otros, también sostiene una tesis similar Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, p. 197.

<sup>50</sup> Papayannis, “Probabilistic Causation in Efficiency-Based Liability Judgments”, en *Legal Theory*, pp. 228 y ss.

Respecto de lo primero, es perfectamente posible que la víctima incurra en culpa pero que su culpa no haya sido la causa del accidente. Imaginemos que Xenofonte circula por la calle completamente ebrio y es atropellado por Axileas, que conduce su automóvil también en estado de intoxicación, en su caso, por drogas y alcohol; pierde el control del vehículo, sube a gran velocidad a la vereda y atropella a cinco personas, incluido Xenofonte, quien realiza una acción culpable porque —asumamos— transitar por la ciudad, cruzar calles y avenidas, luego de beber grandes cantidades de alcohol, es irrazonable. La culpa de Xenofonte, pese a todo, no es la causa del accidente, dado que incluso estando sobrio hubiese sido atropellado, como lo fueron las otras cuatro víctimas. Por ello, la culpa de la víctima *como eximente de responsabilidad* supone que debe existir vinculación causal entre la imprudencia o el descuido y el daño producido, es decir, la eximente solo se configura si la culpa de la víctima *opera en la mecánica del accidente* como una de sus causas.<sup>51</sup>

Respecto de lo segundo, es decir, de la posibilidad de que la víctima contribuya causalmente sin incurrir en culpa, la cuestión es todavía más evidente. Como se señala con frecuencia en la doctrina, es imposible que la víctima no figure de ninguna manera entre las condiciones antecedentes que llevan al daño. Por empezar, sin víctima no hay accidente. Pero la mera presencia de la víctima, claro está, no puede ser razón para negarle parte de la indemnización.<sup>52</sup> De ello se sigue que no puede adoptarse una visión de la culpa de la víctima tan amplia que la reduzca a la mera participación causal, porque eso nos dejaría sin la posibilidad de distinguir contribuciones causales que no merecen funcionar como exoneración de responsabilidad de aquellas que sí deberían permitir a la parte demandada repeler total o parcialmente el reclamo de la víctima. En definitiva, la estrategia de reducir la culpa de la víctima a una mera participación causal a fin de abarcar también los hechos de personas inimputables conlleva un coste teórico inasumible. Existen otras alternativas de análisis que, se verá enseguida, son mucho más convenientes.

<sup>51</sup> V. Hart y Honoré, *Causation in the Law*, pp. 207-208.

<sup>52</sup> V. Bahamondes y Pizarro Wilson, “La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, p. 40.

Una de esas alternativas entiende que existe una diferencia en el tratamiento de los menores de cierta edad o de personas con alguna discapacidad intelectual o psicosocial cuando son agentes dañadores y cuando son víctimas. Ello es así porque al evaluar la responsabilidad se requiere imputabilidad, pero este no es el caso cuando solo se trata de determinar si la persona tiene derecho a ser indemnizada. En este último caso, no hay razón para negar relevancia a la intervención causal de la víctima en la producción del resultado, siempre y cuando el deber de diligencia del agente no estuviese dirigido a evitar precisamente la clase de accidente en la cual un menor o una persona con discapacidad intelectual o psicosocial pudiese actuar de modo altamente peligroso.<sup>53</sup>

Mi postura llega a resultados similares a los de Barros Bourie, pero con un análisis distinto. En la sección III.4 del capítulo III de este manual, al abordar el problema de la imputabilidad como condición necesaria de la culpa, sostuve que la imputabilidad no debe ser confundida con la plena capacidad de obrar. A efectos de poder incurrir en culpa, se requiere simplemente que el agente obre con un mínimo discernimiento que permita interpretar sus movimientos corporales como *acciones* y no como meros acontecimientos de la naturaleza. Ese mínimo discernimiento lo satisfacen los menores, a partir de ciertas edades, e incluso personas con discapacidad intelectual o psicosocial importante. Tal como se dijo en aquella oportunidad, “la imputabilidad se exige para estar en presencia de *una persona que actúa* y se relaciona en el mundo con otros”. Para una justificación completa de esta posición, remito al apartado mencionado. Aquí solo es necesario comprender que la posibilidad de que la víctima incurra en culpa rige a partir de que ese mínimo está satisfecho, no antes. Y el estándar de culpa, aunque puede variar según la categoría de persona de que se trate, es objetivo para cada categoría. Nuevamente, para evitar reiteraciones, remito a las secciones III.3 y VIII del capítulo III de este manual.

Esto significa que incluso las personas menores y aquellas con discapacidad intelectual o psicosocial podrían estar por debajo del estándar de diligencia que les fuera exigible y, por lo tanto, que el agente causal estaría en condiciones de exonerarse

---

<sup>53</sup> Barros Bourie, *op. cit.*, p. 451.

total o parcialmente de responsabilidad, según el caso. Esto es coherente con la concepción unitaria de la culpa que he defendido en el apartado anterior: la culpa del agente dañador y la culpa de la víctima consisten en el incumplimiento del deber de diligencia, lo que implica un mínimo de discernimiento. Más allá de eso, la intervención causal de la víctima solo tendrá efectos exoneratorios —totales o parciales— cuando reuniese las características del caso fortuito —véase *infra*, apartado IV—. <sup>54</sup> Esto supone que, si una persona menor o con alguna discapacidad intelectual o psicosocial realiza una acción altamente peligrosa sin obrar con un mínimo discernimiento, el agente dañador no podrá exonerarse, salvo que pruebe que el daño le resultó imprevisible o, si previsto, inevitable. En el fondo, lo que ocurre en estos casos es que el daño ya no puede considerarse como abarcado por el fundamento de la responsabilidad —la culpa o la responsabilidad objetiva— que fuera aplicable al agente dañador. No se responsabiliza al inimpunable, sino que se reconoce que el daño que este sufrió excede la responsabilidad de la persona demandada.

### 3. Consecuencias jurídicas de la culpa de la víctima

Corresponde ahora afrontar el problema práctico más espinoso en lo que hace a la culpa de la víctima. ¿Qué consecuencias jurídicas tiene el hecho de que la víctima sea considerada culpable? La consecuencia para la víctima es que pierde total o parcialmente, según el caso, el derecho a ser indemnizada por el daño que sufre. Esto se expresa en la jurisprudencia mediante las típicas distribuciones proporcionales entre la parte que demanda y la parte demandada, cuya cuantificación exacta es difícil de justificar. Una parte importante de la doctrina denuncia

---

<sup>54</sup> Este análisis deja constancia de que sería un exceso entender *de modo general* que la culpa de la víctima solo funciona como eximente cuando satisface las condiciones del caso fortuito. Alguna jurisprudencia francesa decidió que la empresa de ferrocarriles era responsable por el daño que sufrió una pasajera cuando intentó subir a un tren en marcha, cayó a las vías y perdió una pierna. Se consideró que la obligación de seguridad que pesaba sobre la empresa solo permitía exonerarse de responsabilidad en caso de que la culpa de la víctima pudiese ser caracterizada como de *force majeure*. V. Moréteau, “France”, en *Tort and Insurance Law Yearbook. European Tort Law 2008*, pp. 272 y ss. Este tipo de soluciones son admisibles excepcionalmente, por razones paternalistas o de equidad, pero, como principio general, las víctimas —y, como veremos en el apartado IV.2, también los terceros— son moralmente responsables de sus actos y el derecho de daños debería reconocer esa responsabilidad.

que, cuando concurre la culpa de la víctima, la distribución o asignación de responsabilidades observada en la práctica jurisprudencial linda con lo arbitrario.<sup>55</sup> Es decir, ¿por qué se reduce en 10% la indemnización en un caso, por ejemplo, y en otro en 30, 40 o 50%? Obviamente, no podrá ofrecerse un método exacto, una técnica mecánica, para justificar una repartición determinada de responsabilidades en un caso concreto, pero sí pueden explicitarse criterios útiles para ese fin. La tarea fundamental de la doctrina, entonces, consiste en avanzar en la enunciación de los criterios que podrían emplearse para mitigar esta fuente de arbitrariedad.

La mayoría de quienes han escrito sobre este tema entienden que hay dos alternativas para asignar responsabilidades: o bien se comparan las culpas relativas de las partes o bien se atiende a su incidencia o grado de contribución causal en el accidente.<sup>56</sup> Como se anticipó en el apartado 2.C del capítulo I de este manual, ambas soluciones son insatisfactorias. En primer lugar, la comparación de culpas es aplicable solo cuando el fundamento de la responsabilidad del agente dañador es subjetivo. Si estamos ante un caso de responsabilidad objetiva en el cual la víctima realiza una acción imprudente, comparar las culpas no siempre será posible, puesto que la parte demandada es llamada a responder, aunque no haya habido culpa de su parte.

La otra alternativa es tomar la incidencia causal de la acción de las partes. Este criterio parece superar el problema señalado en el párrafo anterior porque pueden concurrir causas de diverso tipo, unas lícitas —como la actividad de conducir— y otras ilícitas —como cruzar el semáforo en rojo—. Esta postura parece más prometedora, pero en última instancia también resulta insatisfactoria.

Conforme con esta posición, la determinación de la contribución causal se interpreta como si fuese una indagación acerca de *qué causa o acción hizo más* en el

---

<sup>55</sup> V. entre muchos otros, Diez Schwerter, *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina*, p. 236; Bahamondes y Pizarro Wilson, *op. cit.*, pp. 45-46; Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, p. 137; y Alpa, *La responsabilidad civil. Parte general. Tomo 2*, p. 424.

<sup>56</sup> V. Goudkamp, “Defences to Negligence”, en *Fleming’s The Law of Torts*, p. 323; Reglero Campos y Medina Alcoz, “El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en *Tratado de responsabilidad civil*, p. 953; y Barros Bourie, *op. cit.*, p. 458.

accidente —quién causó en mayor medida—. Sin embargo, la contribución causal es de todo o nada, no de grados. Una acción o condición contribuye a un resultado o no contribuye, y si dos acciones contribuyen, entonces lo hacen en la misma medida.<sup>57</sup>

La idea de que la contribución causal no es de grados podría ser cuestionada apelando a algunos ejemplos. Supongamos que Axileas vierte seis gotas de veneno en la copa de brandy de Xenofonte y que Perséfone añade una gota más. Xenofonte muere al cabo de una hora. Dada la contextura física de Xenofonte, si hubiese ingerido menos de siete gotas las probabilidades de muerte hubiesen disminuido drásticamente. En cualquier caso, ambas acciones forman parte necesaria de un conjunto de condiciones que fue suficiente para la muerte de Xenofonte, es decir, ambas son causas de la muerte.<sup>58</sup> Pero ¿no tiene sentido decir que la contribución de Axileas al resultado es mucho mayor —de hecho, seis veces mayor— que la de Perséfone? ¿No está Axileas *más cerca* que Perséfone de causar la muerte de Xenofonte por sí solo?<sup>59</sup>

En mi opinión, esta clase de ejemplos se basa en realidad en un equívoco. Intentan encuadrar un asunto *cualitativo* como si fuera *cuantitativo*. El carácter de condición contribuyente no admite grados. Las siete gotas de veneno fueron letales. Aun cuando fuese cierto que Axileas incrementó más que Perséfone la probabilidad de muerte de Xenofonte —como se verá—, esto no permite afirmar necesariamente que una condición ha causado más que la otra. Y aun cuando tuviera sentido afirmarlo, todavía se requeriría un argumento para tomar esa contribución como criterio de atribución de *responsabilidad jurídica*. Veamos la cuestión con algo más de detalle.

<sup>57</sup> Wright, “Allocating Liability Among Multiple Responsible Causes: A principled defense of joint and several liability for actual harm and risk exposure”, en *University of California Davis Law Review*, p. 1146.

<sup>58</sup> Estoy empleando el *test* NESS (*necessary element of a sufficient set*) como definitorio de la causalidad fáctica. De acuerdo con este *test*, cabe afirmar que una condición es *una* de las causas de un resultado específico si se trató de un elemento necesario en un conjunto de condiciones que, tal como sucedieron los hechos, fueron suficientes para que se produjese ese resultado. V. Wright, “Causation in Tort Law”, en *California Law Review*, pp. 1788-1803; y “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, en *Iowa Law Review*, pp. 1018-1042.

<sup>59</sup> He elaborado el ejemplo a partir de las ideas de Kaiserman, “Partial Liability”, en *Legal Theory*, pp. 5-6.

Imaginemos, siguiendo a Kaiserman,<sup>60</sup> que Axileas y Perséfone unen sus brazos para rodear un árbol, pero que los brazos de Axileas son más largos que los de Perséfone. Ahí podemos apreciar que, a pesar de que la causación es de todo o nada —Axileas y Perséfone son ambos condición necesaria para la suficiencia del conjunto que lleva al resultado ‘árbol rodeado’—, tiene sentido decir que Axileas contribuyó en mayor medida porque tiene brazos más largos y, por lo tanto, abarcó una mayor parte del perímetro del árbol. Asimismo, supongamos que Axileas está conduciendo su automóvil en un estado de ebriedad que supera cuatro veces el límite de alcohol en sangre permitido por la ley. Antes de que atropelle a Xenofonte, lo sorprende la lluvia. Al intentar activar el limpiaparabrisas se distrajo y, por ello, fue incapaz de ver a Xenofonte con tiempo suficiente para frenar o corregir su trayectoria. Del mismo modo que en el ejemplo del árbol, puede decirse que, aunque la lluvia y el estado de ebriedad son ambas causas, el estado de ebriedad contribuyó mucho más que la lluvia, porque con esa cantidad de alcohol en sangre *poco más faltaba* para que Axileas atropellara a Xenofonte. En ese estado, cualquier otra condición hubiese podido distraerlo y completar el conjunto de condiciones suficientes para el resultado dañoso.

No obstante, todos estos ejemplos son problemáticos por dos razones. La primera es que este elemento “cuantitativo” es en sí mismo irrelevante para la atribución de responsabilidad. Imaginemos que un partido de baloncesto entre el Panathinaikós y el Olympiakós está empatado 116 a 116 y quedan solo cinco segundos. Axileas marcó 30 tantos para el Panathinaikós; Xenofonte, en cambio, marca su primer tanto del partido en el último segundo y, de esa manera, contribuye a la victoria por 117 a 116. ¿Contribuyó Axileas 30 veces más que Xenofonte a la victoria de su equipo? Normalmente no diríamos esto. Nadie puede negar que ambos contribuyeron, que ambos fueron causa de la victoria, pero luego, a efectos de evaluar méritos y responsabilidades se requieren *criterios normativos*, entre los cuales pueden figurar los grados de contribución meramente cuantitativa. Si el partido hubiese acabado 117 a 40, seguramente encontraríamos que la contribución de Xenofonte es ínfima en comparación con la de Axileas. Esto muestra que la plausibilidad del criterio cuantitativo varía según el contexto.

---

<sup>60</sup> *Id.*

El caso del árbol merece un análisis similar. Supongamos que el árbol fuese muy grande y que cuatro adultos con largos brazos están intentando rodearlo, pero no lo logran. De pronto aparece un pequeño niño y se suma a la ronda que llega a rodear el árbol. La contribución del niño es menor cuantitativamente —en centímetros de brazo aportado—, pero esto parece irrelevante. La probabilidad de que los cuatro adultos por sí mismos rodeen el árbol es cero y la aportación del niño eleva de 0 a 1 la probabilidad de éxito. Lo mismo se aplica al resto de los participantes si es que hubiese habido primero tres adultos y un niño. Cuando se suma el cuarto adulto las probabilidades suben de 0 a 1. Nuevamente, los ejemplos cuantitativos centran nuestra atención en un factor que muchas veces, según el contexto, puede ser irrelevante.

Para terminar de ver el punto imaginemos que Xenofonte está ingresado en un hospital, afectado por una serie de patologías que muy probablemente desencadenarán su muerte en poco tiempo. Un enfermero confunde el menú de Xenofonte con el de otro paciente y le sirve una comida que tiene un ingrediente al que Xenofonte es alérgico. Xenofonte muere ese mismo día de un shock anafiláctico. ¿Tiene algún sentido decir que el enfermero *contribuyó solo un poco* a la muerte porque *poco faltaba* a Xenofonte para morir por sí mismo? Evidentemente, no.

Más allá de este primer punto, la segunda razón por la cual estos enfoques son inapropiados es que el grado de contribución se estima con un criterio incompatible con la indagación fáctica que debe regir en la responsabilidad civil.<sup>61</sup> En el caso del conductor ebrio, su grado de contribución se calcula apreciando el incremento de probabilidades de que se produzca el daño. La idea es que, si la lluvia fuese inusualmente fuerte, de modo que hasta un conductor diligente acabaría por tener un accidente, entonces la mayor parte de la causalidad debe atribuirse a la lluvia y no al conductor. Sin embargo, las probabilidades solo nos indican la medida en que un estado del mundo puede producirse dadas ciertas condiciones; no nos dicen demasiado sobre lo que en efecto ocurrió. La causalidad en el derecho de daños toma como fundamental lo que realmente ocurrió y luego valora

---

<sup>61</sup> V. Papayannis, “Probabilistic Causation...”, *cit.*, pp. 243 y ss.

la importancia normativa de las distintas causas que fueron necesarias para la suficiencia del conjunto.

Imaginemos que Axileas y Perséfone disparan a la vez contra Xenofonte. Axileas dispara 20 balas y Perséfone solo dos. Xenofonte aparece muerto con una bala letal en la cabeza y otra en la mano. ¿Es relevante la comparación del incremento de probabilidades de muerte atribuible a cada agente? Si la pericia demuestra que las dos balas que impactaron pertenecen al arma de Perséfone, ¿qué importancia tiene que Axileas haya generado un riesgo 10 veces superior al generado por ella? El enfoque correcto de la indagación causal es retrospectivo, no prospectivo. La indagación causal intenta esclarecer lo que realmente ocurrió, no lo que podría haber ocurrido ni el riesgo que cada agente impuso a la víctima. Lo que podría haber ocurrido es relevante a efectos de evaluar la culpa, pero no la causalidad fáctica.

En síntesis, para distribuir responsabilidades entre varios agentes que contribuyen al daño, entre ellos la víctima, no conviene atender a la culpa ni al supuesto grado de contribución causal —es decir, al incremento de riesgo— exclusivamente. Por descontado, estos dos factores integran el conjunto de criterios que deben tenerse en cuenta. Así, entre otros, los factores que ineludiblemente deben sopesarse para hacer una distribución equitativa de responsabilidades entre el agente dañador y la víctima son:

- el fundamento de responsabilidad aplicable (culpa, dolo, riesgo o garantía)
- la magnitud del riesgo creado
- la razonabilidad del riesgo a la luz del valor de la actividad que se realiza
- previsibilidad de las consecuencias
- el conocimiento que *de hecho* tenía la parte demandada de ese riesgo
- el carácter remoto de las consecuencias
- las razones de política jurídica que subyacen en la regulación específica de la actividad en cuestión, si la hubiere.

Estos factores no conforman una fórmula precisa, sino que deben ser balanceados cuando varios de ellos están presentes en un caso.<sup>62</sup> Pese a que ninguno de estos factores sea determinante, es claro que la acción dolosa, ya sea del agente o de la víctima, tiene un peso especial. Así, el hecho de que la víctima realice una actividad riesgosa para sí misma, como conducir una motocicleta, apenas tiene incidencia para reducir la indemnización cuando el agente dañador obró con dolo o culpa grave. De manera simétrica, el dolo de la propia víctima parece que reduce la importancia de la culpa o del riesgo introducido por la parte demandada. Si el motociclista se arroja intencionalmente bajo las ruedas de un camión que circula de manera reglamentaria a 70 km/h, sin dar ninguna oportunidad a que el conductor reaccione evitando el accidente, parece que el hecho de que el camión sea un objeto riesgoso poco incide en el juicio de responsabilidad. Esto es así, a menos que los deberes de diligencia del agente tuviesen por razón subyacente proteger a las víctimas de sus propios daños, como en el caso de niñas y niños muy pequeños en los establecimientos educativos o de pacientes de un hospital psiquiátrico. Aquí, alegar el dolo de la víctima mal puede exonerar al agente, cuyo deber era evitar precisamente que la víctima se dañase a sí misma.

En cambio, es más discutible si el riesgo lícito al que se expone una víctima podría servir como causa de exoneración cuando la parte demandada obró con culpa o, más claramente, cuando está sujeta a una responsabilidad objetiva. En esa línea, alguna doctrina ha sugerido que este riesgo, que podemos llamar *pasivo* —pues, en principio, afecta más a la propia víctima que a otros—, debería constituir una causa de exoneración de responsabilidad distinta de la culpa de la víctima o el caso fortuito.<sup>63</sup> Creo que el riesgo de la actividad de la víctima no debe ser tenido en cuenta por sí solo, salvo que una responsabilidad objetiva le fuese aplicable explícitamente. Si lo que estamos considerando es *la culpa de la víctima* y cómo determinar la cuota en que su indemnización debe ser eventualmente reducida, la *magnitud del riesgo* generado para su propia persona es absolutamente relevante. Veamos cómo pueden fundarse esta clase de juicios.

---

<sup>62</sup> Para construir este listado me he basado, con alguna laxitud, en algunos de los elementos mencionados por Wright, “Allocating Liability...”, *cit.*, pp. 1144-1145.

<sup>63</sup> V. Sobrino, “Responsabilidad objetiva (art. 1113 CC.): eximente parcial por riesgo pasivo de la cosa (especialmente en motos)”, en *Jurisprudencia Argentina*, pp. 4 y 8.

Evidentemente, el riesgo al que se expone un motociclista varía según el tipo de vehículo que lleva —cilindrada, aceleración, peso, estabilidad—, su antigüedad, la ropa que utiliza —más o menos visible para otros conductores, más o menos resistente a la erosión en caso de caída—, la vía por la que circula —en mejor o peor estado, más o menos concurrida—, la hora del día a la que lo hace —de día o de noche—, las condiciones climáticas —que definen la visibilidad, estabilidad y adherencia del vehículo, entre muchos más factores—, etcétera. Todas estas características del contexto en que realiza la actividad definen un nivel de riesgo *lícito* —al menos en la medida en que no esté prohibido por la ley ni sea considerado *per se* imprudente conducir una motocicleta del tipo que llevaba la víctima, por ese tipo de vía, a esas horas, en esas condiciones climáticas, etcétera—. Pese a todo, dos motociclistas que conducen lícitamente pueden estar expuestos a un riesgo anterior muy diferente, dependiendo de todos los factores mencionados. Por ello, la importancia de su culpa, por ejemplo, al realizar una maniobra imprudente, debe ser valorada por el riesgo global que esa maniobra genera. Y ese riesgo global será más alto mientras más alto sea el riesgo lícito antecedente al que voluntariamente se expuso.

Los tipos de casos que pueden darse en los tribunales son muy numerosos, pero el ejemplo que he tomado ilustra de qué manera debe realizarse el análisis para justificar que existe una *responsabilidad preponderante*, aunque no exclusiva, de una parte u otra. Los casos de responsabilidad exclusiva son supuestos en que o bien no hay culpa de la víctima o bien no hay ningún fundamento de responsabilidad que, a fin de cuentas, resulte aplicable al agente dañador.<sup>64</sup> Descartadas estas dos hipótesis, las cuotas deben ser definidas atendiendo a las distintas pautas enunciadas más arriba. Desde luego, es posible que las pautas nos lleven a resultados inconcluyentes, en tanto ninguna termine por inclinar la balanza hacia un lado o hacia el otro. En ausencia de razones que permitan fundamentar el juicio de que una de las partes tiene una responsabilidad preponderante en el accidente, parece que la repartición adecuada requiere una reducción de 50%.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Goudkamp, “Defences to Negligence”, *cit.*, p. 324.

<sup>65</sup> Con un argumento diferente, San Martín Neira —*La culpa de la víctima en la responsabilidad civil*, pp. 235-239— defiende una posición como esta.

Esto no significa que el punto de partida en el análisis debe asumir una responsabilidad de 50%, pues ello depende del fundamento de la responsabilidad aplicable. Normalmente, la responsabilidad objetiva es creada por el legislador con base en el presupuesto de que el riesgo más relevante proviene de la actividad, no de la diligencia de las partes. En este sentido, sería arbitrario asumir sin más que, en un caso de atropello a un peatón imprudente, el análisis debe comenzar tomando la culpa de la víctima como una razón para reducir a la mitad la indemnización. El *quantum* de la reducción debe ser calculado sobre la base de la gravedad de la culpa del peatón y el resto de los factores enunciados. Solo cuando una situación es analizada a la luz de todos estos factores y la persona juzgadora llegue a un punto de indeterminación sobre la responsabilidad preponderante, es decir, se quede sin argumentos para justificar una repartición distinta de 50%, debe optarse por esta distribución de responsabilidades. El juicio de asignación de cuotas es siempre la conclusión de un argumento, no una de sus premisas.

#### IV. Caso fortuito y hecho de un tercero

Por último, me ocuparé del caso fortuito y los hechos de terceros por quienes la parte demandada no tiene el deber de responder. Seguiré el mismo esquema de razonamiento que he empleado en los apartados anteriores, por lo que el instrumental teórico ya expuesto resulta del todo aplicable. También respecto de estas causas de exoneración es esencial comprender de qué forma influyen en el análisis de la interacción entre la víctima y el sindicado como responsable, es decir, la parte demandada que alega alguna de estas eximentes de responsabilidad.

Comenzaré explicando las nociones de caso fortuito y hecho de terceros. Luego mostraré cómo incide cada una de estas eximentes en la asignación de responsabilidades y en qué casos funcionan como eximente total y cuándo como eximente parcial. Finalmente, argumentaré que la teoría presentada es coherente con el derecho mexicano, tomando como referencia el Código Civil Federal de México y el Código Civil para el Distrito Federal Federal —actualmente Ciudad de México—.

## 1. Aproximación conceptual al caso fortuito y al hecho de un tercero

La regulación tradicional de la causa ajena como eximente de responsabilidad distingue entre (i) la culpa de la víctima, (ii) el caso fortuito o la fuerza mayor y (iii) el hecho de un tercero por quien no se tiene el deber de responder. En relación con el caso fortuito y la fuerza mayor, la doctrina identifica al primero con los hechos de la naturaleza y a la segunda con hechos humanos. Así, son ejemplos clásicos de caso fortuito los daños causados por terremotos, inundaciones, nevadas, granizos, erupciones volcánicas, tsunamis, meteoritos, vientos huracanados, epidemias o pandemias, etcétera. En cambio, eventos como la guerra, los hechos de la administración del Estado, las huelgas o las revueltas sociales, en la medida en que interviene la agencia humana en todos ellos, son considerados supuestos de fuerza mayor.

Esta distinción ha sido considerada problemática por varias razones. La primera es que, como se ha señalado en diversos textos, nunca ha tenido una genuina relevancia práctica,<sup>66</sup> ya que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor conllevan —o, mejor dicho, pueden conllevar— los mismos efectos exoneratorios para la parte demandada. Ello se debe a que en el análisis ha primado el carácter *imprevisible* o *irresistible* de estas situaciones, más que su fuente natural o humana.<sup>67</sup> En segundo lugar, la fuerza mayor, definida en términos de hechos humanos, resulta conceptualmente indistinguible de los hechos de terceros. En este punto, existen varias alternativas para ordenar la clasificación, aunque son de interés las dos siguientes: (i) establecer una relación de sinonimia entre el caso fortuito y la fuerza mayor y entender que el hecho de un tercero debe tener las propiedades del caso fortuito para exonerar de responsabilidad a la parte demandada o (ii) identificar el caso fortuito con los hechos de la naturaleza y distinguirlos de los hechos de terceros, exigiendo para que puedan funcionar como eximente que los primeros sean imprevisibles o irresistibles, pero no necesariamente los segundos. Esta

<sup>66</sup> Llambías, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

<sup>67</sup> Alessandri, *op. cit.*, p. 436.

segunda alternativa prescinde de la locución *fuera mayor*, ya que la clasificación entre hechos de la naturaleza y hechos humanos es exhaustiva y excluyente.

La primera estrategia es implementada por el Código Civil y Comercial argentino —2015—, que en el artículo 1730 dispone que las expresiones *caso fortuito* y *fuera mayor* son sinónimas, y las define como el hecho que *no ha podido ser previsto* o que, habiendo sido previsto, *no ha podido ser evitado*. A continuación, el artículo 1731 establece que el hecho de un tercero debe reunir las características del caso fortuito para funcionar como eximente de responsabilidad. Según esta regulación, el hecho de un tercero es una instancia más del caso fortuito, lo que supone privilegiar el efecto irresistible de un factor externo o ajeno a la esfera de incumbencia de la persona demandada. El mismo resultado se obtendría con un solo artículo que rezase: “Salvo disposición en contrario, la parte demandada podrá eximirse total o parcialmente de responsabilidad probando que el daño fue causado por un hecho imprevisible o, aunque previsto, inevitable”. Al no hacerse ninguna distinción ni mención en la disposición, la discusión sobre si el hecho exonerador debe ser natural o humano debería quedar definitivamente superada.

Creo que la segunda forma de conceptualizar estas eximentes es teóricamente más adecuada. El ideal de justicia interpersonal determina que los hechos de terceros —es decir, de personas distintas de la víctima o la parte demandada— no tienen por qué ser imprevisibles o inevitables para constituir una eximente de responsabilidad. Es posible que el hecho de un tercero funcione como eximente aun cuando la parte demandada hubiese podido preverlo y evitarlo. También es posible que ocurra lo contrario: que el hecho de un tercero haya sido imprevisible o irresistible y que, pese a todo, alegarlo no permita a la parte demandada exonerarse de responsabilidad. En el próximo subapartado fundamentaré esta posición.

De momento, permítaseme estipular que el caso fortuito contrasta con el hecho de un tercero de la siguiente forma: (i) en el caso fortuito no interviene la agencia humana, en el hecho de un tercero, sí; y (ii) el caso fortuito es imprevisible o irresistible, mientras que el hecho de un tercero no tiene por qué satisfacer estas

características. Nótese que, de acuerdo con esta formulación, el hecho de una persona que obra sin ningún discernimiento debe ser imprevisible o irresistible para eximir de responsabilidad a la parte demandada. Si no hay discernimiento, no hay agencia y, por tanto, no hay intervención de un tercero en los términos en que he definido la noción. Esto es muy relevante para comprender el funcionamiento de las eximentes.

Para constatar la ocurrencia de un caso fortuito resulta necesario saber cuándo un fenómeno reúne estas propiedades de imprevisibilidad o irresistibilidad. Como siempre, puede anticiparse que habrá una buena cantidad de casos sencillos. Una tormenta de granizo es inevitable. Pero las consecuencias de la tormenta de granizo no son necesariamente inevitables. Todo depende del tipo de daño que estemos considerando. Axileas puede evitar que el automóvil que le prestó Xenofonte sufra abolladuras en la carrocería guardándolo en un garaje. Claro está, sus posibilidades de evitación dependen de su capacidad de anticipar el granizo. Si no puede preverlo, entonces tampoco podrá evitarlo. A su vez, la imprevisibilidad debe ser juzgada a la luz de la información disponible en el momento en que deben tomarse las precauciones que, en principio, hubiesen sido útiles para prevenir el daño. Si el día anterior el servicio meteorológico emitió una alerta por fuertes tormentas con alta probabilidad de granizo, el caso es fácil de resolver. La situación no era imprevisible ni el daño, inevitable.<sup>68</sup> En cambio, si el servicio meteorológico anunciase un alto riesgo de tsunami, lo que pone en peligro cierta estructura edilicia en construcción, la previsibilidad pasa a ser un elemento irrelevante pues, aunque previsto, el daño resulta irresistible para el constructor.

Estos ejemplos sugieren que, además de tratarse de un hecho de la naturaleza, el elemento central del caso fortuito es la *inevitabilidad*;<sup>69</sup> la imprevisibilidad, por su parte, tiene una importancia derivada. Es un elemento relevante en la medida en que hace que el daño sea inevitable. Sea como fuere, tanto la capacidad de anticipar los cursos causales que llevarán a un daño como la irresistibilidad de un

<sup>68</sup> Son situaciones en las que el caso fortuito sobreviene por culpa del agente. El art. 1733, inc. d) del Código Civil y Comercial argentino dispone que existe responsabilidad por caso fortuito en estos casos.

<sup>69</sup> Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 358.

riesgo ajeno a la actividad de la persona demandada son aspectos cardinales para evaluar la incidencia del caso fortuito en los juicios de responsabilidad.

Pasemos ahora al hecho de un tercero por quien no se tiene el deber de responder. En mi opinión, tiene perfecto sentido distinguirlo del caso fortuito porque cada causa de exoneración incide de manera diferente en la interacción entre las partes. Cuando un hecho de la naturaleza opera como causa ajena a la parte demandada, ello aniquila —o reduce, según el caso— su responsabilidad por el daño y, por tanto, deja sin fundamento su eventual obligación de reparar —o de reparar íntegramente—. Así las cosas, la víctima debe resignarse y soportar total o parcialmente el daño sufrido. En contraste, cuando la causa ajena a la parte demandada se relaciona con el hecho de otra persona, eso no deja el daño —total o parcialmente— en cabeza de la víctima, sino que *desplaza la responsabilidad* desde la parte demandada que alega la eximente hacia otro potencial responsable. Esto, como se verá en el próximo apartado, tiene una consecuencia práctica fundamental.

## 2. La incidencia del caso fortuito y del hecho de un tercero en la asignación de responsabilidades

Para ver cómo impactan el caso fortuito y el hecho de un tercero en el patrón de razonamiento propio de la responsabilidad civil, tal vez sea útil estructurar el análisis a partir de diversos ejemplos. Aquí el primero de ellos:

Caso 1: Axileas pide prestado el automóvil a Xenofonte. Al conducirlo excede la velocidad permitida. De repente, un resto de meteorito de 1/2 kg atraviesa el motor, destruyéndolo por completo.

Evidentemente, se trata de un caso fortuito. Sin adentrarse demasiado en el caso puede advertirse que el meteorito tiene un absoluto protagonismo en el análisis normativo de las distintas causas que contribuyen al resultado. La infracción del límite de velocidad por parte de Axileas, que constituye una culpa infraccional, es irrelevante. No es que Axileas no haya contribuido fácticamente en la cadena

causal. Si Axileas hubiese ido más lento, respetando el límite de velocidad correspondiente, el daño no se habría producido porque el meteorito hubiese caído a tierra antes de que Axileas llegase al punto en que se produjo el impacto. A pesar de ello, no hay responsabilidad, porque el meteorito hace que el daño no pueda ser imputado a Axileas a título de culpa.<sup>70</sup> Axileas no es culpable respecto del daño que efectivamente se produjo en tanto el límite de velocidad no está pensado para evitar que los meteoritos caigan sobre los automóviles. En efecto, mantenerse por debajo del límite de velocidad no incide de ningún modo en la probabilidad de daño. Disminuir la velocidad, o aumentarla aun más, hubiesen sido acciones igualmente eficaces para evitar este accidente.<sup>71</sup> Tampoco puede decirse que Axileas infrinja su deber genérico de adoptar medidas razonables para evitar el daño. Ello es así porque no puede ser culpable a menos que sea razonablemente esperable que en las circunstancias en que actúa pueda prever que una fuerza de la naturaleza supondrá un peligro concreto de daño. Solo si puede prever el peligro y tiene a su disposición precauciones útiles para neutralizarlo, la omisión de tomarlas puede constituir culpa.<sup>72</sup> Como resultado de ello, Xenofonte no podrá reclamar una indemnización a Axileas, *ni a nadie más*.<sup>73</sup>

Conviene aquí hacer una aclaración. El caso 1 podría llevarnos a pensar que en la reconstrucción que ofrezco el caso fortuito es equivalente a la ausencia de culpa del agente dañador. Esto no es así. Alguna parte de la doctrina entiende que el caso fortuito es incompatible con la afirmación de culpa, y de allí infiere que cuenta como caso fortuito cualquier supuesto en que la víctima, de acuerdo con las reglas del sistema jurídico, debe soportar el daño. Así, García-Ripoll Montijano<sup>74</sup> sostiene que

---

<sup>70</sup> El análisis aquí se separa notablemente del realizado por autores como Pizarro, quien considera que la parte demandada se libera de responsabilidad porque “no es *autor* del incumplimiento por falta de causalidad material y jurídica” —Pizarro, *op. cit.*, pp. 344 y ss.—. Es verdad que habitualmente se habla de “ruptura del nexo causal”, y así lo he hecho en el capítulo I de este manual también. Pero eso no ocurre en todos los casos. En este ejemplo lo que se destruye en realidad es el criterio de imputación que está asociado a los factores de atribución de responsabilidad, ya que es indiscutible que la parte demandada contribuyó de manera necesaria a la suficiencia del conjunto que llevó al resultado dañoso.

<sup>71</sup> Sobre este tema, V. el capítulo III, apartado II.

<sup>72</sup> Dobbs *et al.*, *Hornbook on Torts*, p. 365.

<sup>73</sup> Quedan a salvo los casos en que contractualmente se asume la responsabilidad por el caso fortuito.

<sup>74</sup> García-Ripoll Montijano, “La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1588-1589.

“licitud y caso fortuito son dos caras de la misma moneda (daño + licitud = caso fortuito)”. Esta tesis, sin embargo, se aleja demasiado de la comprensión usual del caso fortuito. Los casos de daños no culposos abarcan mucho más que los causados por un caso fortuito. El daño que un competidor leal causa a otro en el mercado cuando capta lícitamente su clientela no es un caso fortuito. Tampoco lo es el daño que una persona causa a otra cuando decide romper el lazo de amistad que las unía. Además, como se verá más adelante —subapartado 3—, el derecho de daños moderno admite que el caso fortuito bien *puede* convivir con la culpa del agente en ciertos supuestos. Esto obliga al juez a reducir el monto de la obligación indemnizatoria. Por último, como sostuve en la introducción, no debe perderse de vista que la causa ajena —entre las que se incluye el caso fortuito— es un argumento que se emplea en la argumentación jurídica de múltiples maneras. A veces excluye la culpa, pero otras veces se orienta a negar también la existencia del nexo causal. Veamos otro caso.<sup>75</sup>

Caso 2: en un accidente doméstico, Xenofonte sufre una fractura expuesta de fémur. La ambulancia lo traslada al centro hospitalario del pueblo, el cual, por mala organización, esa noche no contaba con ningún médico de guardia, sino solo con personal de enfermería. Mientras se intenta contactar con un médico, se lleva a Xenofonte al quirófano, para ganar tiempo, y una vez allí se produce un intempestivo terremoto. Xenofonte muere aplastado cuando se derrumba el techo del quirófano.

En principio, la omisión de atender al paciente es antijurídica; constituye una culpa infraccional que puede ameritar sanciones administrativas para el director del centro. Pero, al igual que en el caso anterior, es implausible considerar que constituye una culpa relevante *a efectos de la responsabilidad civil*. Esto es así en la medida en que el daño que se produjo está por fuera del fin de protección de la norma. La omisión de brindar tratamiento —o la demora excesiva en hacerlo— es culpable porque incrementa irrazonablemente la probabilidad de complica-

---

<sup>75</sup> He adaptado el ejemplo de Ghersi, *Teoría general de la reparación de daños*, p. 123.

ciones médicas, no porque aumente el peligro que supone un terremoto para Xenofonte.<sup>76</sup>

A diferencia del caso 1, aquí no puede afirmarse que haya una relación causal entre la acción *prima facie* culpable y el daño sufrido. Mientras que reducir la velocidad al límite permitido hubiese evitado el impacto del meteorito, brindar el tratamiento médico correcto no hubiese evitado la muerte de Xenofonte en el terremoto. La ausencia de causalidad se constata considerando de qué manera la atención médica hubiese impactado en el curso de los acontecimientos. Para tener incidencia causal, la omisión debe ser parte necesaria del conjunto de condiciones que llevó al resultado dañoso. ¿Cómo puede determinarse si es una condición necesaria? Para esos efectos, el ejercicio intelectual consiste en imaginar qué hubiese ocurrido —qué hubiese cambiado— si Xenofonte hubiera sido atendido a tiempo por el médico en el hospital. Dado que la atención médica no altera el modo de operar de ninguna de las leyes de la naturaleza que permiten explicar la muerte de Xenofonte esa noche —por aplastamiento—, puede concluirse que la omisión de intervenirlos quirúrgicamente no es una de las causas de la muerte.

Estos ejemplos muestran que el caso fortuito puede incidir sobre distintos presupuestos de la responsabilidad.<sup>77</sup> En el caso 1 se proyecta sobre la culpa; en el caso 2 directamente quiebra el vínculo causal entre la omisión de la parte demandada y el daño. Ya sea que elimine la culpa o también la causalidad, el efecto del caso fortuito es excluir o reducir la responsabilidad de la parte demandada *frente a la víctima*, dejando sobre esta la porción del daño que no pueda imputarse al primero por corresponder a un hecho de la naturaleza. Que el caso fortuito excluya la responsabilidad civil o solo la reduzca depende de si neutraliza totalmente o no el factor de atribución aplicable a la parte demandada. En el siguiente subapartado analizaré esa cuestión.

---

<sup>76</sup> El lector que no se convenza del todo con este argumento recuerde que la irrazonabilidad de una acción u omisión solo puede evaluarse respecto de ciertos peligros concretos. La explicación detallada de esta idea se encuentra en el capítulo III, apartado II, de este manual.

<sup>77</sup> Goudkamp, *Tort Law Defences*, *cit.*, pp. 58-59.

En contraste con los casos anteriores, veamos ahora qué ocurre con la intervención de un tercero.

Caso 3: Axileas pide prestado el automóvil a Xenofonte y mientras lo está conduciendo a exceso de velocidad por la autopista, un joven de 25 años le arroja una piedra desde un puente, destrozando así el parabrisas. La piedra tiene el tamaño y el peso suficientes para destruir el cristal aunque Axileas hubiese conducido a la velocidad permitida.

En el caso 3, la diferencia obvia respecto del caso 1 es que existe *alguien más que es responsable* por el daño. En el caso 1, el meteorito no es responsable, por lo tanto, la víctima debe tolerar la pérdida —a menos que estuviese asegurada por los daños causados por meteoritos—. En el caso 3, aun cuando la demanda contra Axileas fuese rechazada porque este pudiera demostrar que el daño se debe exclusivamente al hecho doloso de un tercero, la víctima todavía podría demandar al tercero y obtener una reparación. La defensa exitosa de Axileas *desplaza la responsabilidad* hacia otra persona. En la medida en que el acto pueda ser atribuido a la agencia humana, entonces deja de ser una mera desgracia —un caso fortuito o una fatalidad— que cae sobre sus espaldas y comienza a reunir algunos de los requisitos de la pérdida injusta.<sup>78</sup>

Estamos ahora en condiciones de comprender por qué el hecho de un tercero no tiene que ser necesariamente imprevisible o irresistible para funcionar como eximente, tal como sostiene parte de la doctrina.<sup>79</sup> La razón es que *en una sociedad liberal las personas son responsables por sus actos*, y solo excepcionalmente por los actos de otros. En la medida en que la parte demandada no tenga un deber positivo de actuar para evitar cursos causales dañinos iniciados por otras personas,<sup>80</sup>

<sup>78</sup> Coleman, *op. cit.*, p. 334.

<sup>79</sup> Pizarro, *op. cit.*, p. 324.

<sup>80</sup> Para recordarlo brevemente, en el capítulo III, apartado VII, se explicó que los deberes de diligencia normalmente exigen adoptar precauciones razonables para *no dañar* y solo excepcionalmente para *proteger* a los demás. Entre las excepciones se encuentran los casos en que (i) el propio legislador impone ese deber, (ii) la parte demandada haya creado originalmente el riesgo, (iii) existe una relación especial entre las partes y (iv) el agente puede evitar un peligro grave e inminente para la víctima realizando un sacrificio personal trivial —*easy rescue*—.

los hechos de terceros por quienes no se tiene el deber de responder generan responsabilidad civil para su autor y nadie más. La parte demandada, entonces, podría elaborar dos argumentos distintos. En primer lugar, podría alegar que el daño fue causado por un tercero por quien no tiene el deber de responder. Esto equivale a sostener que no satisface las condiciones de la responsabilidad, es decir, que no tiene el deber de evitar —ni resulta aplicable ningún factor de atribución que le obligue a reparar— los daños causados por otros. En segundo lugar, podría alegar que *no es la única persona* que satisface los fundamentos de la responsabilidad y, por lo tanto, no debería cargar con la totalidad del daño.

Existen otras reglas que inciden en las consecuencias jurídicas del hecho de un tercero. Volveré sobre ellas más adelante. De momento, ha de anotarse que allí donde la responsabilidad del tercero concurre con la responsabilidad de la parte demandada, alegar el hecho de un tercero no tiene efectos eximentes *frente a la víctima* si el legislador consideró para estos casos una responsabilidad solidaria. En sentido estricto, se trataría de un caso de coautoría, y esta regla es bastante habitual.<sup>81</sup> Por ello, la parte demandada no podrá repeler la acción de la víctima, pero sí recuperar parte de lo pagado como indemnización en una acción de repetición posterior en la que *ajustará cuentas* con el tercero, siempre que en el litigio original haya afrontado el total de la indemnización o una porción mayor que su cuota equitativa.<sup>82</sup> Cualquiera que sea el caso, la responsabilidad *entre los coautores* debe juzgarse con las pautas explicadas más arriba al analizar la culpa de la víctima —subapartado III.3—.

Llegados a este punto, es esencial comprender que para poder alegar con éxito el hecho de un tercero se requiere que su acción o actividad esté comprendida por

---

<sup>81</sup> V. el art. 1917 del Código Civil Federal de México y del Código para el Distrito Federal; también el art. 9:101 de los Principios of European Tort Law y el art. 1751 del Código Civil y Comercial argentino. Trataré esto en el subapartado 4 de esta sección.

<sup>82</sup> La variedad de casos es muy amplia, pero es útil pensar en este ejemplo: supongamos que Xenofonte está custodiando un depósito y abandona su puesto de trabajo para llamar por teléfono a un amigo —es decir, que su conducta es negligente—. Axileas aprovecha el momento para robar mercancías. Xenofonte no podrá invocar la acción ilícita de Axileas para exonerarse de responsabilidad, aunque sí tendrá un derecho de repetición contra Axileas, si logra identificarlo y demandarlo con éxito. Para un análisis de esta clase de casos —en el derecho estadounidense, pero con un estupendo desarrollo conceptual—, V. Goldberg y Zipursky, *The Oxford Introductions to US Law: Torts*, pp. 169-176.

algún factor de atribución —culpa, riesgo, etcétera—. Esto no siempre es claro en la dogmática. Así, algunos autores han afirmado que es indiferente que la acción del tercero sea lícita o ilícita, pues solo funcionará como eximente en la medida en que sea la causa exclusiva del daño.<sup>83</sup> En mi opinión, la cuestión no es tan sencilla. La causalidad no es el único —ni tampoco el más importante— componente de la atribución de responsabilidad. Funciona más como una condición mínima, puesto que quien muestra que no existe causalidad entre el hecho por el cual se le llama a responder —que puede ser un hecho ajeno— y el daño sufrido por la víctima queda exonerado.<sup>84</sup> Por ello, para que el hecho de un tercero sea jurídicamente relevante debe ser capaz de absorber total o parcialmente la responsabilidad del agente dañador, y solo podrá absorber esa responsabilidad si algún factor de atribución resulta aplicable a su conducta.

Pensemos qué ocurriría si el hecho del tercero no satisficiera los presupuestos de la responsabilidad civil. En este supuesto, la parte demandada nunca podría exonerarse de responsabilidad señalando la intervención *lícita* de un tercero en el curso causal que llevó al daño.<sup>85</sup> Esto último es fácil de apreciar en el siguiente ejemplo:<sup>86</sup>

Caso 4: Xenofonte está pintando el garaje de Perséfone. A efectos de que haya corriente de aire, abre la puerta principal del garaje y una ventana ubicada al final del pasillo que comunica el garaje con la casa. Como faltan pocas semanas para el fin de año, Axileas está enseñando a su hijo a usar pirotecnia en el patio trasero de su casa. Una bengala voladora, mal colocada por Axileas, se desvía de su trayecto, y en lugar de ir hacia el cielo se orienta hacia el costado, entra en casa de Perséfone por la ventana y causa un incendio.

<sup>83</sup> Alessandri, *op. cit.*, p. 444.

<sup>84</sup> La causalidad siempre es necesaria, incluso en la responsabilidad por hechos ajenos —V. el capítulo VII de este manual—. Para tomar el ejemplo de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, piénsese que, si la parte demandada logra mostrar que el daño que se le intenta endilgar no ha sido causado por su hijo, entonces queda exonerada.

<sup>85</sup> Distinto podría ser el análisis en el derecho contractual cuando el deudor se ve imposibilitado de cumplir una obligación de medios en razón del hecho de un tercero. Esta clase de casos queda fuera del objeto de este manual.

<sup>86</sup> He adaptado este ejemplo del análisis de la jurisprudencia italiana realizado por Alpa, *op. cit.*, p. 433.

¿Podría Axileas alegar el hecho de un tercero para eximirse de responsabilidad parcialmente? Es decir, si Xenofonte no hubiese dejado la ventana abierta, la bengala hubiese golpeado contra el cristal y el incendio no se habría producido. Evidentemente, Axileas no puede invocar la acción lícita de Xenofonte como causa de exoneración.<sup>87</sup> Su uso de la pirotecnia es negligente precisamente porque puede derivar en la clase de daños que terminó sufriendo Perséfone. No se trata en este caso de que la acción del tercero, Xenofonte, no es la causa exclusiva del daño, puesto que en su defecto podría ser corresponsable, sino que su contribución es perfectamente lícita y, por esa razón, está exenta de responsabilidad —ningún factor de atribución le es aplicable—.

Por último, puede suceder que el tercero obre con absoluta falta de discernimiento. Adaptando el caso 3, imaginemos que el joven que arroja la piedra desde el puente está, por ejemplo, privado transitoriamente de la razón. Aquí parece que tiene sentido exigir, para que funcione como eximente, que el hecho del tercero tenga las características del caso fortuito. Pese a todo, hay una diferencia fundamental con el caso fortuito: *la naturaleza no tiene un patrimonio* que pueda quedar afectado por sus hechos, mientras que *las personas sí*. Cuando en la causación del daño interviene el hecho imprevisible o irresistible de una persona que obra sin discernimiento, la parte demandada podrá exonerarse total o parcialmente de responsabilidad; pero de esto no se sigue necesariamente que la víctima quede desamparada —como quedaría si se tratase de un genuino caso fortuito—, porque todavía podrían ser aplicables las reglas de la reparación en equidad mencionadas más arriba y explicadas en el capítulo I, apartado II.3.E. De acuerdo con esas reglas, vale la pena recordar, la persona juzgadora podría imponer al tercero el deber de reparar en la medida en que sea equitativo, atendiendo a las circunstancias del caso y, en especial, a la situación patrimonial de las partes.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Orgaz, *La culpa (actos ilícitos)*, p. 255.

<sup>88</sup> Podría cuestionarse la justicia de la responsabilidad por equidad en casos en que la parte demandada obra sin discernimiento. Sin embargo, debe recordarse que estas reglas consideran las situaciones patrimoniales de la parte demandada y de la víctima y, sobre esa base, distribuyen equitativamente el daño entre ellos. En el fondo, se trata de un juicio relativo a quién debe correr con el riesgo de perder el discernimiento o la razón. La regla que niega toda responsabilidad asigna ese riesgo a las víctimas dañadas. Las reglas de equidad, en cambio, dejan la cuestión abierta e invitan al juez a buscar una solución aceptable en cada caso.

### 3. Exoneración total o parcial

Según vengo explicando, la invocación de una causa ajena puede negar los presupuestos de la responsabilidad o funcionar simplemente como una eximente parcial. En el primer caso, la parte demandada argumenta que el daño sufrido por la víctima no le incumbe según las reglas de la responsabilidad civil. No le corresponde repararlo porque resulta de riesgos que están fuera de su ámbito de responsabilidad. En el segundo caso, la parte demandada reconoce que la causa ajena no extingue su responsabilidad. El daño de la víctima sí es de su incumbencia, pero no exclusivamente. A veces el daño resulta de riesgos creados por la parte demandada en conjunción con un caso fortuito o con el hecho de un tercero. Lo más adecuado, según la justicia interpersonal, es asignar la cuota equitativa de responsabilidad considerando todos los factores intervinientes. El efecto inmediato será reducir la indemnización que la parte demandada deberá pagar a la víctima.

Dicho esto, conviene explayarse algo más sobre la posibilidad de que la responsabilidad de la parte demandada conviva con el caso fortuito o, en algunos casos extremos, con el hecho exclusivo de un tercero. Alguna doctrina parece asumir una posición fuerte en la cual la causa ajena anula la autoría o la acción de la parte demandada.<sup>89</sup> Esto, sin embargo, parece impreciso por las razones que he venido esgrimiendo. Además, el tratamiento estricto de la causa ajena no se condice con la regulación más extendida en el derecho comparado. En lo que hace al hecho de un tercero, la posición más habitual es que no excluye necesariamente la responsabilidad de la parte demandada. Esto es claro en los casos de coautoría y también cuando el factor de atribución que resulta aplicable es objetivo.<sup>90</sup> Por ello, como pauta general debe discernirse en cada caso si la intervención del tercero constituye una coautoría o, por el contrario, “si su participación causal absorbe por completo la del demandado”.<sup>91</sup> De esta manera, ha de juzgarse en

<sup>89</sup> Bueres, *op. cit.*, p. 251.

<sup>90</sup> Martín-Casals y Ribot, “La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, en *Derecho privado europeo*.

<sup>91</sup> Reglero Campos y Medina Alcoz, *op. cit.*, 917.

primer lugar si corresponde la exoneración total o parcial y, en este último caso, definir la reducción de la indemnización o las cuotas de responsabilidad entre todos los intervinientes siguiendo las pautas que expuse más arriba al tratar la culpa de la víctima —subapartado III.3—.

Esta forma de estructurar el análisis es, en mi opinión, muy sensata y aplicable a todos los supuestos de causa ajena, no solo a la intervención de un tercero. No hay razón para presuponer que un hecho de la naturaleza siempre deba absorber *totalmente* —es decir, extinguir— la responsabilidad de la parte demandada. Veamos dos ejemplos:

Caso 5: Axileas es asistente técnico en un laboratorio de investigación. La normativa del laboratorio exige que antes de retirarse por la noche desconecte ciertos equipos electrónicos que podrían recalentarse y causar un incendio. Una noche, Axileas olvidó desconectar uno de los equipos en cuestión. Se retiró del laboratorio y una hora más tarde una tormenta eléctrica generó una sobrecarga de la red. El equipo se recalentó y causó un incendio.

Caso 6: Axileas tiene un depósito de pirotecnia en la ciudad. Una noche de fuerte tormenta, un rayo cayó sobre el depósito causando un incendio y la explosión de toda la pirotecnia, que a su vez dañó a sus vecinos.

El caso 5 es un supuesto de culpa; el 6, de responsabilidad objetiva. En ambos ejemplos interviene un hecho de la naturaleza. Pese a todo, no parece que Axileas deba quedar exonerado en el caso 5, dado que el hecho imprevisible e irresistible convive perfectamente dentro de la esfera de riesgos que incumben a la parte demandada.<sup>92</sup> El asistente del laboratorio tenía el deber de apagar las máquinas

---

<sup>92</sup> Hay muchas circunstancias que pueden hacer que los riesgos incumban a la parte demandada. Por ejemplo, si Axileas enciende un fuego en una zona en la que habitualmente soplan fuertes vientos, puede prever el peligro que ello representa. No podrá alegar un caso fortuito para exonerarse de responsabilidad en este caso. V. Dobbs *et al.*, *op. cit.*, p. 366.

para evitar *precisamente* la clase de daño que se produjo. Esos riesgos nunca dejaron de estar bajo su control. No existe duda alguna sobre la relación causal entre la omisión y el daño —si Axileas hubiese desconectado el equipo, el incendio no se habría producido—, ni tampoco sobre el hecho de que la diligencia debida tenía el propósito de evitar incendios. La tormenta es inevitable, el incendio por sobrecarga en los equipos del laboratorio no lo es. El caso fortuito sobreviene aquí por culpa de la parte demandada y, por lo tanto, no la exime de responsabilidad.<sup>93</sup>

Sin embargo, podría ocurrir que el caso fortuito concurra a la par de la culpa de la parte demandada como un factor relevante. Pensemos en una variante del caso 5. Imaginemos que lo que normalmente ocurre cuando estos equipos no son desconectados es que, al ser muy delicados, el sobrecalentamiento funde sus circuitos integrados. El deber de diligencia *podría* no estar orientado a evitar incendios, sino a proteger los equipos. ¿Corresponde responsabilizarlo por el incendio? Todo depende, en mi opinión, de cuán bien delimitada esté la amplitud del riesgo abarcado por el deber de diligencia, es decir, qué riesgos exactamente se intentan precaver con los deberes de diligencia. Por cierto, evaluar esto con precisión es bastante difícil. Así las cosas, la persona juzgadora puede enfrentarse a tres tipos de casos:

- Es claro que el deber está circunscrito a la protección de los equipos electrónicos más delicados: la responsabilidad de Axileas se limita al daño causado sobre ellos.
- Es claro que el deber no está circunscrito solo a la protección de los equipos electrónicos, sino que abarca la seguridad del laboratorio en general: el caso fortuito no absorbe la responsabilidad de Axileas, porque es la culpa de este último la que da ocasión al daño causado por el hecho imprevisible o inevitable. Axileas es responsable por todo el daño.

---

<sup>93</sup> Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 221.

- La amplitud del deber de diligencia no es clara: cuando los límites del deber son poco nítidos, es razonable considerar que la culpa de Axileas tuvo incidencia causal<sup>94</sup> pero concurre con una fuente natural, imprevisible o inevitable. Corresponde, entonces, responsabilizar a Axileas por el daño a los equipos concretos que tenía el deber de proteger y morigerar su responsabilidad en cuanto al resto de los daños causados por el incendio, empleando a esos efectos las pautas enunciadas más arriba para distribuir responsabilidades entre una pluralidad de causas —subapartado III.3—.

El mismo análisis se extiende al caso 6. La pirotecnia es un material peligroso porque cualquier factor externo puede hacerla explotar, causando daños a los vecinos. Aunque el rayo sea imprevisible e irresistible para Axileas, el tipo de daño no cae fuera del ámbito de su responsabilidad: no es extraño al riesgo que entraña su actividad. Por consiguiente, el caso fortuito no tiene efectos exoneratorios.

En lo que hace a los hechos de terceros, la situación es similar. Veamos un caso más:

Caso 7: Xenofonte es un pasajero de un tren urbano y recibe el impacto de una piedra lanzada por Axileas desde un puente.

El caso 7 supone un hecho doloso de un tercero y, en principio, el dolo de un tercero por quien no se tiene el deber de responder tiene por efecto excluir la responsabilidad de la empresa de trenes. Sin embargo, esto depende crucialmente de qué se entienda que forma parte de la *garantía de indemnidad* de la empresa de transportes. Así, en un caso como este, la jurisprudencia argentina ha manifestado que “la invocación del hecho del tercero es ineficaz para lograr la eximición de responsabilidad”.<sup>95</sup> Esta decisión tiene perfecto sentido si se asume que la

---

<sup>94</sup> Creo que esta solución es razonable porque asumo que la conducta exigida es clara para el agente, aunque los fundamentos de su deber no sean del todo transparentes. La solución contraria dejaría a las víctimas desprotegidas cada vez que la razón subyacente de un deber de diligencia no fuese evidente, lo cual es inaceptable.

<sup>95</sup> Goldenberg, *op. cit.*, p. 212.

empresa de transportes debe garantizar la indemnidad de los pasajeros también en relación con los daños que puedan causar terceros desde el exterior. Esto no es en absoluto absurdo o insensato, en especial si el tren circula por zonas marginales u hostiles en las que esta clase de eventos ocurra con cierta frecuencia. En consecuencia, la empresa se verá obligada a tomar precauciones adicionales, como vallar las zonas de mayor vulnerabilidad en el trayecto o reforzar el blindaje de sus cristales o, si estas precauciones fueran imposibles, internalizar los daños sufridos por las víctimas. En ambos casos, ya sea por garantizar mayor seguridad o un resarcimiento, la regla de responsabilidad en cuestión beneficia a los pasajeros.

En este sentido, como bien observa Vergara,<sup>96</sup> la ajenidad de un riesgo es una cuestión interpretativa. No se puede juzgar en abstracto que un hecho de la naturaleza o el hecho de un tercero excluya totalmente la responsabilidad sin delimitar la esfera de riesgos que es incumbencia de la parte demandada. Para terminar de comprender este punto, analicemos la doctrina del deber de seguridad que tiene el empleador respecto de sus trabajadores. En una interesante sentencia argentina, una empleada demandó al centro de salud en el que trabajaba por los daños que sufrió cuando unos delincuentes ingresaron al establecimiento para robar, y aprovecharon la ocasión para abusar sexualmente de ella y de algunos pacientes.<sup>97</sup> Quedó demostrado que la empresa había implementado medidas de seguridad para impedir el acceso no autorizado;<sup>98</sup> sin embargo, en el momento del hecho la puerta trasera había quedado abierta. El fundamento que finalmente prevaleció es que el empleador tenía un deber de seguridad respecto de sus trabajadores y, por lo tanto, que existió responsabilidad por las lesiones y los abusos sufridos por la demandante.

---

<sup>96</sup> Vergara, *Sistema maestro de responsabilidad civil*, pp. 280-281.

<sup>97</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, *S.I.N. vs. Alvaioli S.R.L.* En el caso también se demandó a la empresa aseguradora de riesgos del trabajo y se discutieron varias cuestiones relativas al factor de atribución aplicable, pero ninguna de ellas es relevante para el argumento que estoy desarrollando aquí.

<sup>98</sup> Estas medidas estaban dirigidas “tanto a evitar el ingreso de personas extrañas a la institución a los jardines de esta (cerco perimetral de material con tres hileras de alambre de púa en su parte superior y alarma) como a evitar el ingreso de extraños dentro del edificio (portero eléctrico en la puerta principal y rejas, persianas y ventanas con trabas en la parte posterior de la construcción)”. *V. id.*

La pregunta sobre la esfera de riesgos que incumbe a la parte demandada es de vital importancia. Ciertamente, el empleador no es responsable por *todo* lo que ocurre a sus dependientes en el trabajo. Por ejemplo, supongamos que Xenofonte tiene una deuda de juego con Axileas y no la paga. Una mañana, aprovechando que Xenofonte está en la puerta de la fábrica tomando un café durante el descanso, Axileas se acerca y lo apuñala. Ese daño no parece ser *inherente* a los riesgos del trabajo, y el empleador no debería ser responsabilizado por ello. En cambio, si en una construcción Xenofonte recibe el impacto de una viga que Axileas manipulaba negligentemente tres pisos más arriba, ese sí parece ser un riesgo inherente a la actividad laboral. El mismo análisis puede aplicarse a la sentencia que estamos examinando: el riesgo de sufrir abusos sexuales no parece ser inherente a las tareas que la demandante desarrollaba en el centro de salud. Parece ser, en principio, un riesgo ajeno a esas actividades. No obstante, como recién expliqué, la cuestión es interpretativa. Para determinar esto ha de atenderse a un conjunto de elementos sobre las circunstancias concretas. De esta manera, si por experiencias previas supiésemos que los centros de salud son especialmente atractivos, por las características de su aislamiento, entre otras cosas, para los perpetradores de esta clase de abusos sexuales, entonces podría ser previsible que el mínimo descuido de seguridad entrañe un riesgo de que alguno de los empleados sufra abuso sexual por parte de personas ajenas al centro. Y, si este fuese el caso, la parte demandada no podría alegar el hecho de un tercero para exonerarse de responsabilidad.<sup>99</sup>

Las necesidades interpretativas cesan, por supuesto, si el propio legislador establece que cierto hecho no es eximente de responsabilidad. Ello ocurre en muchas actividades, sobre todo en aquellas altamente peligrosas, como el almacenamiento o utilización de energía nuclear. En España, el artículo 8 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, dispone que en el ámbito de los accidentes nucleares se responde objetivamente, aun cuando haya dolo de un tercero, sin perjuicio del derecho de repetición.<sup>100</sup> El presupuesto aquí es que la actividad conlleva un

<sup>99</sup> Papayannis, *El derecho privado como cuestión pública*, pp. 277 y ss.

<sup>100</sup> Para un análisis de este y muchos otros ejemplos, V. Basozabal Arrue, *Responsabilidad extracontractual objetiva. Parte general*, pp. 120 y ss.

riesgo de tal envergadura que quien la realiza debe anticipar la culpa de terceras personas e incluso el dolo. No obstante, siendo el factor de atribución objetivo, tampoco se exonerará mostrando que tomó las medidas que eran razonables para prevenir los ataques dolosos. Esta solución normativa obedece a una clara razón de política jurídica sobre cómo regular estos riesgos, haciendo irrelevantes otras circunstancias —como el hecho de un tercero que obra con dolo— que de ordinario tienen una incidencia determinante en la exoneración total de responsabilidad.

En definitiva, el caso fortuito y el hecho de un tercero pueden convivir con la responsabilidad de la parte demandada siempre que la causa ajena no desplace el daño por fuera de su ámbito de incumbencia. Para delimitar el ámbito de incumbencia no puede más que indagarse en las razones subyacentes del factor de atribución que resulta aplicable.

## V. A modo de síntesis: el caso fortuito y el hecho de un tercero en el Código Civil Federal de México y en el Código Civil para el Distrito Federal

Para terminar esta sección, veamos cómo encaja la teoría expuesta en la legislación mexicana. No hay en el Código Civil Federal de México, ni en el Código para el Distrito Federal, una *disposición genérica* para el caso fortuito o el hecho de un tercero, como sí existe en otras legislaciones.<sup>101</sup> En ambos códigos, sin embargo, hay menciones concretas en los artículos 1929, inc. IV —caso fortuito o fuerza mayor— y 1930 —hecho de un tercero—, referidos a la responsabilidad del dueño por los daños causados por sus animales.

A pesar de que no haya una regulación genérica, dadas las nociones expuestas en los dos apartados anteriores, creo que es posible sostener las siguientes tesis interpretativas respecto del derecho mexicano:

---

<sup>101</sup> Entre otros, V. el Código Civil colombiano —art. 64—, el Código Civil chileno —art. 45—, el Código Civil y Comercial argentino —art. 1730— y el Código Civil español —art. 1105—.

- 1) El derecho mexicano condiciona la obligación de reparar a la acreditación de los tres presupuestos básicos de la responsabilidad civil: daño, causalidad y factor de atribución, ya sea la culpa —artículo 1910— o una actividad o cosa riesgosa —artículos 1913 y subsecuentes—.
- 2) El caso fortuito y el hecho de un tercero constituyen una causa ajena, y la causa ajena tiene alguno de los siguientes efectos:
  - a. Niega la causalidad entre el hecho de la parte demandada y el daño que sufre la víctima
  - b. Niega el factor de atribución —la culpa o el riesgo—, al situar el daño que sufre la víctima fuera de la esfera de riesgos que son incumbencia de la parte demandada
  - c. Sin negar la relación causal entre la acción o actividad de la parte demandada y el daño, ni que a la parte demandada le sea aplicable el factor de atribución —es decir, que en efecto obró con culpa o que su actividad o situación está sujeta a responsabilidad objetiva—, añaden entre los hechos por evaluar una contribución causal jurídicamente significativa que exige repartir la responsabilidad entre las distintas causas
- 3) En los casos 2.a y 2.b, el caso fortuito o el hecho de un tercero funcionan como una causa de exoneración total; en el caso 2.c, en cambio, pueden funcionar como eximente parcial, según su trascendencia en el accidente.
- 4) La importancia del caso fortuito y el hecho de un tercero como eximente parcial debe ser estimada con los mismos parámetros empleados para valorar la culpa de la víctima —subapartado III.3—.

Una vez que se ubica conceptualmente la causa ajena en el sistema de responsabilidad mexicano, entra en juego otra disposición de suma relevancia práctica.

El artículo 1917 dispone que “Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este Capítulo”.

De ello se sigue que, si el caso fortuito concurre con la culpa o con una actividad sujeta a responsabilidad objetiva, los criterios mencionados para la culpa de la víctima sirven para *reducir la indemnización* del agente dañador —pues a la víctima le corresponde reconocer que, en parte, el daño resultó de un caso fortuito—. En cambio, cuando se trata de la intervención de un tercero, los criterios serán aplicables para distribuir cuotas de responsabilidad entre los distintos agentes que causaron el daño. Entonces, si Axileas es demandado y alega que en el daño que causó a Xenofonte también intervino Perséfone, los criterios de repartición de cuotas funcionarán para dividir el monto de la indemnización entre ellos, aunque de acuerdo con el artículo 1917 ambos son solidariamente responsables ante Xenofonte. Ello implica que los criterios podrían operar recién en una acción posterior de regreso o repetición de quien considere que, a fin de cuentas, pagó una indemnización que excede su cuota equitativa de responsabilidad, de acuerdo con los criterios mencionados.

## Bibliografía

Alessandri, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Alpa, G., *La Responsabilità Civile. Parte generale*, Utet Giuridica, Torino, 2010. Citado por la traducción de C. Moreno More, *La responsabilidad civil. Parte general. Tomo 2*, Ediciones Legales, Lima, 2016.

Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R., *Derecho de obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Ashworth, A. y Horder, J., *Principles of Criminal Law*, 7a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

- Bahamondes, C. y Pizarro Wilson, C., “La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXXIX, segundo semestre, 2012, pp. 39-52.
- Barros Bourie, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2a. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2020.
- Basozabal Arrue, X., *Responsabilidad extracontractual objetiva. Parte general*, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- Bueres, A. J., *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- Busto Lago, J. M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Cane, P., “Tort Law and Public Functions”, en J. Oberdieck (ed.), *Philosophical Foundations of Torts*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Coleman, J. L., *Risks and wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 1992.
- Corral Talciani, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 2a. ed., Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.
- Diez Schwerter, J. L., *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.
- Diez-Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial: V. La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, Pamplona, 2011.
- Dobbs, D. B., Hayden, P. T. y Bublick, E. M., *Hornbook on Torts*, West Academic Publishing, St. Paul, Minnesota, 2016.
- Feinberg, J., “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, núm. 2, 1978, pp. 93-123.

Feinberg, J., *Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays*, Princeton University Press, Princeton, 1992.

Fernández Sessarego, C., *Abuso del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

García-Ripoll Montijano, M., “La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. IV, 2013, pp. 1503-1604.

Gardner, J., *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

\_\_\_\_\_, “What is Tort Law For? Part I. The Place of Corrective Justice”, *Law and Philosophy*, vol. 30, 2011, pp. 1-50.

Gherzi, C. A., *Teoría general de la reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997.

Goldberg, J. C. P., “Inexcusable Wrongs”, *California Law Review*, vol. 103, núm. 3, 2015, pp. 467-512.

Goldberg, J. C. P. y Zipursky, B. C., *The Oxford Introductions to US Law: Torts*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Goldenberg, I. H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

Goudkamp, J., “Defences to Negligence”, en C. Sappideen y P. Vines (eds.), *Fleming’s The Law of Torts*, Thomson Reuters, Pyrmont, 2011, pp. 317-354.

Goudkamp, J. (2013), *Tort Law Defences*, Oxford — Portland, Hart Publishing.

Grady, M., “Unavoidable Accident”, *Review of Law and Economics*, vol. 5, núm. 1, 2009, pp. 177-231.

- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.
- Hart, H. L. A. y Honoré, T., *Causation in the Law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1985.
- Himma, K. E., “The Ties that Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *Ratio Juris*, vol. 26, núm. 1, 2013, pp. 16-46.
- Juárez Ferrer, M. y Papayannis, D. M., “El derecho constitucional a la reparación integral como exigencia del art. 19 CN. Un análisis de la amplitud del deber de no dañar”, en R. Gargarella, S. Álvarez Medina y J. Iosa, (coords.), *Acciones privadas y Constitución. La autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 2021.
- Kaiserman, A., “Partial Liability”, *Legal Theory*, vol. 23, núm. 1, 2017, pp. 1-26.
- Llambías, J. J., *Manual de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- López Herrera, E., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- López Mesa, M. y Cesano, J. D., *Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*, Editorial BdF, Buenos Aires-Montevideo, 2010.
- MacCormick, N., “The Obligation to Reparation”, en MacCormick, *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1982.
- Markesinis, B. S. y Deakin, S. F., *Tort Law*, 4a. ed., Clarendon Press, Oxford, 1999.
- Martín-Casals, M., “A través del espejo: concurrencia de ‘culpa’ de la víctima y culpa del causante del daño”, en A. Cabanillas Sánchez *et al.* (eds.),

*Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003.

Martín-Casals, M. y Ribot, J., “La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general”, en S. Cámara Lapuente (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 827-856.

Mir Puig, S., *Derecho penal: parte general*, 8a. ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2006.

Moréteau, O., “France”, en H. Koziol y B. C. Steininger (eds.), *Tort and Insurance Law Yearbook. European Tort Law 2008*, Springer-Verlag, Viena, 2009.

Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad por daños. Parte general. Tomo 1*, Ediar, Buenos Aires, 1971.

Nino, C. S., *Los límites del derecho penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell Publishers, Oxford, 1974.

Orgaz, A., *La culpa (actos ilícitos)*, Lerner, Buenos Aires, 1970.

Pantaleón Díaz, M., “Justificación penal, sacrificio y unas abejas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, en prensa, 2022.

Papayannis, D. M., “La práctica del *alterum non laedere*”, *Isonomía*, núm. 41, 2014, pp. 19-68.

\_\_\_\_\_, “La responsabilidad civil como asignación de pérdidas”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2014, pp. 1-45.

\_\_\_\_\_, “Probabilistic Causation in Efficiency-Based Liability Judgments”, *Legal Theory*, vol. 20, núm. 3, 2014, pp. 210-252.

- \_\_\_\_\_, *El derecho privado como cuestión pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- \_\_\_\_\_, “¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?”, en C. Fernández Blanco y E. A. Pereira Fredes (eds.), *Derecho y pobreza*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2021, pp. 81-128.
- Perry, S R., “Cost-Benefit Analysis and the Negligence Standard”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, núm. 3, 2001, pp. 893-899.
- Picasso, S. (2013), “La antijuridicidad en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 30/08/2013, citado por la versión online AR/DOC/3184/2013.
- Picasso, S. y Sáenz, L. R. J., “Comentario al art. 1718 CCyC”, en G. Caramelo, S. Picasso y Herrera, M., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV, Libro III*, Infojus, Buenos Aires, 2015.
- Pizarro, D., *Tratado de la responsabilidad objetiva. Tomo 1*, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- Reglero Campos, L. y Medina Alcoz, L., “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en L. Reglero Campos y J. M. Bto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil. Tomo 1*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 317-462.
- Ripstein, A., *Private Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Rosenkrantz, C. F., “Una revisión de la concepción compensatoria de la justicia correctiva”, en D. M. Papayannis (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013, pp. 61-80.
- San Martín Neira, L. C., *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil*, Ediciones Der, Santiago de Chile, 2018.

Santos Briz, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1989.

Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-London, 1987.

Sobrino, W., “Responsabilidad objetiva (art. 1113 CC.): eximente parcial por riesgo pasivo de la cosa (especialmente en motos)”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1994- III- 993, citado por la versión electrónica, TR LALEY 0003/002117, 1994.

Tamayo Jaramillo, J., *Tratado de responsabilidad civil. Tomo 1*, Legis, Bogotá, 2007.

Thomson, J. J., *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990.

Vergara, L., *Sistema maestro de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2018.

Von Bar, C., *The Common European Law of Torts: vol. II*, Clarendon Press, Oxford, 2000.

Wright, R. W., “Causation in Tort Law”, *California Law Review*, vol. 73, núm. 6, 1985, pp. 1735-1828.

\_\_\_\_\_, “Allocating Liability Among Multiple Responsible Causes: A principled defense of joint and several liability for actual harm and risk exposure”, *University of California Davis Law Review*, 21, 1988, pp. 1141-1211.

\_\_\_\_\_, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, 73, 1988, pp. 1001-1077.

Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 5a. edición, Dykinson, Madrid, 2019.

## Sentencias

*Vincent vs. Lake Erie Transportation Co.*, 10 Minn. 456 124 NW 221, 1910.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, *S. I. N. c. Alvaioli S.R.L.*, 18 de marzo de 2010.

## La responsabilidad por hecho ajeno

Marian Gilli Saldaña\*

\* Doctora en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Profesora en la Universitat Oberta de Catalunya.

**La responsabilidad por hecho ajeno.** I. Introducción; II. Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil por hecho ajeno; III. Supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno; IV. Responsabilidad del Estado por los daños derivados de su actividad administrativa irregular; V. Seguro de responsabilidad civil.

## I. Introducción

En el modelo tradicional del derecho de daños, la responsabilidad civil deriva por lo general de actos u omisiones propias. Esta regla general puede observarse nítidamente en las reglas de *responsabilidad subjetiva* y de *responsabilidad objetiva* —también denominada *responsabilidad por el riesgo*— previstas en los artículos 1910 y 1913 del Código Civil Federal<sup>1</sup> —en adelante CCF—. Respectivamente, cuando establecen que “[e]l que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo” y que “[c]uando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause”.

La responsabilidad que recae sobre la persona causante o autora material del daño —*responsable directa*— se ha denominado tradicionalmente *responsabilidad por hecho propio* o *responsabilidad directa*. Este tipo de responsabilidad constituye el punto de partida del estudio de los elementos que integran cualquier pretensión de daños.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

<sup>2</sup> V. el resto de los capítulos de este manual para una revisión minuciosa de dichos elementos.

Sin embargo, la responsabilidad por hecho propio no agota todos los supuestos de responsabilidad civil que pueden darse —y, de hecho, se dan hoy en día mayoritariamente— en la práctica. Los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales suelen regular, además de un régimen de responsabilidad por hecho propio, una serie de supuestos en los cuales la obligación resarcitoria recae sobre una persona distinta —la llamada *sujeto responsable o responsable indirecta*— de la persona causante material del daño. La responsabilidad por las acciones u omisiones llevadas a cabo por terceras personas se suele conocer con la denominación *responsabilidad por hecho ajeno, responsabilidad por hecho de tercero o responsabilidad indirecta*.

En el ordenamiento jurídico mexicano, este tipo de responsabilidad puede observarse en el CCF cuando regula la responsabilidad de los que ejercen la patria potestad por los daños causados por los hijos menores de edad que están bajo su tuición y guarda y que habitan con ellos;<sup>3</sup> también, la responsabilidad de las personas tutoras por los daños causados por aquellas personas sin acceso a su capacidad jurídica que tienen bajo su cuidado;<sup>4</sup> la de las y los directores de colegios, talleres o similares por los daños causados por las niñas, niños y adolescentes —NNA— que están bajo su vigilancia y autoridad;<sup>5</sup> y la del principal —personas morales, las y los maestros artesanos, personas propietarias y responsables de establecimientos mercantiles, titulares de casa y personas propietarias de hoteles o casas de hospedaje— por los daños causados por sus auxiliares —representantes legales, personas operarias, obreras, dependientes, sirvientes— en el ejercicio de sus funciones.<sup>6</sup> En todos estos casos, una persona está llamada a responder

<sup>3</sup> Código Civil Federal, arts. 1919 y 1922.

<sup>4</sup> *Ibid.*, arts. 1921 y 1922. En el citado artículo 1921 se habla de “incapacitados”. En lo siguiente se ha modificado este término por “personas sin acceso a su capacidad jurídica” de conformidad con lo dispuesto en el Amparo en Revisión 159/2013 y Amparo en Revisión 1368/2015. V. también Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, pp. 105 y ss.

<sup>5</sup> *Ibid.*, art. 1920.

<sup>6</sup> *Ibid.*, arts. 1918 y 1923-1926. En los citados artículos se habla de “maestros artesanos, patrones y dueños de establecimientos mercantiles, jefes de casa, dueños de hoteles y hospedajes y sus auxiliares: representantes legales, operarios, obreros, dependientes y sirvientes”. En lo siguiente se han modificado estos términos para adecuarlos al lenguaje inclusivo. Respecto al término “sirviente”, cabe aclarar que este no es usado en la actualidad para hacer referencia a aquellas personas que auxilian en los quehaceres de asistencia. Sin embargo, es así cómo aparece en el código vigente, por lo que se ha conservado.

civilmente de los daños causados por otra, con base en la existencia de vínculos de potestad, guarda, cuidado, vigilancia, control, dependencia o subordinación.

Además de los supuestos contemplados en el CCF, hay otras normativas de naturaleza civil, penal y administrativa que regulan casos de responsabilidad por hecho ajeno. Merece la pena destacar aquí el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de una actividad administrativa irregular que, en la actualidad, regula en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado<sup>7</sup> —en adelante, LRPE—. Asimismo, la obligación de la compañía aseguradora de hacer efectivo el pago al beneficiario de un seguro de responsabilidad civil cuando se materializa el riesgo cubierto por el mismo, de acuerdo con la Ley sobre el Contrato de Seguro<sup>8</sup> —en adelante, LCS—.

En este capítulo se estudiará, en primer lugar, el fundamento y la regulación general de la responsabilidad civil por hecho ajeno. A continuación, se analizarán aquellos supuestos concretos de responsabilidad civil por hecho ajeno que se basan en el especial vínculo o relación que existe entre la persona causante del daño y la responsable del mismo, así como los requisitos exigidos legalmente o jurisprudencialmente en cada uno de ellos para poder apreciar responsabilidad. Dicho análisis se centrará fundamentalmente en los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno previstos en el CCF y en el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado previsto en la LRPE, sin perjuicio de las referencias que puedan hacerse a lo largo del trabajo a la responsabilidad civil derivada de delito. El objeto de estudio será el derecho mexicano, pero también se incorporarán referencias —cuando la materia abordada así lo requiera— a la legislación, doctrina y jurisprudencia españolas, habida cuenta de las similitudes existentes entre ambas regulaciones. Por último, se describirá sucintamente al funcionamiento del sistema de cobertura voluntaria del riesgo y, en particular, cómo el denominado seguro de responsabilidad civil cubre los daños causados por sus asegurados.

No serán objeto de estudio en este capítulo otros mecanismos que podrían confundirse, por tener un tratamiento similar, con la responsabilidad por hecho

<sup>7</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 2004.

<sup>8</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 31 de agosto de 1935.

ajeno. Nos referimos, particularmente, a los supuestos de causación plural de daños en los cuales se establece la responsabilidad solidaria de los sujetos causantes de los mismos;<sup>9</sup> y también a aquellos supuestos en los que una persona resulta responsable como consecuencia de la transmisión de las obligaciones de la persona causante del daño; o a aquellos en los que el Estado prevé sistemas de ayudas públicas para garantizar la reparación de daños extraordinarios.

## II. Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil por hecho ajeno

### 1. Concepto de responsabilidad por hecho ajeno

Como se adelantó en el apartado introductorio, la teoría clásica del derecho de daños hace por regla general responsables a las personas por los daños que causan mediante sus acciones u omisiones —*responsabilidad por hecho propio o responsabilidad directa*—. Así puede observarse en el artículo 1910 del CCF, el cual señala “[e]l que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo”; también en el artículo 1913 que dice “[c]uando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas [...] está obligada a responder del daño que cause”.

Sin embargo, el derecho de daños también contempla supuestos en los que determinadas personas, debido a la especial posición en la que se encuentran respecto de la persona autora material del daño, responden por los hechos dañosos causados por aquella en caso de que concurren unos determinados requisitos —*responsabilidad por hecho ajeno, por hecho de tercero o responsabilidad indirecta*—. Así sucede, señaladamente, en los artículos 1918 y ss. del CCF, pero también en la LRPE y en la LCS, como analizaremos a lo largo de este capítulo. En la *responsabilidad por hecho ajeno* la obligación de resarcir recae, pues, sobre una persona —*sujeto responsable o responsable indirecta*— distinta de quien sea autora material del daño —*causante o responsable directa del daño*—.

---

<sup>9</sup> V. al respecto el capítulo VI, en los apartados III.3 y IV.2.

Como señalan Rico Álvarez *et al.* al estudiar la responsabilidad civil por hecho ajeno, “la doctrina distingue entre responsabilidad civil directa e indirecta en función de si el obligado a indemnizar es o no quien causó el daño. Es directa la responsabilidad en que coincide la persona del obligado con el autor del daño. Es indirecta aquella en que difieren”.<sup>10</sup> En el mismo sentido, en la doctrina española, Díez-Picazo y Gullón sostienen que “[l]a responsabilidad puede ser directa o indirecta. Es directa la que se impone a la persona causante del daño, y es siempre una responsabilidad por hechos propios. La responsabilidad indirecta se produce si se obliga al resarcimiento a una persona que no es agente productor del hecho u omisión dañoso, y es por hechos ajenos”.<sup>11</sup> Más recientemente, en el exhaustivo trabajo de Calle, la autora afirma lo siguiente:

[e]l deudor es el sujeto responsable o persona obligada a indemnizar el daño. Por regla general lo está en primer lugar el autor material del hecho dañoso, pero también existen casos en que se obliga a responder a quien, aun sin haber tenido una intervención directa en la realización de ese hecho, mantiene con su autor material una determinada relación que, a los ojos del legislador, justifica que se le haga responsable de las consecuencias de tal hecho. En el primer caso se habla de *responsabilidad por hecho propio* y, en el segundo, de *responsabilidad por hecho ajeno*.<sup>12</sup>

La distinción entre *responsabilidad por hecho propio* y *responsabilidad por hecho ajeno* también ha sido puesta de relieve por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —en adelante, SCJN— en el Amparo Directo 51/2013, de 2 de diciembre de 2015, y en el Amparo Directo 13/2017, de 16 de mayo de 2018. En sendos casos de responsabilidad civil médica, la SCJN se pronunciaba acerca de la existencia de varias modalidades de responsabilidad civil:

[A]unado a que cada persona responde por sus propios actos, en materia de responsabilidad civil se entiende que una persona puede hacerse responsable de los daños causados por otra en atención a la especial situación jurídica o fáctica que los vincula con ella. A este supuesto se le llama responsabilidad por hechos

<sup>10</sup> Rico Álvarez, *et. al.*, *Tratado teórico práctico de Derecho de obligaciones*, p. 398.

<sup>11</sup> Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, p. 529.

<sup>12</sup> Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno”, en *Tratado de responsabilidad civil*, vol. 1, apdo. II.

ajenos. El propio Código Civil para el Distrito Federal prevé en diversos numerales este tipo de asignación de responsabilidad.<sup>13</sup>

63. La responsabilidad civil posee diversas variedades, susceptibles de coexistir en no pocos casos, a saber: la contractual, la extracontractual, la responsabilidad por falta (culpa), la responsabilidad por el hecho ajeno, etcétera.

64. En la relación obligatoria a que da lugar la responsabilidad civil, el deudor es el sujeto responsable o persona obligada a indemnizar el daño; por regla general, lo está en primer lugar el autor material del hecho dañoso; pero también existen casos en que se obliga a responder a quien, sin haber tenido una intervención directa en la realización de ese hecho, mantiene con su autor material una determinada relación que, a los ojos del legislador justifica que se le haga responsable de las consecuencias de tal hecho, de suerte que ese tipo de responsabilidad puede generarse por el hecho propio o por un hecho ajeno.<sup>14</sup>

## 2. Precisiones terminológicas

Desde un punto de vista terminológico, la *responsabilidad por hecho ajeno* o por *hecho de tercero* también es denominada *responsabilidad indirecta* por un sector doctrinal y, más excepcionalmente, *responsabilidad refleja, mediata o de rebote*,<sup>15</sup> o *responsabilidad por otros*. Esta es, por ejemplo, la terminología utilizada en el capítulo VI de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil —PETL por sus siglas en inglés—, a los que nos referiremos más adelante en este trabajo.<sup>16</sup>

En ocasiones también se hace referencia a este tipo de responsabilidad utilizando, por influencia del *common law*, la expresión *responsabilidad vicaria*.<sup>17</sup> En la

<sup>13</sup> SCJN, Amparo Directo 51/2013.

<sup>14</sup> SCJN, Amparo Directo 13/2017. Nótese que la SCJN sigue casi literalmente la opinión de Gómez Calle, citada *supra* en n. 12.

<sup>15</sup> Cf. Pizarro, *Tratado de responsabilidad objetiva*, tomo II, p. 5; Gómez Calle, *op. cit.*, apdo. I.1.

<sup>16</sup> V. sobre esta terminología, Martín-Casals, “Una primera aproximación a los ‘Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil’”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, p. 7; Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los ‘Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil’ (PETL)”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, p. 494.

<sup>17</sup> V. por ejemplo, del Código civil de Puerto Rico de 2020, art. 1540, para algunas críticas al uso de esta terminología. V. también Bernabé, “Comentarios sobre la revisión al Código civil: responsabilidad civil extracontractual”, en *Revista Jurídica UPR*, pp. 15 y ss.

responsabilidad vicaria regulada en el *common law* se entiende que una persona es responsable del daño causado por otra, aunque no haya actuado negligente-mente. Como señala Fleming, “hablamos de responsabilidad vicaria cuando la ley responsabiliza a una persona por la culpa de otra, aunque esa persona esté libre de reproche o culpa”.<sup>18</sup>

De forma similar, Dobbs escribe que:

La responsabilidad vicaria es la responsabilidad por el daño causado por otra persona. [...] El tipo más común de responsabilidad vicaria se basa en el principio *respondeat superior*. Según este principio, los empleadores públicos y privados suelen ser responsables solidarios junto con el empleado por los daños que éste ha causado en el ejercicio de sus funciones.<sup>19</sup>

Por su parte, Cooter y Ulen afirman que:

Hay circunstancias en las que una persona puede ser considerada responsable por el hecho de otra. [...] La responsabilidad vicaria puede extenderse de un agente a su principal o de un hijo dependiente a un padre, pero el ejemplo más común de responsabilidad vicaria es el de la responsabilidad de los empleadores por los daños causados por sus empleados según la doctrina de *respondeat superior*.<sup>20</sup>

En los sistemas de *civil law*, la expresión *responsabilidad vicaria* es empleada por la doctrina en dos sentidos distintos. En sentido lato, se refiere a la obligación de una persona de responder por los daños causados por otra persona, sin más. Comprende de este modo tanto los supuestos en los que el sujeto legalmente responsable responde por culpa propia —un supuesto reconducible a la responsabilidad por hecho propio, por no haber observado la diligencia a la que venía

<sup>18</sup> Fleming, *The law of Torts*, cap. 19, p. 409. Traducción propia.

<sup>19</sup> Dobbs, *Law of Torts*, cap. 22, § 333, p. 905. Traducción propia.

<sup>20</sup> Cooter y Ullen, *Law and economics*, p. 244. Traducción propia. Sobre el fundamento de la responsabilidad vicaria desde la perspectiva del análisis económico del derecho v. *passim*, Sykes, “The economics of vicarious liability”, en *Yale Law Journal*; y Sykes “The Boundaries of vicarious liability: an economic analysis of the scope of employment rule and related legal doctrines”, en *Harvard Law Review*.

obligado respecto de la persona causante directa del daño—, como también aquellos en los que su culpa no es presupuesto de su responsabilidad. En cambio, la responsabilidad vicaria en sentido estricto hace referencia, por influencia de la *common law*, a la obligación de una persona de responder por los daños causados por otra, aunque el sujeto responsable no haya incurrido en ningún género de culpa o negligencia. De acuerdo con este segundo sentido, la responsabilidad vicaria se configuraría como una responsabilidad automática, que no encontraría su fundamento en el comportamiento culposo o negligente del sujeto a quien se imputa la responsabilidad, sino en la especial relación que existe entre este y aquella persona causante material del daño. Por ello se admite que el sujeto responsable pueda incurrir en responsabilidad aun cuando haya actuado con la diligencia debida.<sup>21</sup> Teniendo en cuenta lo anterior, los supuestos de responsabilidad vicaria se incluyen por regla general en la, mucho más amplia, categoría de la responsabilidad por hecho ajeno o por hecho de otro,<sup>22</sup> que será la expresión utilizada a lo largo de este capítulo.

### 3. Supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno

El modelo tradicional del derecho de daños diseñó los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual a partir de la categoría de la responsabilidad por hecho propio. Sin embargo, como han señalado algunos autores, la responsabilidad por hecho ajeno debería ser el punto de partida del derecho de daños moderno “porque, con diferencias de matiz, es común a todos los sistemas legales contemporáneos [...] y sobre todo porque, en la práctica legal de todos ellos, hay más casos de responsabilidad vicaria que de responsabilidad por hecho propio”.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> V. *passim*, Martín-Casals, “Una primera aproximación...cit”, pp. 17 y 18; Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, pp. 21-22; Peña López, “Artículo 1903 CC”, en *Comentarios al Código Civil*; Fernández Márquez, *Derecho de daños y responsabilidad vicaria del empleador (una aproximación desde el análisis económico del derecho)*, p. 114.

<sup>22</sup> Salvador y Gómez, “Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, p. 5; Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno...cit”, p. 494.

<sup>23</sup> Salvador Coderch, *et al.*, “Respondeat Superior I”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, p. 4.

Los supuestos que ponen en funcionamiento el régimen de responsabilidad por hecho ajeno vienen determinados por la ley con la excepción, claro está, del supuesto de cobertura voluntaria del riesgo a través del seguro de responsabilidad civil, al que nos referiremos en el último apartado de este capítulo. Así lo ha establecido la Primera Sala de la SCJN en el ya citado Amparo Directo 13/2017:

65. Esta última categoría [*responsabilidad por hecho ajeno*] resulta ser particularmente subjetiva, pues reposa sobre la existencia de nexos que unen al civilmente responsable y al responsable primario, de manera que, **a falta de una orden expresa de la ley, una persona no podría ser civilmente responsable de otra sin haber realmente aceptado ejercer su autoridad sobre ella, cuya responsabilidad constituye la contrapartida**; así, los padres han de reparar el daño causado por los hijos que estén bajo su guarda; los tutores, el causado por quien esté bajo su tutela y habite en su compañía; el titular o director de un establecimiento o empresa, el que ocasionen sus dependientes (esto es, las personas que estén en su ámbito de control y organización) en el servicio de los ramos en que los tuviera empleados, o con ocasión de sus funciones, es así que la doctrina suele destacar la relación de subordinación o dependencia que existe entre el autor material del hecho dañoso y el llamado a responder por él, al justificar la responsabilidad del último.

A pesar de lo anterior, debe advertirse que la regulación de la responsabilidad civil por hecho ajeno suele ser insuficiente. De ahí que, en este ámbito, la interpretación y aplicación que los tribunales llevan a cabo de esta regulación suele ser indispensable para determinar el alcance de las personas que deban responder por los hechos de otros, y los requisitos que deban concurrir en cada uno de los supuestos legalmente previstos para que pueda exigirse responsabilidad.

La forma de regular los diferentes supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, cuando este hecho constituye un ilícito civil, permite diferenciar dos tipos de códigos civiles: en algunos cuerpos normativos, los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno aparecen listados en un único precepto legal; otros ordenamientos, en cambio, dedican varios preceptos a regular tales supuestos. Con independencia de la fórmula utilizada, el denominador común de todos ellos es la existencia de una relación de potestad, guarda, custodia, vigilancia, control, dependencia o

subordinación —derivada de una relación familiar o asimilable, o de una relación laboral o profesional— entre la persona causante del daño y aquella responsable civilmente del mismo, que justifican que una persona deba responder por los daños causados por otra. Díez-Picazo señala que “la ordenación legal está suponiendo que el responsable se encontraba respecto del causante en una situación de supraordenación que le permitía controlar y corregir la actividad de aquél”.<sup>24</sup>

Entre los códigos civiles que adoptan la primera fórmula citada puede destacarse el Código civil español de 1889, cuyo artículo 1903 ha sido reformado en 2021 para su adaptación a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

**Artículo 1903 del Código civil español:** La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos

---

<sup>24</sup> Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil*, tomo V., cap. XIV. V. también García Varela, “La responsabilidad por hecho de otro”, en *Diario La Ley*; Peña López, 2013, *op. cit.*; Gómez Calle, *op. cit.*, apdo. V.1.2.

menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Esta fórmula también había sido utilizada por el Código civil francés o Código de Napoleón de 1804, cuya regulación tuvo una influencia notable —junto con otros códigos y posicionamientos doctrinales— en la redacción del CCF:

**Artículo 1384 del Código de Napoleón de 1804:**

Las personas son responsables no solo del daño causado por su propia acción, sino también del que se causare por la acción de personas de las que deban responder, o de cosas que estuviesen bajo su custodia.

En la medida en que ejerzan la patria potestad, el padre y la madre se responsabilizarán solidariamente del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos;

Los dueños y los mandantes, del daño causado por su personal doméstico y encargados en el marco de las funciones para las que los hubiesen empleado;

Los maestros y los artesanos, del daño causado por sus alumnos y aprendices mientras estuviesen bajo su supervisión.

La responsabilidad mencionada anteriormente se contraerá a menos que los progenitores, maestros y artesanos demuestren que no pudieron impedir el hecho que diese lugar a dicha responsabilidad.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Traducción propia.

En la actualidad, los supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno se encuentran previstos en varios preceptos del CCF:

**Artículo 1918.**- Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

**Artículo 1919.**- Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

**Artículo 1920.**- Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

**Artículo 1921.**- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado.

**Artículo 1922.**- Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

**Artículo 1923.**- Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomienden. En este caso se aplicará también lo dispuesto en el artículo anterior.

**Artículo 1924.**- Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros a dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia.

**Artículo 1925.**- Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo.

**Artículo 1926.**- En los casos previstos por los artículos 1923, 1924 y 1925 el que sufra el daño puede exigir la reparación directamente del responsable, en los términos de este Capítulo.

**Artículo 1928.**- El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

Esta es la fórmula que adoptan también los PETL, y el Borrador de Marco Común de Referencia de 2009 —en adelante, DCFR—. Ambos textos fueron elaborados durante la primera década del siglo XXI por grupos académicos europeos con el fin de identificar una serie de principios o reglas comunes de derecho privado, que pudieran servir de base para la ambiciosa tarea de armonizar los diferentes sistemas jurídicos europeos y, en último término, crear un Código civil europeo. Los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno previstos en el capítulo VI —*Responsabilidad por otros*— de los PETL y en el libro VI —*Responsabilidad extracontractual*— del DCFR se circunscriben a los de responsabilidad por los daños causados por NNA y personas bajo supervisión,<sup>26</sup> y a los de responsabilidad por los daños causados por auxiliares.<sup>27</sup> En el primer caso se establece un régimen de responsabilidad por culpa presunta con inversión de la carga de la prueba y, en el segundo, un régimen de responsabilidad vicaria.<sup>28</sup>

En cualquier circunstancia —como se ha avanzado en la introducción de este capítulo—, los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno no se agotan en la regulación civil, sino que deben completarse con los previstos en otras regulaciones. Así, en la regulación administrativa, debe destacarse la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad irregular.<sup>29</sup> Y, en la regulación penal, el régimen de responsabilidad civil derivada de delito previsto en los artículos 29 y

<sup>26</sup> PETL, art. 6:101; y DCFR, 3:104.

<sup>27</sup> PETL, art. 6:102; y DCFR, 3:201.

<sup>28</sup> V. para un análisis de esta regulación en los PETL, V. Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno... *cit.*”; Martín-Casals, “Una primera aproximación... *cit.*”; Gómez Calle, “Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, en *Política y derecho: retos para el siglo XXI*; y Gómez Calle, “La responsabilidad por otros en los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil y en el borrador del Marco Común de Referencia”, en *Noticias de la Unión Europea*.

<sup>29</sup> V. *infra*, apartado IV de este capítulo.

subsecuentes del Código penal federal,<sup>30</sup> especialmente, la regulación de la responsabilidad por hecho de otro que establece su artículo 32. Debe tenerse en cuenta también el artículo 60 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes,<sup>31</sup> aplicable a las personas que sean mayores de doce años, según el cual “[l]a persona adolescente tendrá la obligación de resarcir el daño causado a la víctima u ofendido [...] sin que provoque un traslado de responsabilidad hacia su padre, madre, representante legal o a algún tercero.”

Para poner fin a este apartado a continuación, cabe detenerse en el debate que desde hace años existe en la doctrina acerca del carácter excepcional, o no, de la responsabilidad civil por hecho ajeno.<sup>32</sup> Aunque dicho debate no puede disociarse del concreto marco normativo analizado, es posible identificar en la doctrina dos posiciones enfrentadas en torno a esta cuestión. Conforme a la posición clásica —hoy en día mayoritaria—, la responsabilidad por hecho ajeno tiene carácter excepcional y, por tanto, no caben supuestos distintos de los explícitamente previstos por el Poder Legislativo. Los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno constituyen una lista cerrada y, por ello, no es posible extenderlos por analogía a supuestos distintos de los contemplados por la ley. Entre los principales argumentos a favor de esta postura se encuentran, por un lado, la convicción de que existe un principio general de responsabilidad por hecho propio,<sup>33</sup> que no cuenta con un principio jerárquicamente equivalente aplicable a la responsabilidad por hecho ajeno; y, por otro lado, la consideración de que solo el Poder Legislativo puede imponer a una persona el deber legal de responder por los daños causados por otra.

Frente a esta posición, otro sector doctrinal minoritario entiende que entre la responsabilidad por hecho propio y la responsabilidad por hecho ajeno no media

<sup>30</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 1931.

<sup>31</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016.

<sup>32</sup> V. *passim* sobre este intenso debate, en España, De Ángel Yagüez, “Comentario al artículo 1903 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo II, p. 2006; Díez-Picazo y Gullón, *op. cit.*, p. 557; Santos Briz, “Comentario a los artículos 1903 y 1904 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIV; García Varela, *op. cit.*, y la doctrina allí citada; Díez-Picazo, *op. cit.*, cap. XIV, apdo. 2; Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil...*cit.*”, apdo. V.1.4 y la doctrina allí citada.

<sup>33</sup> V. el capítulo 6, apartado IV.1 de este mismo manual.

una relación del tipo *regla general-excepción*, sino que cada tipo de responsabilidad tiene su propio ámbito de aplicación y se rige por sus propios principios y presupuestos. Desde esta perspectiva, no sería correcto afirmar que la responsabilidad por hecho propio tiene la consideración de regla general y que la responsabilidad por hecho ajeno tiene carácter excepcional.<sup>34</sup> En consecuencia, de acuerdo con esta postura, nada impediría que dicha responsabilidad pudiera aplicarse analógicamente a otros supuestos en los cuales, por existir una relación de control, subordinación o dependencia, hubiera identidad de razón con los supuestos expresamente contemplados en la ley.

En el ordenamiento jurídico mexicano, la primera postura es dominante, tal como se desprende del ya citado Amparo Directo 13/2017: “a falta de una orden expresa de la ley, una persona no podría ser civilmente responsable de otra”. Sin embargo, ello no excluye que, dentro del supuesto legalmente previsto, pueda ampliarse el círculo de sujetos responsables y aplicar los preceptos legales correspondientes por analogía. De hecho, así puede observarse en el artículo 1920 CCF cuando permite exigir responsabilidad a personas distintas del cuerpo directivo de colegios y talleres que lleven a cabo funciones de vigilancia y guarda de NNA en centros educativos.

#### 4. Fundamento de la responsabilidad civil por hecho ajeno

El fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno es doble. Desde un punto de vista social, la responsabilidad por hecho de otro permite asegurar la reparación del daño sufrido por la víctima ante la eventualidad de que el autor directo del mismo resulte insolvente. Como afirman Salvador y Gómez:

[E]l responsable por hecho ajeno asume el riesgo de la insolvencia del causante del daño, los costes de su identificación y los de litigación con el resto de codeudores. Se trata de evitar que la insolvencia del causante del daño deje a la víctima

---

<sup>34</sup> Código Civil Federal, ex art. 11: “Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes”.

sin protección cuando hubo infracción de un deber de cuidado imputable a la persona que la Ley declara responsable.<sup>35</sup>

El análisis económico del derecho ha ido más allá en este argumento y, en el marco de la responsabilidad empresarial por los daños causados por los trabajadores, ha destacado la importancia de la responsabilidad por hecho ajeno como instrumento que permite minimizar el costo social de los accidentes.<sup>36</sup>

Lo anterior podría llevar a pensar que la culpa del sujeto civilmente responsable queda matizada en la responsabilidad por hecho ajeno. Así sucederá, sin duda, en aquellos ordenamientos jurídicos que opten por configurar la responsabilidad por hecho ajeno como una responsabilidad objetiva. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 1755 del Código Civil y Comercial Argentino:

**Artículo 1755 del Código Civil y Comercial Argentino:** Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643.

Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible.

Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

En cambio, en México como en muchos otros ordenamientos jurídicos, la posición doctrinal mayoritaria entiende que este tipo de responsabilidad es en realidad

---

<sup>35</sup> Salvador y Gómez, *op. cit.*, p.8. V. en un mismo sentido, Ossorio Serrano, “Responsabilidad por hechos ajenos y por daños causados por animales y cosas”, en *Curso de Derecho civil II*, p. 568.

<sup>36</sup> V. *passim* sobre la explicación funcional-económica de responsabilidad del empresario por los actos de los trabajadores, Salvador Coderch *et al.*, *op. cit.*; Salvador y Gómez, *op. cit.*; más recientemente, Fernández Márquez, *op. cit.*, cap. III; Gómez Ligüerre y Milá Rafel, “Capítulo 10. Responsabilidad por hecho ajeno”, en *Derecho de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*.

una *responsabilidad por hecho propio* emparentada con la especial relación o vínculo que existe entre la persona causante del daño y la persona que de acuerdo con la ley debe responder del mismo, de la cual se derivan una serie de deberes a cargo de esta última. Desde esta perspectiva, la razón por la cual unas personas determinadas legalmente deben responder de los daños causados por otras no es otro que su propia culpa —ya sea *in vigilando*, *in educando*, *in custodiando* o *in eligendo*, por haber incumplido sus deberes de diligencia relativos a la vigilancia, educación, custodia o elección—. Pues se entiende que ha propiciado, aunque sea indirectamente e incluso por omisión, que otra persona respecto de la cual tenía un especial deber de cuidado o guarda haya causado un daño.<sup>37</sup>

Esta culpa propia se traduce, en el caso de los padres y tutores,<sup>38</sup> en una defectuosa vigilancia y educación de los hijos de los que tiene a cargo el ejercicio de la patria potestad y que habitan con ellos, o de las personas sin acceso a su capacidad jurídica que tienen bajo su cuidado. En el caso del cuerpo directivo de colegios, de talleres o similares,<sup>39</sup> la culpa proviene de una defectuosa organización y funcionamiento del mismo. Y, en el caso de las personas morales o jurídicas, las y los maestros artesanos, personas titulares y responsables de establecimientos mercantiles, titulares de casa o personas propietarias de hoteles o casas de hospedaje,<sup>40</sup> esta se traduce en una defectuosa vigilancia, elección o dirección de sus representantes legales, personas operarias, obreras, dependientes o sirvientes, respectivamente.

Entonces, el régimen de responsabilidad por hecho ajeno establece un régimen de responsabilidad por culpa. Sin embargo, este presenta una especialidad, pues la culpa del sujeto responsable se presume *iuris tantum*; o mejor dicho se invierte la carga de la prueba de la culpa, de manera que es la persona demandada quien debe probar que actuó con la diligencia que le era exigible a fin de exonerarse de

<sup>37</sup> V. *passim*, Santos Briz, *op. cit.*; Quesada Sánchez, “Responsabilidad civil de padres o tutores y centros docentes. Algunos supuestos fronterizos y polémicos”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, p. 2358; Peña López, *op. cit.*; Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil... *cit.*”, apdo. V.1.2; Ossorio Serrano, *op. cit.*, p. 568; Medina Villanueva, *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*, p. 100.

<sup>38</sup> Código Civil Federal, arts. 1919 y 1921.

<sup>39</sup> *Ibid.*, art. 1920.

<sup>40</sup> *Ibid.*, arts. 1918, 1922-1925.

responsabilidad.<sup>41</sup> Esta idea es avalada por el artículo 1922 CCF cuando dispone que “[n]i los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos”. La regla se extiende también, *ex artículo* 1923 CCF, a las y los maestros artesanos en relación con los daños causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomienden. Asimismo, la responsabilidad de las personas propietarias y responsables de establecimientos mercantiles por los daños y perjuicios causados por su personal obrero y dependientes cesa “si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia”.<sup>42</sup> El tenor literal del CCF permite, pues, concluir que el régimen de responsabilidad por hecho ajeno que prevé este código es un régimen de culpa presunta; pues de otro modo carecería de sentido que el sujeto responsable pudiera exonerarse de responsabilidad acreditando el cumplimiento de la diligencia que le era exigible.

Ha señalado Díez-Picazo que “esta inversión de la carga de la prueba era uno de los medios por los cuales se producía en la responsabilidad extracontractual de carácter general una cierta dosis de objetivación de la responsabilidad”.<sup>43</sup> A lo anterior debe añadirse que la negativa sistemática de algunos tribunales a considerar probada la diligencia, por exigir una prueba muy rigurosa al respecto, ha llevado a algún sector doctrinal y jurisprudencial a defender que la responsabilidad por hecho ajeno es en la práctica una responsabilidad vicaria, objetiva o casi objetiva. Sin embargo, y sin perjuicio de que en algunos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno previstos en la ley —particularmente, la responsabilidad del principal por los hechos de sus auxiliares— probablemente fuera deseable el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva propiamente dicha,<sup>44</sup> esta interpretación no parece deducirse de la literalidad del CCF.

<sup>41</sup> V. *passim* Díez-Picazo y Gullón, *op. cit.*, p. 554; Santos Briz, *op. cit.*; Díez-Picazo, *op. cit.*, cap. XIV, apdo. 1; Peña López, *op. cit.*; Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil... *cit.*”, apdo. V.1.2, y la doctrina allí citada; Medina Villanueva, *op. cit.*, p. 100.

<sup>42</sup> Código Civil Federal, art. 1924.

<sup>43</sup> Díez-Picazo, *op. cit.*, cap. XIV, apdo. 1.

<sup>44</sup> Cf. en este sentido, Solé Feliu, *op. cit.*, pp. 36-43; Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil... *cit.*”, apdo. V.1.2; V. asimismo, PETL, art. 6; y DCFT, art. VI-3:201.

## 5. Caracteres de la responsabilidad civil por hecho ajeno

La responsabilidad civil por hecho ajeno se suele configurar, por un lado, como una *responsabilidad directa* y, por otro lado, como una responsabilidad *subjetiva*.

La responsabilidad por hecho ajeno es una *responsabilidad directa*, y no subsidiaria.<sup>45</sup> Por consiguiente, puede hacerse valer directa y exclusivamente contra el sujeto civilmente responsable, sin necesidad de actuar previa o simultáneamente frente al causante del daño. Como señala expresamente el artículo 1926 CCF, en relación con los supuestos de responsabilidad del principal por los hechos de sus auxiliares previstos en los artículos 1923, 1924 y 1925 CCF, “el que sufra el daño puede exigir la reparación directamente del responsable”. Ello no impide que la persona causante material del daño también pueda ser demandado por culpa propia y que ambos sujetos puedan ser condenados solidariamente a reparar el daño sufrido por la víctima. La Sala Civil del Tribunal Supremo español tuvo la oportunidad de pronunciarse precisamente sobre esta cuestión en su sentencia de 13 de junio de 2007, en la que se discutía la responsabilidad derivada del accidente que había sufrido un menor en unas instalaciones deportivas:

[L]a responsabilidad por hecho ajeno, aunque propiamente no es una responsabilidad solidaria, es sin embargo directa, y como tal produce frente a la parte acreedora un efecto similar.

Por otro lado, —en cualquier caso—, la causa básica determinante de la culpa extracontractual, y consiguiente responsabilidad civil por el resultado dañoso producido, es la falta de anclaje o sujeción de la portería, y en tal omisión concurren el Ayuntamiento y el encargado de mantenimiento y vigilancia. No hay razón para un tratamiento diferente, ni para establecer una individualización que se traduzca en un coeficiente distinto, y ello es así se tome en cuenta el dato de la contribución causal —hay unidad de causa—, o el de la culpabilidad —grado de negligencia—.

<sup>45</sup> Cf. en este sentido, entre otros, Díez-Picazo y Gullón, *op. cit.*, p. 554; Santos Briz, *op. cit.*; García Varela, *op. cit.*; Quesada Sánchez, *op. cit.*, p. 2358; Peña López, *op. cit.*; Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil...*cit*”, apdo. V.1.2.

Por ello está plenamente justificada la responsabilidad “in solidum” frente al acreedor.

A pesar de lo anterior, nada obsta a que el Poder Legislativo —en función de los intereses en juego; la naturaleza del vínculo entre la persona causante del daño y la responsable del mismo; y la naturaleza civil, penal, administrativa, etcétera de la regulación que resulte de aplicación—, pueda configurar la responsabilidad por hecho ajeno como una *responsabilidad subsidiaria*, de manera que únicamente pueda accionarse contra el sujeto responsable si la persona causante del daño no responde o no puede responder del mismo. Este tipo de responsabilidad se establecía en el antiguo artículo 1928 CCF en relación con la responsabilidad del Estado por los daños causados por sus funcionarios, hasta la reforma operada por el Decreto de reformas, adiciones y derogaciones de 1 de enero de 1994, y en el artículo 1927 CCF, hasta su derogación el 31 de diciembre de 2004.<sup>46</sup>

Además, la responsabilidad por hecho ajeno en el CCF es una responsabilidad *subjetiva* y, concretamente, una responsabilidad por culpa presunta o con inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, carecería de lógica hacer responder a alguien por una conducta diligente llevada a cabo por otro. Por ello, para que nazca la responsabilidad por hecho ajeno, es necesario que el acto dañoso llevado a cabo por la persona causante material del daño sea “objetivamente negligente”.

La configuración de la responsabilidad por hecho ajeno como una responsabilidad por culpa propia, con las características analizadas en los capítulos anteriores de este manual, comporta admitir que el sujeto responsable puede exonerarse de responsabilidad por las causas generalmente previstas. Particularmente, cuando se produzca una interrupción del nexo causal, ya sea porque el daño ha sido consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, o porque un tercero o la propia víctima han contribuido a la producción del mismo, o cuando el propio sujeto responsable consiga acreditar que observó la diligencia que le era exigible para evitar el daño.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> V. para más información sobre esta cuestión, el apartado V de este capítulo.

<sup>47</sup> Código Civil Federal, arts. 1922, 1923 y 1924.

## 6. Derecho de repetición

El artículo 1928 CCF reconoce a favor del sujeto civilmente responsable un derecho de repetición contra la persona causante material del daño a fin de poder recuperar las cuantías satisfechas por razón de los daños y perjuicios causados: “[e]l que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado”.<sup>48</sup>

El tenor literal del precepto evidencia dos cuestiones. Por un lado, que el derecho de repetición no se reconoce en todos los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno regulados en el CCF. La acción de repetición únicamente se prevé en favor de la empresa —en la que podría incluirse la empresa docente— frente a su personal empleado o dependientes; no, en cambio, a favor de los que ejercen la patria potestad y de los tutores. Por otro lado, como sucede en otros ordenamientos que cuentan con una norma similar,<sup>49</sup> el artículo analizado presenta algunos problemas de coordinación con el régimen de responsabilidad por culpa propia del sujeto responsable.<sup>50</sup> En efecto, si la ley establece que el sujeto civilmente responsable —cuya culpa se presume y cuya diligencia no habrá podido acreditar para exonerarse de responsabilidad— debe responder de los daños causados por su auxiliar, no acaba de entenderse el sentido del precepto cuando permite que el sujeto responsable pueda repetir posteriormente de la o el sirviente, persona empleada u operario “lo que hubiere pagado”, esto es, la totalidad de lo que hubiera satisfecho a la víctima del daño. Desde esta perspectiva, parece incongruente que, una vez constatada la culpa propia del sujeto responsable, se

---

<sup>48</sup> En relación con la referencia al “funcionario”, téngase en cuenta el régimen de la LRPE. Sobre el derecho del Estado de repetir contra los servidores públicos, v. LRPE, art. 31.

<sup>49</sup> V. Código civil español, art. 1904: “El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

Cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir del profesorado las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño”.

<sup>50</sup> V. para un estudio de estos problemas de coordinación en la doctrina española, Roca i Trias, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*; Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil... cit.”, apdo. V.1.3; Yzquierdo Tolsada, “Capítulo VIII. Los factores de atribución (II). En la responsabilidad por actos ajenos”, en *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*.

acabe convirtiendo a la o el autor material del daño en el responsable último de todos los daños sufridos por la víctima.

En el ordenamiento jurídico español, donde se ha debatido extensamente sobre esta cuestión, la doctrina ha propuesto varias posibles interpretaciones del derecho de repetición a fin de encontrar su encaje en el sistema.<sup>51</sup> Algunas personas han intentado conciliar la responsabilidad por culpa propia del sujeto responsable con el derecho de repetición afirmando que este debiera circunscribirse a aquella parte que corresponde a la persona empleada o dependiente una vez ponderadas las culpas respectivas. Otras han optado por negar que la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes sea una responsabilidad por culpa y se han decantado por aproximaciones que defienden la existencia de una responsabilidad vicaria. Desde esta perspectiva, nada impediría que la persona principal que hubiera satisfecho la indemnización de manera automática pudiera repetir con posterioridad todo lo pagado contra la persona dependiente que actuó negligentemente. Como señala Yzquierdo Tolsada:

[E]l 1904 sólo se entiende prescindiendo de toda idea de responsabilidad por culpa (por muy presunta que ésta sea), y pensando que no es sino una manifestación más de la teoría del riesgo empresarial y de la responsabilidad vicaria o de sustitución: la empresa responde porque es empresa, incluso aunque no haya mediado culpa por parte de su titular. (...) Al empresario le queda siempre la posibilidad de evitar la responsabilidad aportando, eso sí, la prueba del caso fortuito o de que no existe relación entre el hecho del dependiente y la esfera de sus actividades como tal dependiente; y, como *premio de consolación*, una vez pagada la indemnización, la acción de reintegro contra el propio trabajador.<sup>52</sup>

Por último, también hay personas autoras que, partiendo del fundamento culpabilístico de la responsabilidad por hecho ajeno, han sostenido que en el plano interno el único llamado a responder es a la persona autora material del daño. Dentro de este grupo se encuentra Gómez Calle, quien afirma que:

<sup>51</sup> Tales interpretaciones son analizadas detalladamente por Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil... *cit.*”, apdo. V.1.3.

<sup>52</sup> Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 347 y 348.

[C]reo que del juego de los arts. 1903 y 1904.I CC resulta lo siguiente: de un lado, se amplían las posibilidades del perjudicado de obtener un resarcimiento, por lo que, frente a él responden, además de los dependientes que hubieran causado el daño culposamente, el empresario que hubiera contribuido a ello con su propia actitud negligente, reveladora de un defecto en el funcionamiento de la empresa; mas, en el plano interno y definitivo, el único llamado a responder es el causante material y directo del daño, contra el que el empresario puede repetir por todo lo pagado. La negligencia del empresario se sanciona haciéndole responsable en primera instancia, e incluso definitivamente, si no repite o lo hace sin éxito por insolvencia del dependiente; así, el riesgo de insolvencia del agente directo del daño recae sobre él, lo que también supone un claro beneficio para el perjudicado.<sup>53</sup>

### III. Supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno

#### 1. Responsabilidad civil de los padres y tutores por los daños causados por NNA y personas sin capacidad jurídica

La responsabilidad civil de los padres y tutores por los daños causados por NNA y personas sin capacidad jurídica ha sido estudiada con atención por la doctrina,<sup>54</sup> que parte de la premisa de que la condición de menor de edad o de incapacidad jurídica no impide su imputabilidad a efectos de responsabilidad civil por hecho propio cuando sea capaz de culpa civil. Así lo establece el artículo 1911 CCF

<sup>53</sup> Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil... *cit.*”, apdo. V.1.3.

<sup>54</sup> En España, v, entre otros muchos, López Beltrán de Heredia, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*; Gómez Calle, *La responsabilidad civil de los padres*; Navarro Michel, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*; Abril Campoy, “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*; Gómez Calle, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, en *Tratado de responsabilidad civil*; Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*; Rogel Vide, *Responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos: En torno al artículo 1903 del Código Civil*; en relación con la regulación del CCF, Fernández Fernández, “La responsabilidad civil de los responsables de los menores de edad”, en *Homenaje al doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo*; Oliva Gómez, “La responsabilidad civil de los padres en la familia de acogimiento, por los daños causados por los hijos acogidos en el sistema jurídico mexicano”, en *Revista de Derecho*.

cuando regula la responsabilidad personal, “el incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922”. A pesar de lo anterior, lo habitual será que la víctima del daño accione contra las personas que ejercen la patria potestad sobre NNA,<sup>55</sup> o contra las o los tutores que cuidan de las personas sin acceso a su capacidad jurídica,<sup>56</sup> ante la eventual falta de recursos de la persona autora material del daño.

El artículo 1919 CCF se ocupa de la responsabilidad de los que ejercen la patria potestad por los daños causados por sus hijos debajo de la mayoría de edad, “[l]os que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de NNA que estén bajo su poder y que habiten con ellos”. El análisis de este precepto evidencia que, para que prospere la acción de responsabilidad civil, deben concurrir una serie de requisitos:

- En primer lugar, el precepto llama a responder a “los que ejerzan la patria potestad”.<sup>57</sup> Entonces, se entiende que la responsabilidad por los actos dañosos de los hijos recae sobre ambos progenitores, en consonancia con el ejercicio conjunto de la patria potestad<sup>58</sup> y como una manifestación de la igualdad que hay entre ellos. Quedan excluidos del ámbito de aplicación del precepto aquellos progenitores cuya patria potestad se haya extinguido.<sup>59</sup>
- En segundo lugar, el precepto señala que los que ejercen la patria potestad deben responder de los daños y perjuicios causados por los “actos de los menores”. En efecto, los progenitores únicamente son responsables de los daños causados por sus hijos mientras son “menores”

<sup>55</sup> Código Civil Federal, art. 1919.

<sup>56</sup> *Ibid.*, art. 1921.

<sup>57</sup> *Cf.* Código civil español, art 1903, que se refiere a los “padres”; PETL, art. 6:101, que imputa responsabilidad a “[l]a persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica”; y DCFR, art. VI-3:104, que hace responsables a “[l]os padres y demás personas legalmente obligadas a velar por un menor de catorce años”.

<sup>58</sup> Código Civil Federal, art. 414.

<sup>59</sup> *V. ibid.*, arts. 444 y ss.

de edad, pues únicamente estos se encuentran sometidos a su patria potestad y, por tanto, están bajo su cuidado.<sup>60</sup>

Además, es necesario que el comportamiento dañoso de la hija o el hijo menor de edad sea objetivamente negligente, esto es, un tipo de comportamiento que, de haber sido realizado por un adulto, generaría responsabilidad.<sup>61</sup> Este requisito encuentra su justificación, como señala Gómez Calle, en el hecho de que “los padres no están obligados a prevenir los actos objetivamente diligentes de sus hijos, y [...] sería peregrino hacerles responder [...] por un daño del que no responderían [...] de haberlo causado directamente ellos mismos”.<sup>62</sup> Ello no significa que, para que haya responsabilidad por hecho ajeno, el hijo deba ser considerado responsable por hecho propio *ex art. 1910 CCF* o que la o el hijo deba ser inimputable civilmente, pues los padres responden por culpa propia.<sup>63</sup>

- En tercer lugar, el precepto requiere que las y los NNA se encuentren bajo la vigilancia y cuidado de sus progenitores, como se desprende de la exigencia de “que estén bajo su poder y que habiten con ellos”.<sup>64</sup> Este requisito se traduce en la necesidad de que las infancias se encuentren bajo la guarda y custodia de sus progenitores y convivan con ellos, pues solo de este modo puede llevarse a cabo aquella vigilancia. La convivencia forma parte del contenido de la patria potestad ya que, “mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad

<sup>60</sup> V. *ibid.*, art. 412 en relación con art. 443, que señala que la patria potestad se acaba por la mayor edad de la o el hijo y, por tanto, cuando la o el NNA alcanza los dieciocho años *ex art. 646 CCF*.

<sup>61</sup> V. DCFR, art. VI-3:104 (1), que llama a los padres a responder del daño “si el menor lo causó mediante una conducta que, de haber sido llevada a cabo por un adulto, sería dolosa o culposa”.

<sup>62</sup> Gómez Calle, “Responsabilidad de padres...*cit.*”, apdo. I.1.2.1. En un mismo sentido, Fernández Fernández, *op. cit.*, p. 129.

<sup>63</sup> V. el capítulo 3, en el apartado III.4 de este manual.

<sup>64</sup> Cf. Código civil español, art. 1903, que utiliza una expresión más amplia al exigir que las infancias “se encuentren bajo su guarda”, sin que sea necesaria la convivencia; asimismo, PETL, art. 6:101, que hace referencia a la “persona que tiene a su cargo a otra persona”; y DCFR, art. VI—3:104 (1), que alude a la idea de supervisión.

competente”.<sup>65</sup> Esta convivencia se configura, asimismo, como un derecho de los que ejercen la patria potestad, también en los casos de separación.<sup>66</sup>

- En cuarto lugar, la convivencia es la base fáctica de la guarda y vigilancia que llevan a cabo las madres y padres sobre sus hijos, y que justifica que aquellos sean responsables civiles por los actos ilícitos de estos. La responsabilidad de madres y padres es, desde esta perspectiva, una responsabilidad directa —aunque nada impide que la NNA civilmente imputable esté llamado a responder solidariamente junto con estos— y por culpa propia, encontrándose su fundamento en su *culpa in vigilando* o *in educando*, que se presume *iuris tantum*. Ello explica que madres y padres puedan exonerarse de responsabilidad “si probaren que les ha sido imposible evitar [los daños]”.<sup>67</sup> Por ejemplo, porque las o los NNA se encontraban bajo la vigilancia y autoridad de un centro educativo.<sup>68</sup> En cambio, el precepto niega que las madres o los padres puedan exonerarse de responsabilidad porque el daño no haya sucedido en su presencia, si resulta que no ejercieron suficiente vigilancia. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo español, Sala Civil, en su sentencia de 7 de enero de 1992, cuando afirmó que no puede exonerar de responsabilidad:

[...] el dato de no hallarse presentes el padre o madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio [...] se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad.

<sup>65</sup> Código Civil Federal, art. 421.

<sup>66</sup> *Ibid.*, arts. 416: “[e]l otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor”; y art. 417: “[l]os que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

<sup>67</sup> *Ibid.*, art. 1922.

<sup>68</sup> *Ibid.*, art. 1920.

La negativa de los tribunales a considerar probada la diligencia de los padres ha llevado a cuestionar si la responsabilidad de estos por los daños causados por sus hijos es una responsabilidad por culpa o, por el contrario, debiera ser considerada una responsabilidad objetiva o cuasi objetiva.<sup>69</sup>

En cuanto a la responsabilidad de las o los tutores por los daños causados por personas sin acceso a su capacidad jurídica<sup>70</sup> nos remitimos en todo lo que resulte de aplicación a lo comentado anteriormente respecto de los que ejercen la patria potestad.

## 2. Responsabilidad civil del cuerpo directivo de centros educativos por los daños causados por el alumnado menor de edad

La responsabilidad civil de los centros docentes por los daños causados por su alumnado que no ha alcanzado la mayoría de edad ha sido objeto de un estudio doctrinal exhaustivo en las últimas décadas. Especialmente en España, cuyo artículo 1903 del Código civil regula la responsabilidad civil de los centros docentes de forma similar al CCF, “Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> En contra de la configuración de la responsabilidad de los padres como objetiva, v. Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno... *cit.*”, p. 500, para quien “un régimen de responsabilidad objetiva [...], si bien podría tener alguna justificación en los casos de menores de corta edad, sería contrario al imperativo ético de hacer responder a los adolescentes por sus propios actos y de eximir a los padres de las graves consecuencias que puede comportar una falta de vigilancia y control que, a partir de cierta edad y en determinadas circunstancias, resulta prácticamente imposible”.

<sup>70</sup> Regulada en Código Civil Federal, art. 1921: “[l]o dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado”.

<sup>71</sup> Entre los estudios dedicados a la responsabilidad civil de los centros docentes pueden destacarse los de Moreno Martínez, *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*; Atienza Navarro, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*; Sanjuan y Muñoz, *De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del centro docente*:

En el artículo 1920, el CCF establece que “[c]esa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior [responsabilidad de los que ejercen la patria potestad], cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata”. Para que pueda exigirse responsabilidad a las y los directores de centros educativos deben, pues, concurrir los requisitos siguientes:

- En cuanto al ámbito de aplicación del artículo 1920 CCF, debe entenderse que el precepto regula la responsabilidad civil de los centros docentes. La norma se refiere expresamente a los colegios y talleres, pero la utilización del término “etcétera” permite exigir responsabilidad a las o los directores de cualquier otra institución que imparta docencia a NNA. De este modo, parece que las mismas reglas podrán ser de aplicación a las y los maestros artesanos por los daños causados por sus aprendices.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el precepto no permite exigir responsabilidad al centro docente por hecho propio o al cuerpo docente del centro —que, sin embargo, podrá ser demandado por hecho propio o, en su caso, ser incluido en el ámbito de la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes *ex* artículo 1924 CCF—.

- Desde un punto de vista subjetivo, el precepto establece que el sujeto que debe responder de los daños causados por NNA es la persona directora del colegio, taller o similar<sup>72</sup> pues, como señala Quesada Sánchez:

[E]s la persona a la que compete la organización de dicho centro, lo que encierra tanto la elección del profesorado y demás personal, como

---

evolución y situación actual (análisis civil, penal y administrativo de la cuestión); Lasarte Álvarez *et al.*, *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*; Gómez Calle, “Responsabilidad de padres...*cit.*”; Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*

<sup>72</sup> Cf. Código civil español, art. 1903, que se refiere al “titular del centro docente”.

su control diario, la ordenación del calendario de actividades (escolares, extraescolares y complementarias), así como la gestión y mantenimiento de las instalaciones y materiales, para que todo esté en perfectas condiciones”.<sup>73</sup>

La persona causante del daño debe ser alguien del alumnado, menor de edad, perteneciente al centro educativo —o ajeno al mismo, siempre y cuando los daños se produzcan en actividades organizadas bajo la dirección de su centro—. <sup>74</sup> Como sucedía en la responsabilidad de padres y tutores, la o el NNA causante de los daños debe llevar a cabo un hecho dañoso que sea objetivamente negligente.

Por último, se entiende que la víctima del daño debe ser otra persona, ya sea otro miembro del alumnado, del personal del centro o incluso un tercero.

- De acuerdo con el tenor literal del artículo 1920 CCF, el cuerpo directivo del centro únicamente responde de los daños causados por NNA cuando estos se encuentren bajo su “vigilancia y autoridad”, una circunstancia que se entiende producida desde el momento en el que entran en las dependencias del centro y hasta que las abandonan cuando finaliza la jornada escolar. Sin embargo, dicha jornada ha sido interpretada por doctrina y jurisprudencia en sentido amplio y, desde esta perspectiva, parece irrelevante que los daños se produzcan en el interior o exterior del centro educativo o en el transcurso de actividades escolares, extraescolares o complementarias. Pues aquello que determina la responsabilidad civil del director del centro es la existencia de vigilancia y tuición sobre las y los NNA. Como afirma Quesada Sánchez:

<sup>73</sup> Quesada Sánchez, *op. cit.*, p. 2362. En un mismo sentido, Gómez Calle, “Responsabilidad de padres... *cit.*”, apdo. II.

<sup>74</sup> *V. id.* obre la posibilidad de aplicar analógicamente el precepto a mayores de edad sin acceso a su capacidad jurídica.

[L] a responsabilidad debe incluir los actos que realice el alumno durante las actividades estrictamente docentes, pero también en franjas inevitablemente conexas, como pueden ser el tiempo del transporte escolar [...], la entrada al centro [...], el periodo que transcurre antes de comenzar las clases y el de los intermedios entre clase y clase, durante las clases en sí mismas y mientras se espera para que comiencen [...], en el recreo [...], después de finalizada la jornada y antes de ir al comedor [...], durante la comida o mientras los alumnos abandonan el centro [...], así como mientras se realicen actividades organizadas por el centro. [...] También debe responder el centro docente por aquellos daños causados fuera del centro si el alumno se hubiera escapado o estuviese fuera del centro como consecuencia de la actuación negligente de los docentes [...], e incluso en aquellos supuestos en los que los alumnos están dentro del centro pero fuera de la jornada escolar o en días no lectivos, si el centro realiza actividades extraescolares en esos momentos [...] (o también en aquellos momentos en los que el centro está abierto fuera de hora escolar) [...]. Además de todos esos supuestos indicados, es necesario incluir dentro de estos casos de responsabilidad del centro aquellos en los que se produzcan los daños fuera de las instalaciones del centro, pero mientras se desarrolla una actividad o se presta un servicio organizado por el mismo [...]. Si el menor está ya al margen de la actividad del centro y fuera de su órbita de actuación, no puede imputarse a éste responsabilidad alguna.<sup>75</sup>

- La o el director del centro educativo tiene una responsabilidad directa y por culpa propia, ya sea como consecuencia de una defectuosa organización del servicio docente, de una selección incorrecta del profesorado o de una deficiente autoridad sobre las y los NNA. Se entiende que esta responsabilidad es compatible con la de los padres, cuya culpa *in educando* seguirá vigente con independencia de quién tenga la vigilancia efectiva del menor y cuya culpa *in vigilando* podrá darse en los momentos previos a su traspaso al centro docente.

---

<sup>75</sup> Quesada Sánchez, *op. cit.*, pp. 2426-2427.

En relación con el contenido de la culpa propia del centro docente, la Primera Sala de la SCJN ha establecido lo siguiente en el Amparo Directo 35/2014, de 15 de mayo de 2015, que resolvía un caso de *bullying* escolar:

De acuerdo a dicha normatividad, así como al entendimiento expansivo de los derechos de los niños, esta Primera Sala considera que los centros docentes tienen la indubitada responsabilidad de garantizar espacios seguros para que los menores puedan cursar sus estudios libres de agresiones y vejaciones. La adecuada supervisión y vigilancia de lo que ocurre en los centros escolares es algo legítimamente exigible a profesores y directivos. Por tanto, no es exagerado hacerlos responsables por los daños que los menores hayan sufrido bajo su cuidado, mismos que pudieron evitarse si el centro escolar hubiera actuado diligentemente.

La Primera Sala de la SCJN también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la carga de la prueba de la culpa en tales supuestos. Es ilustrativo en esta materia el Amparo Directo 5/2016, de 14 de junio de 2017. En este caso, un infante de un preescolar se había golpeado la frente al romperse su silla; se había golpeado la espalda y el pómulo cuando se encontraba en el área de juegos sin supervisión de una persona adulta, y había sufrido daños al caérsele una puerta de vidrio en la cabeza cuando nuevamente se encontraba sin supervisión. Asimismo, la directora del centro le había cortado el cabello como castigo por no querer cantar y, además, había omitido contratar a una profesora o profesor para el grupo en el que estaba inscrito. La SCJN afirmó que, en los casos donde se reclamen daños originados por la prestación de servicios educativos, debe satisfacer la carga de la prueba la parte que dispone de los medios de prueba o puede producirla o aportarla al proceso a un menor costo:

43. En el marco de la responsabilidad civil exigida a los centros educativos y autoridades escolares que estuvieran a cargo del cuidado de los niños, esta Primera Sala ha acuñado una dinámica de distribución de

cargas probatorias, en vista de los principios de “facilidad probatoria”, y a la dificultad para la víctima de probar un hecho negativo: que el centro educativo no cumplió con los deberes que tenía a su cargo. De acuerdo a los cuales, debe satisfacer la carga de la prueba la parte que dispone de los medios de prueba o puede producirla o aportarla al proceso a un menor costo para que pueda ser valorada por el Juez”.<sup>76</sup>

### 3. Responsabilidad civil del principal por los daños causados por sus dependientes

Los artículos 1918 y del 1923 al 1925 del CCF regulan varios supuestos de responsabilidad del principal por los daños causados por sus auxiliares. Así, el artículo 1918 establece la responsabilidad de las personas morales por los daños y perjuicios causados por sus representantes legales; el artículo 1923, la de las y los maestros artesanos por los daños y perjuicios causados por sus personas operarias; el artículo 1924, la de las personas propietarias y responsables de establecimientos mercantiles por los daños y perjuicios causados por el personal obrero o dependientes; y el artículo 1925, la de las personas titulares de casa o las personas propietarias de hoteles o casas de hospedaje por los daños y perjuicios causados por sus sirvientes. En todos estos casos, la responsabilidad del principal —ya sea una persona física o una persona moral— encuentra su fundamento, por un lado, en el hecho de que es dicho principal quien se beneficia del riesgo creado por sus dependientes; y, por otro lado, en el hecho de que es el principal quien tiene las funciones de dirección y vigilancia de aquellos. En este sentido, la Primera Sala de la SCJN, en el Amparo en Revisión 584/2013, de 5 de noviembre de 2014,<sup>77</sup> que resolvía un caso de mala praxis médica, ha afirmado que:

262. En el supuesto de la responsabilidad por hechos del personal de servicios (domésticos) y empleados, la doctrina ha señalado que bien puede tratarse de una culpa presunta en la generación de daños, ya sea por la elección o bien por la ausencia de vigilancia; asimismo que se parte de la teoría de representación, en

<sup>76</sup> V. también, el ya citado Amparo Directo 35/2014.

<sup>77</sup> V. un comentario a esta sentencia en De la Madrid Andrade, “Los hechos generadores de la responsabilidad civil extracontractual en México”, *Revista Perspectiva Jurídica UP*, pp. 41 y ss.

virtud de que los hechos del empleado obligan al empleador o dueño del establecimiento, al recibir un provecho del desempeño regular del creador del daño, por lo que debe soportar los riesgos de la empresa y principalmente la carga de los daños causados (Amparo en Revisión 584/2013, de 5 de noviembre de 2014).

La responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes ha merecido varios estudios doctrinales.<sup>78</sup> De acuerdo con tales estudios, para que la acción de responsabilidad prospere, es necesario que concurren varios requisitos:

- En primer lugar, el sujeto responsable debe tener la condición de comerciante o empresario.<sup>79</sup> El CCF habla de “maestros artesanos”, “patrones y dueños de establecimientos mercantiles”, “jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje”.<sup>80</sup> Parece pues necesario que el sujeto responsable —ya sea una persona física o una persona moral— sea titular de una explotación económica en sentido amplio.

Sin embargo, nótese que en el derecho comparado la responsabilidad por hecho de los dependientes ha sido aplicada de manera extensa, incluyendo a todo sujeto respecto del cual pueda se pueda predicar una relación de dependencia. Como señala Martín-Casals, “la responsabilidad por los auxiliares trasciende el ámbito empresarial o comercial y se extiende a otros supuestos de dependencia o subordinación como en los casos en que parientes, amigos o vecinos se prestan de modo ocasional servicios no remunerados”.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> V. sobre el concepto de “comerciante”, Código de comercio, art. 3. En la doctrina española, v. entre otros muchos, Barceló Domenech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*; Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente: naturaleza y requisitos*; Martínez Velencoso, “La responsabilidad civil del empresario por los perjuicios ocasionados por sus dependientes”, *Revista de derecho mercantil*; Solé Feliu, *op. cit.*; Gázquez Serrano, *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*; Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*; Monterroso Casado, “La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes”, en *La responsabilidad derivada de la práctica empresarial*.

<sup>79</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889.

<sup>80</sup> Cf. Código civil español, art. 1903, que se refiere a los “dueños o directores de un establecimiento o empresa”; PETL, art. 6:102, que se refiere al principal en el sentido más amplio del término; y DCFR, art. VI—3:201, que se refiere a “[u]na persona que se sirve de otra”.

<sup>81</sup> Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno... *cit.*”, p. 508. En la doctrina española, esta cuestión ha sido ampliamente estudiada por Barceló Doménech, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

Esta interpretación extensiva ha sido admitida expresamente por la Primera Sala de la SCJN en el ya citado Amparo en Revisión 584/2013; en relación con el concepto de “establecimiento mercantil” y de “obrero o dependiente” del artículo 1924 CCF:

274. [...] la lectura del artículo 1924, del Código Civil Federal, que prevé que los patrones y los dueños de los establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros y dependientes en el ejercicio de sus funciones; debe ser conforme a una interpretación extensiva, y no literal en lo que se refiere a los sujetos que menciona; en ese sentido, y atendiendo a la operatividad de la norma legal, por establecimientos mercantiles debe también entenderse a los hospitales o personas morales que intervienen en el servicio nacional de salud, y por lo que refiere a los obreros y dependientes, estos deben entenderse en el sentido más amplio del término, a toda aquella persona que realiza sus actividades laboral, profesionales o su actividad cotidiana para el hospital o persona moral.

- En segundo lugar, debe existir una relación de subordinación o dependencia entre la persona empresaria y aquella causante material del daño. Este requisito también ha sido interpretado de forma amplia, pues no es necesario que exista un vínculo jurídico entre el principal y la persona auxiliar, sino que basta con que el principal tenga una capacidad organizativa que fundamente las funciones de control, dirección y supervisión sobre los auxiliares. En palabras de Martín-Casals, “[l]a responsabilidad del principal no depende del tipo de relación contractual que le una con el auxiliar sino de la obligación de seguir instrucciones que pese sobre éste”.<sup>82</sup> En el mismo sentido, como ha señalado Peña López en relación con el requisito de dependencia en el Código civil español:

[E]n general se requiere a) el hecho de realizar una actividad por cuenta o en interés de otro; b) que en la realización de la actividad el sujeto

---

<sup>82</sup> Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno... *cit.*”, p. 509.

en cuestión se halle sometido a la dirección u órdenes del empresario. La dependencia es de naturaleza jurídica no económica [...], y es indiferente que sea gratuita o remunerada, directa o indirecta [...] duradera u ocasional [...], o jurídico-laboral, civil o de otra índole (...); en general no se admite la responsabilidad del dueño de la obra respecto del contratista, subcontratista y técnicos o profesionales de la construcción [...], salvo que se acredite que el primero ejercía funciones de dirección, inspección o supervisión respecto de los segundos.<sup>83</sup>

La Primera Sala de la SCJN, en el ya citado Amparo en Revisión 584/2013, también ha afirmado que la responsabilidad de la persona empresaria por los daños cometidos por sus dependientes no atiende a criterios formales:

267. El criterio de la responsabilidad de los hospitales y centros de salud por actos cometidos por terceros, que se desempeñan en los mismos, atiende a criterios materiales y no formales como lo sería la relación de trabajo entre médico y hospital; puesto que como se señaló anteriormente ello pondría a esa clase de establecimientos de salud fuera del alcance de una responsabilidad civil, atentando contra los valores y principios que imperan en el derecho humano a la salud.

268. Por lo que, la responsabilidad de los hospitales se puede actualizar por actos cometidos por personal integrante de éstos, o que se base en una representación aparente, pues basta con considerar el modo de conducirse de la persona que provoca un daño al interior del centro de salud y frente a los usuarios, para que se genere una responsabilidad por parte del hospital. Ello no significa que en determinados casos, en los que además está completamente clara y probada la relación de trabajo o profesional médico-hospital, sea inconducente la responsabilidad, sino por el contrario, ello robustece a la misma, puesto que deja

---

<sup>83</sup> Peña López, *op. cit.*

de tener el carácter de aparente, y se convierte en una representación formal y material.

- En tercer lugar, el dependiente debe actuar en el ámbito o con ocasión de las funciones encomendadas, pues el principal únicamente tiene control sobre los actos que se realicen en cumplimiento de tales funciones. En este sentido, los artículos 1918 y 1924 del CCF hacen referencia a la responsabilidad por los daños causados por las personas dependientes “en el ejercicio de sus funciones”; en el artículo 1923 se utiliza la expresión “en la ejecución de los trabajos que les encomienden” y, en el artículo 1925, “en el ejercicio de su encargo”. De acuerdo con lo anterior, el principal quedará exonerado de responsabilidad cuando los daños hayan sido provocados por una extralimitación de la persona dependiente respecto las funciones, trabajos o encargos asignados.
- En algunos ordenamientos jurídicos, la responsabilidad del principal por los hechos dañosos de sus dependientes se configura como una responsabilidad vicaria. La cual es cuasiobjetiva u objetiva, en la que la persona empresaria responde directamente de los daños causados por sus dependientes y no puede exonerarse de responsabilidad acreditando su diligencia. En cambio, en el CCF la responsabilidad del principal se configura como una responsabilidad subjetiva, pues el artículo 1923 permite que las y los maestros artesanos queden exonerados de responsabilidad por los daños causados por sus personas operarias “si probaren que les ha sido imposible evitarlos”. El artículo 1924 del CCF, por su parte, establece expresamente que la responsabilidad de las personas propietarias y responsables de establecimientos “cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia”.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> En relación con la acción de regreso prevista en el artículo 1928 del CCF, remitimos a lo señalado *supra* en el apartado II de este capítulo.

## IV. Responsabilidad del Estado por los daños derivados de su actividad administrativa irregular

La responsabilidad patrimonial del Estado es un régimen relativamente reciente en el ordenamiento jurídico mexicano pues, hasta hace poco, constituía un supuesto de responsabilidad civil extracontractual que se regía, con algunas peculiaridades, por la legislación civil.<sup>85</sup>

El antiguo artículo 1928 del CCF, hasta la reforma operada por el Decreto de reformas, adiciones y derogaciones de 1 de enero de 1994, establecía un régimen de responsabilidad subjetiva y subsidiaria del Estado por los daños causados por el funcionariado en el ejercicio de sus ocupaciones:

El Estado tiene obligación de responder a los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.

Este régimen se recogió posteriormente en el artículo 1927 del CCF:

El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

---

<sup>85</sup> Mosri Gutiérrez, “Análisis de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y de la Ley General de Víctimas: desafíos y oportunidades de un régimen en construcción”, en *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, p. 134; Medina Villanueva, *op. cit.*, p. 24.

La reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 2002 incorporó un nuevo párrafo al artículo 113<sup>86</sup> que, tras las reformas constitucionales operadas en el 2015 que dieron origen al Sistema Nacional Anticorrupción, se trasladó al inciso final del artículo 109.<sup>87</sup>

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

La exposición de motivos de la reforma constitucional de 2002 justificaba el establecimiento de este régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en la imposibilidad de satisfacer en algunos casos las indemnizaciones de las víctimas por la insolvencia de los servidores públicos:

En la actualidad, las disposiciones jurídicas que abordan aspectos relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado, tienen como criterio rector un enfoque de responsabilidad civil subsidiaria y solidaria —previsto en los códigos civiles—, así como un sistema de responsabilidad administrativa de los servidores públicos —previsto en las leyes de responsabilidades de los servidores públicos—, que en ciertos casos facilita el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a un particular, mas no constituye un auténtico sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, sino de los servidores públicos. Estos sistemas de responsabilidad no satisfacen las expectativas de una sociedad cada día más exigente y participativa, ya que la naturaleza indirecta y subjetiva de la responsabilidad del Estado como la regula el Derecho Privado, ha demostrado su incapacidad para resolver adecuadamente los problemas de indemnización a que tienen derecho los particulares cuando el Estado les infiere daños y perjuicios, a través de sus órganos representativos, es decir, los servidores públicos.

El artículo 1927 del CCF fue derogado por el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2004, mediante el cual se aprobó la

<sup>86</sup> Sobre esta reforma V., por todos, Castro Estrada, 2003, pp. 205 y ss.

<sup>87</sup> Para un comentario a este artículo, V., por todos, De Andrea Sánchez, “Artículo 109” en *Derechos del Pueblo Mexicano*. México a través de sus Constituciones, pp. 579 y ss.

vigente LRPE. El artículo 1 de la LRPE reconoce el derecho de las personas particulares a recibir una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. El citado precepto señala expresamente que “[l]a responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa”.

De acuerdo con la LRPE, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado se define a partir de las siguientes notas características:

- En primer lugar, la responsabilidad del Estado es una *responsabilidad de tipo indemnizatorio*. El sujeto responsable es el Estado y, más concretamente, los entes públicos federales, que comprenden, “salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal”.<sup>88</sup> Tales entes cubren las indemnizaciones derivadas de responsabilidad patrimonial con cargo a sus respectivos presupuestos.<sup>89</sup>

La Segunda Sala de la SCJN, en el Amparo Directo en Revisión 5612/2017, de 21 de febrero de 2018, ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica y el alcance de la indemnización que debe otorgarse por los daños generados por una actividad administrativa irregular del Estado, en un caso en el cual se discutía la responsabilidad del Instituto Mexicano del Seguro Social por la deficiente asistencia médica recibida por un menor de edad, a quien se había tenido que amputar parte de un dedo. Entre otras cuestiones, la Sala afirmó lo siguiente:

---

<sup>88</sup> LRPE, art. 2.

<sup>89</sup> *Ibid.*, art. 5.

[A]l resolver el Amparo Directo 70/2014 esta Segunda Sala estableció que la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado se basa en dos principios esenciales: (I) las indemnizaciones deben corresponder **“a la reparación integral del daño”**; y (II) se rechazó la posibilidad de que se tasara la referida reparación conforme a la pobreza o riqueza de la víctima, pues **“la reparación debe consistir en dejar indemne al sujeto activo de la relación”**.

Asimismo, en tal precedente se hizo alusión al llamado “principio de equidad adjetiva” [...].

El “principio de equidad”, en el contexto de la responsabilidad patrimonial del Estado, implica que en el procedimiento respectivo **“se equilibre el derecho que tienen los particulares a recibir una indemnización por el daño ocasionado por el actuar administrativo irregular, con la pretensión legislativa que impide cargas presupuestarias desmedidas e injustificadas al erario público”**, pues debe tenerse presente que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado no consiste **“en pagar cualquier daño con cargo al erario público, sino hacer más eficientes los servicios públicos que proporciona el Estado y, en forma específica, la Administración Pública”**.

Esto es, en la exposición de motivos que dio lugar a la inclusión de la responsabilidad patrimonial del Estado en el otrora párrafo segundo del precepto 113 de la Constitución Federal, el Constituyente Permanente fue claro en señalar que “no se busca convertir al patrimonio público en una especie de aseguradora universal”, es decir, que no se pague cualquier daño causado por el Estado, sino que el legislador debe procurar armonizar el principio de la responsabilidad directa con la capacidad presupuestal del Estado. [...]

Asimismo, al resolver el Amparo Directo 18/2015, esta Segunda Sala precisó que para el cálculo de la indemnización, **“se tomarán en cuenta las características específicas del caso concreto con el único propósito de lograr la reparación integral del daño personal generado”**. [...]

Con base en lo anteriormente expuesto, esta Segunda Sala considera que al momento de valorar la indemnización que debe otorgarse por la responsabilidad patrimonial del Estado, **resulta inadmisibile incluir el concepto de “daños punitivos”**.

- En segundo lugar, el *hecho generador de responsabilidad* es la actividad administrativa irregular del Estado, entendida como “aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate”.<sup>90</sup>

La LRPE ha excluido de su ámbito de aplicación los daños que son producto del funcionamiento regular o lícito de la actividad pública, esto es, los derivados de actos realizados dentro de las funciones que la autoridad administrativa tiene conferidas. En relación con esta cuestión, la Segunda Sala de la SCJN, en el Amparo Directo en Revisión 6653/2019, de 7 de octubre de 2020, que remite a la jurisprudencia 2a./J. 99/2014 (10a.) de rubro RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EXCLUYE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REGULAR O LÍCITA DE LOS ENTES ESTATALES, ha afirmado que:

[L]a intención expresa del Poder Revisor de la Constitución fue limitar la responsabilidad patrimonial del Estado al daño que produzca con motivo de su `actividad administrativa irregular`, y si bien se aceptó que esa delimitación podría estar sujeta a revisión posterior con base en el desarrollo de la regulación de responsabilidad patrimonial en nuestro país, lo cierto es que extender su ámbito protector a los actos normales o regulares de la administración pública sólo puede tener efectos mediante reforma constitucional, por lo que esa ampliación protectora no puede establecerse a virtud de ley reglamentaria u otras

---

<sup>90</sup> LRPE, art. 1.

normas secundarias, pues con ello se contravendría la esencia que inspiró esta adición constitucional.

- En tercer lugar, la responsabilidad patrimonial del Estado es una *responsabilidad directa*, de acuerdo con los ya citados artículos 109 del texto constitucional y el artículo 1 de la LRPE. Como señala Cambero Quezada:

[L]o directo significa que cuando en el ejercicio de sus funciones el Estado genere daños a los particulares en sus bienes o derechos, estos podrán reclamarla directamente al órgano administrativo, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado, sino únicamente la irregularidad de su actuación, y sin tener que demandar previamente al servidor público una indemnización”.<sup>91</sup>

En un mismo sentido, la SCJN ha reiterado en varias ocasiones que la *responsabilidad directa* implica que:

[...] cuando, en el ejercicio de sus funciones, el Estado genere daños a los particulares en sus bienes o derechos éstos podrán demandarla directamente, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado, sino únicamente la irregularidad de la actuación y sin tener que demandar previamente a dicho servidor.<sup>92</sup>

De acuerdo con lo anterior, el artículo 18 de la LRPE establece que la parte interesada debe presentar su reclamación “ante la dependencia o entidad presuntamente responsable u organismo constitucional autónomo, conforme a lo establecido en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo”. Por lo tanto, no es posible dirigir la acción de responsabilidad contra la persona funcionaria o servidora pública causante del daño, sino que debe dirigirse contra el ente público correspon-

<sup>91</sup> Cambero Quezada, “Control de la Administración pública federal mexicana. La ruptura de la legalidad frente a las cargas públicas”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, p. 352.

<sup>92</sup> SCJN, Amparo Directo en Revisión 6653/2019, de 7 de octubre de 2020.

diente, configurándose de este modo como una responsabilidad por hecho ajeno. Aparentemente, esta circunstancia entra en contradicción con la posibilidad prevista en el citado artículo sobre que los particulares señalen en su demanda, “en su caso, el o los servidores públicos involucrados en la actividad administrativa que se considere irregular”.

De cualquier manera, el carácter directo de la responsabilidad patrimonial del Estado no inmuniza a la persona servidora pública de cualquier responsabilidad. Pues el artículo 31 de la LRPE reconoce al Estado una acción de repetición contra los servidores públicos cuando se acredite la comisión de una infracción administrativa grave:

El Estado puede repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique.

La gravedad de la infracción se calificará de acuerdo con los criterios que establece la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Además, se tomarán en cuenta los siguientes criterios: Los estándares promedio de la actividad administrativa, la perturbación de la misma, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso.

- Por último, la responsabilidad patrimonial del Estado es una *responsabilidad objetiva*, de acuerdo con los artículos 109 del texto constitucional y el artículo 1 LRPE. Como ha señalado la SCJN en el Amparo Directo en Revisión 5612/2017, de 21 de febrero de 2018, “la responsabilidad patrimonial es objetiva, lo que implica que conforme a la

‘teoría del órgano’, los actos irregulares generados por las autoridades administrativas se reputan como propias del Estado”.

También en el mencionado Amparo Directo en Revisión 6653/2019, la SCJN estipula:

[C]uando el artículo 113 constitucional alude a que la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado surge si éste causa un daño al particular “con motivo de su actividad administrativa irregular”, abandona toda intención de contemplar los daños causados por la actividad regular del Estado, así como cualquier elemento vinculado con el dolo en la actuación del servidor público, a fin de centrarse en los actos propios de la administración que son realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración.

De acuerdo con este régimen de responsabilidad, ni la negligencia del Estado es presupuesto de su responsabilidad, ni el Estado puede exonerarse de la misma acreditando que actuó diligentemente. Sin embargo, para poder apreciar la responsabilidad patrimonial del Estado es necesario que concurren el resto de los elementos configuradores de una pretensión de responsabilidad civil. Esto es, el ya comentado hecho generador de responsabilidad del cual se derive de manera directa un daño en bienes, o derechos de la persona reclamante que esta no tenga el deber jurídico de soportar, y que cumpla con los requisitos previstos en el art. 4 de la LRPE.<sup>93</sup> En este sentido se ha pronunciado la Primera Sala de la SCJN mediante Tesis 1a. CLXXI/2014 (10a.), publicada el 30 de abril de 2014:

Toda vez que el término “responsabilidad objetiva” que prevé la Constitución, no puede ser entendido en el sentido que se le atribuye a la

---

<sup>93</sup> Dicho artículo dice que han de ser “reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población”. *V. supra* la definición de “actividad administrativa irregular”; LRPE, arts. 1, 3 y 21.

responsabilidad objetiva civil, sino que refiere a una responsabilidad derivada de un acto irregular del Estado, deben trasladarse los requisitos propios de la responsabilidad civil al esquema de responsabilidad patrimonial del Estado, sin ser necesario probar la culpa de un agente del Estado en particular, sino la actuación irregular de la dependencia demandada. Así, para que proceda el pago indemnizatorio por la actividad irregular del Estado, deben concurrir los siguientes requisitos: 1) La existencia de un daño. Dicho daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una o varias personas. 2) Que el daño sea imputable a la Administración Pública, por ser efecto de su actividad administrativa irregular, la cual puede consistir en la prestación deficiente del servicio público de salud. 3) El nexo causal entre el daño y la actividad de la Administración Pública.

Sin embargo, la responsabilidad del Estado no es una responsabilidad absoluta. Por un lado, porque el artículo 1 de la LRPE únicamente considera indemnizables aquellos daños que las personas particulares no tengan el deber jurídico de soportar; esto es, aquellos daños que sean, en la terminología habitualmente utilizada, antijurídicos. Esta circunstancia obliga a distinguir —cuando se analiza un potencial caso de responsabilidad patrimonial del Estado— entre aquellos daños respecto de los cuales debe responder, de aquellos otros que, por no ser antijurídicos, deben ser asumidos por las propias personas particulares. La antijuridicidad que deberá ser objeto de evaluación se referirá en todo caso al resultado —antijuridicidad objetiva— y no a la conducta de la persona causante del daño —antijuridicidad subjetiva—, pues ello exigiría valorar su posible diligencia, entrando de este modo en clara contradicción con el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado.

Por otro lado, la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado como una responsabilidad absoluta también colisiona con el tenor literal del artículo 3 de la LRPE, que regula varias causas de exoneración de responsabilidad: (i) los casos fortuitos y de fuerza mayor; (ii) aquellos en los que los daños y perjuicios no sean consecuencia

de la actividad administrativa irregular del Estado, o se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento y; (iii) los casos de culpa exclusiva de la víctima.

## V. Seguro de responsabilidad civil

Además de la responsabilidad civil, el ordenamiento jurídico mexicano regula otros instrumentos que permiten a la víctima de daños obtener su reparación. Entre tales mecanismos se encuentra el seguro de responsabilidad civil. Aunque no corresponde realizar aquí un estudio exhaustivo del contrato de seguro ni, concretamente, del seguro de responsabilidad civil,<sup>94</sup> sí merece la pena realizar algunas consideraciones generales sobre el mismo.

El seguro de responsabilidad civil se encuentra regulado en la actualidad en los artículos 145 a 150 bis de la LCS. A diferencia de los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno analizados en las páginas anteriores, en los que el fundamento de la responsabilidad se encontraba en el especial vínculo que existía entre la persona causante material del daño y el sujeto responsable del mismo, el fundamento de la responsabilidad en este caso es la relación contractual entre la compañía aseguradora y la persona asegurada.

Según el artículo 145 de la LCS, por el seguro contra la responsabilidad, la empresa aseguradora “se obliga hasta el límite de la suma asegurada a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause un daño previsto en el contrato de seguro”. De este modo, el seguro traslada a la o el asegurador, el riesgo de la pérdida patrimonial que nace para la persona asegurada por haber incurrido en una conducta que genera una obligación de

---

<sup>94</sup> Para este estudio, v. entre otros, Gómez Ligüerre, *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*; Reglero Campos, “Seguro de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil*; Vivas Díez, Aproximación a un estudio comparativo de las normas que regulan el seguro de responsabilidad civil en Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú”, en *Derecho de seguros y reaseguros. Liber Amicorum en homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo*; Herrador Guardia, *Responsabilidad civil y seguro*.

indemnizar. Cumple, en consecuencia, una doble función: por un lado, limita el riesgo de insolvencia de aquellos que llevan a cabo actividades potencialmente peligrosas al trasladar la obligación de indemnizar del asegurado al asegurador; por otro lado, se configura como una garantía de cobro para las víctimas de daños.

La naturaleza jurídica del seguro de responsabilidad civil ha sido objeto de análisis por la Primera Sala de la SCJN en el Amparo Directo 63/2014, de 20 de junio de 2018:

59. El seguro de responsabilidad civil puede decirse que es un seguro de patrimonio, ya que trata de proteger y mantener exento el patrimonio del asegurado, cubriendo el riesgo de su minoración dentro de los límites del contrato, cuando aquél tenga que indemnizar a terceros por haberse producido el siniestro pactado [...].

61. [...] este seguro se concibe como una modalidad o un tipo de seguro de daños. Como todo seguro de daños, el de responsabilidad civil trata de reducir el riesgo al que se expone su tomador.

62. [...]En el caso del seguro contra la responsabilidad, el riesgo cubierto hace referencia a la indemnidad patrimonial del asegurado y, en ese sentido, es diferente de otros seguros de daños que cubren riesgos que acechan a elementos concretos de un patrimonio.

63. El seguro de responsabilidad civil es, de este modo, el ejemplo paradigmático de *third-party insurance*, es decir, de aquel tipo de seguro que cubre el riesgo de daños que el asegurado cause a terceros y no de los que directamente pueda sufrir en su propio patrimonio o persona.

La responsabilidad de la compañía aseguradora establecida en la LCS es una responsabilidad directa, pues se obliga a pagar la indemnización que la persona asegurada deba a un tercero; a causa de los daños y perjuicios generados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable la persona asegurada.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> V. LCS, art. 77 según el cual, la compañía aseguradora no queda obligada “si probase que el siniestro se causó por dolo o mala fe del asegurado, del beneficiario o de sus respectivos causahabientes”.

De producirse un daño de los previstos en el contrato de seguro, la víctima dispone de una *acción directa*, que le permite dirigirse directamente contra la aseguradora para exigirle una indemnización por los daños y perjuicios sufridos: “[e]l seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro”.<sup>96</sup> De acuerdo con la interpretación que ha realizado la SCJN de este precepto en el ya citado Amparo Directo 63/2014:

A tenor del artículo citado, la víctima o perjudicado tiene acción directa contra la aseguradora para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar. De este modo, es posible afirmar que el tercero dañado, cuando el causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o contractual, y la del asegurador que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 147 de la Ley sobre el Contrato de Seguro.

Mediante la acción directa, el Poder Legislativo garantiza una mayor protección a la víctima del daño, pues evita que esta deba reclamar la indemnización a aquella causante del daño y este, a su vez, a su compañía aseguradora. Esta acción impide, en palabras de la SCJN, “que las compañías aseguradoras utilicen a sus asegurados como parapeto para ocultarse detrás de ellos y retrasar el pago de las indemnizaciones, así como que terceros ejerzan derechos preferenciales o concurrentes sobre la indemnización”.<sup>97</sup>

## Bibliografía

### Libros

Atienza Navarro, M. L., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2001.

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, art. 147.

<sup>97</sup> SCJN, Amparo Directo, 63/2014, de 20 de junio de 2018.

Barceló Doménech, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

Cooter, R., y Ulen, T., *Law and Economics*, Berkeley Law Books. Book 2, 2016 [en línea]. Disponible en «[http://www.econ.jku.at/t3/staff/winterebmer/teaching/law\\_economics/ss19/6th\\_edition.pdf](http://www.econ.jku.at/t3/staff/winterebmer/teaching/law_economics/ss19/6th_edition.pdf)».

De la Rosa Xochitiotzi C., y Márquez Rojas, V. F., *Cuadernos de jurisprudencia núm. 1 Derecho de Daños. Responsabilidad extracontractual*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, México, 2020. [en línea]. Disponible en «[http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/exlibris/aleph/a21\\_1/apache\\_media/B6Q92R27UC2I1NS2TVR-GFHQ78FY1TV.pdf](http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/exlibris/aleph/a21_1/apache_media/B6Q92R27UC2I1NS2TVR-GFHQ78FY1TV.pdf)».

Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, Cívitas, Madrid, 2011.

Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2001.

Dobbs, D., *Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000.

European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, 2005 [en línea]. Disponible en «<http://www.egtl.org/petl.html>».

Fernández Márquez, Ó., *Derecho de daños y responsabilidad vicaria del empleador (una aproximación desde el análisis económico del derecho)*, Dykinson, Madrid, 2020.

Fleming, J., *The Law of Torts*, Law Book Company, Sydney, 1998.

Gázquez Serrano, L., *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*, Reus, Madrid, 2012.

Gómez Calle, E., *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992.

- Gómez Ligüerre, C., *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Fundación Mapfre, Madrid, 2010 [en línea]. Disponible en «<https://app.mapfre.com/ccm/content/documentos/fundacion/cs-seguro/libros/solidaridad-impropia-y-seguro-de-responsabilidad-civil.pdf>».
- Herrador Guardia, M. (dir.), *Responsabilidad civil y seguro*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2018.
- Lasarte Álvarez, C., et al., *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Dykinson, Madrid, 2007.
- López Bertrán de Heredia, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1988.
- Medina Villanueva, J. E., *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021.
- Moreno Martínez, J. A., *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- Navarro Michel, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998.
- Pizarro, R. D. (dir.), *Tratado de responsabilidad objetiva*, tomo II, La Ley, Argentina, 2015.
- Rico Álvarez, F., et al., *Tratado teórico práctico de Derecho de obligaciones*, Porrúa, México, 2013.
- Rogel Vide, C., *Responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos: En torno al artículo 1903 del Código Civil*, Reus, Madrid, 2018.
- Sanjuan y Muñoz, E., *De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del centro docente: evolución y situación actual (análisis civil, penal y administrativo de la cuestión)*, Bosch, Barcelona, 2001.

Solé Feliu, J., *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Reus, Madrid, 2012.

Study Group on a European Civil Code; Research Group on EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier. European law publishers GmbH, Munich, 2009 [en línea]. Disponible en «[https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009\\_02\\_DCFR\\_OutlineEdition.pdf](https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf)». [En español] Jerez Delgado, C. (coord.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015. Disponible en «[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PR-2015-38](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-38)».

Zelaya Etchegaray, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente: naturaleza y requisitos*, Aranzadi. Cizur Menor, 1995.

## Capítulos de libro

De Andrea Sánchez, F. J., “Artículo 109”, en VV.AA., *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, vol. X, Porrúa, Ciudad de México, 2016, pp. 579-592.

De Ángel Yágüez, R., “Comentario al artículo 1903 CC”, en VV.AA. *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Fernández Fernández, A., “La responsabilidad civil de los responsables de los menores de edad”, en Adame López, Á. G. (coord.), *Homenaje al doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo*, Colegio de profesores de Derecho civil, Facultad de Derecho UNAM, México, 2015, pp. 119-130 [en línea]. Disponible en «<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4048-homenaje-al-doctor-bernardo-perez-fernandez-del-castillo>».

Gómez Calle, E., “Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, en Guzmán Mendoza, C. E., e Insignares Cera, S. (ed. lit.), *Política y derecho: retos para el siglo XXI*, Ediciones Uninorte, Colombia, 2010, pp. 69-86.

\_\_\_\_\_, “Los sujetos de la responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno”, en Reglero Campos, L. F., y Busto Lago J. M. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, vol. 1 (Parte general), Aranzadi, Cizur Menor, 2014a.

\_\_\_\_\_, “Responsabilidad de padres y centros docentes”, en *ibid.*, vol. 2 (Parte especial), Aranzadi, Cizur Menor, 2014b.

Gómez Ligüerre, C., y Milá Rafel, R., “Capítulo 10. Responsabilidad por hecho ajeno”, en Salvador Coderch, P. *et al.*, *Derecho de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 2020 [en línea]. Disponible en «<https://indret.com/wp-content/uploads/2017/10/Derecho-de-Danos-9-ed.-2020.pdf>».

Martín-Casals, M., “La responsabilidad por hecho ajeno en los ‘Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil’ (PETL)”, en Moreno Martínez, J. A. (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 491-518.

Monterroso Casado, E., “La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes”, en Monterroso Casado, E. (coord.), *La responsabilidad derivada de la práctica empresarial*, Reus, Madrid, 2018, pp. 11-43.

Ossorio Serrano, J. M., “Responsabilidad por hechos ajenos y por daños causados por animales y cosas”, en Sánchez Calero, F.J., *Curso de Derecho civil II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 567-578.

Peña López, F., “Artículo 1903 CC” y “Artículo 1904 CC”, en Bercovitz Rodríguez-Cano R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

Reglero Campos, F., “Seguro de responsabilidad civil”, en Reglero Campos, L. F., y Busto Lago, J. M. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, vol. 1 (Parte general), Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Santos Briz, J., “Comentario a los artículos 1903 y 1904 CC”, en Albladejo, M. y Díaz Alabart, S. (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIV, EDERSA, Madrid, 2007.

Vivas Díez, G. J., “Aproximación a un estudio comparativo de las normas que regulan el seguro de responsabilidad civil en Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú”, en Jamarillo, C. I. (dir.), *Derecho de seguros y reaseguros. Liber Amicorum en homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editoria Ibáñez, Bogotá, 2015, pp. 687-724.

Yzquierdo Tolsada, M., “Capítulo VIII. Los factores de atribución (II). En la responsabilidad por actos ajenos”, en Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 273-356.

### Artículos académicos

Abril Campoy, J. M., “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, 2003, pp. 11-54.

Bernabé, A., “Comentarios sobre la revisión al Código civil: responsabilidad civil extracontractual”, *Revista Jurídica UPR*, vol. 88, núm. 2, 2019, pp. 1-37.

Cambero Quezada, G., “Control de la Administración pública federal mexicana. La ruptura de la legalidad frente a las cargas públicas”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2019, pp. 347-368.

Castro Estrada, Á., “Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 8, 2003, pp. 205-242 [en línea]. Disponible en «<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=306745>».

De la Madrid Andrade, M., “Los hechos generadores de la responsabilidad civil extracontractual en México”, *Revista Perspectiva Jurídica UP*, núm. 16, 2021, pp. 35-66 [en línea]. Disponible en «[http://www.edkpublicaciones.com/up/pdf/perspectiva\\_juridica\\_16.pdf](http://www.edkpublicaciones.com/up/pdf/perspectiva_juridica_16.pdf)».

- García Varela, R., “La responsabilidad por hecho de otro”, *Diario La Ley*, núm. 6874, sección columna, Año XXIX, Ref. D-27, Editorial LA LEY, 1 de febrero de 2008.
- Gómez Calle, E., “La responsabilidad por otros en los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil y en el borrador del Marco Común de Referencia”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, 2011, pp. 73-84.
- Martín-Casals, M., “Una primera aproximación a los ‘Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil’”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2005, pp. 1-15 [en línea]. Disponible en «[https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/284\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/284_es.pdf)».
- Martínez Velencoso, L. M., “La responsabilidad civil del empresario por los perjuicios ocasionados por sus dependientes”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 261, 2006, pp. 1121-1158.
- Mosri Gutierrez, M. Z., “Análisis de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y de la Ley General de Víctimas: desafíos y oportunidades de un régimen en construcción”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2015, pp. 133-155 [en línea]. Disponible en «[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932015000200006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000200006&lng=es&nrm=iso)».
- Oliva Gómez, E., “La responsabilidad civil de los padres en la familia de acogimiento, por los daños causados por los hijos acogidos en el sistema jurídico mexicano”, *Revista de Derecho*, núm. 27, 2019, pp. 3-37 [en línea]. Disponible en «<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7863407>».
- Pantaleón, F., “Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A critical view ‘from outside’”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 1-8 [en línea]. Disponible en «[https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/299\\_en.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/299_en.pdf)».

Quesada Sánchez, A. J., “Responsabilidad civil de padres o tutores y centros docentes. Algunos supuestos fronterizos y polémicos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 715, 2009, pp. 2355-2439.

Roca i Trias, E., “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, núm. 1, 1998, pp. 7-40.

Salvador Coderch, P. *et al.*, “Respondeat Superior I”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2002, pp. 1-19 [en línea]. Disponible en «[https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/079\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/079_es.pdf)».

Salvador Cordech, P., y Gómez Ligüerre, C., “Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2002, pp. 1-22 [en línea]. Disponible en «[https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/088\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/088_es.pdf)».

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, Ciudad de México, 2022 [en línea]. Disponible en: «<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-09/Protocolo%20para%20Juzgar%20con%20Perspectiva%20de%20Discapacidad.pdf>».

Sykes, A., “The economics of vicarious liability”, 93 *Yale Law Journal* 1231, 1984.

\_\_\_\_\_, “The Boundaries of vicarious liability: an economic analysis of the scope of employment rule and related legal doctrines”, 101 *Harvard Law Review* 563, 1988.

## Legislación

Código civil y comercial de la Nación. *Boletín Oficial*, Argentina, de 8 de octubre de 2014.

Código civil español. *Gaceta de Madrid*, núm. 206, España, de 25 de julio de 1889.

Código Civil Federal. *Diario Oficial de la Federación*, de 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

Código civil francés o Código de Napoleón, Francia, de 1804.

Código de comercio. *Diario Oficial de la Federación*, del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889.

Código Penal Federal. *Diario Oficial de la Federación*, de 14 de agosto de 1931.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, de 5 de febrero de 1917.

Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. *Diario Oficial de la Federación*, de 1 de enero de 1994.

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. *Diario Oficial de la Federación*, de 31 de diciembre de 2004.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. *Diario Oficial de la Federación*, de 16 de junio de 2016.

Ley sobre el Contrato de Seguro. *Diario Oficial de la Federación*, de 31 de agosto de 1935.

## Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

### *Primera Sala*

Amparo Directo 13/2017, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 16 de mayo de 2018.

Amparo Directo 35/2014, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 15 de mayo de 2015.

Amparo Directo 5/2016, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de junio de 2017.

Amparo Directo 51/2013, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 2 de diciembre de 2015.

Amparo Directo 63/2014, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 20 de junio de 2018.

Amparo en Revisión 159/2013, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 16 de octubre de 2013.

Amparo en Revisión 584/2013, Ponente: Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero, 5 de noviembre de 2014.

Amparo en Revisión 1368/2015, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 13 de marzo de 2019.

## Segunda Sala

Amparo Directo en Revisión 5612/2017, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 21 de febrero de 2018.

Amparo Directo en Revisión 6653/2019, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 7 de octubre de 2020.

## Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Tesis [A.]: 1a. CLXXI/2014, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, p. 820, 30 de abril de 2014.

Tesis [J]: 2a./J. 99/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 13, t. I, p. 297, 3 de septiembre de 2014.

## Sentencias del Tribunal Supremo español

Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Civil, ECLI: ES:TS:2007:4267. Ponente: Jesús Corbal Fernández, de 13 de junio de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Civil, ECLI: ES:TS:1992:21006. Ponente: Eduardo Fernández Cid De Temes, de 7 de enero de 1992.

# La prevención en la responsabilidad civil extracontractual. Función, estructura normativa y protección de los derechos

Alexander Vargas Tinoco\*

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Girona. Profesor e investigador de la Universidad Externado de Colombia, Coordinador de la Red Interuniversitaria de Filosofía del Derecho Privado. Agradezco a Diego Papayannis sus valiosos comentarios a una versión previa de este escrito.

**La prevención en la responsabilidad civil extracontractual. Función, estructura normativa y protección de los derechos.** I. Elementos iniciales para la discusión; II. La prevención como función del derecho de daños; III. La prevención en la estructura normativa del derecho de daños; IV. La prevención como punto concurrente del derecho de daños y otros mecanismos de protección de los derechos; V. Conclusiones.

## I. Elementos iniciales para la discusión

La prevención en el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, o derecho de daños,<sup>1</sup> puede tener cabida teórica desde diferentes perspectivas. En este capítulo se destacan tres de ellas que, para los fines de este, resultan las más relevantes. Una primera forma de abordar el asunto concierne a la cuestión de las funciones que cumple la responsabilidad civil extracontractual —en adelante RCE—, donde la pregunta pertinente es determinar si, y de qué manera, la prevención hace parte de esas funciones. Una segunda forma de aproximación viene dada por el análisis de la estructura normativa de la RCE, siendo importante examinar si esta práctica jurídica incluye deberes de prevención del daño como elementos normativos que caracterizan su estructura.<sup>2</sup> Finalmente, y como tercera perspectiva, se arriba a la prevención desde la concurrencia del derecho de daños con otras ramas del derecho, como por ejemplo el procesal, el ambiental o el de los derechos fundamentales, advirtiendo puntos de confluencia al momento de tutelar inhibitoriamente los derechos en ciernes.

---

<sup>1</sup> En adelante, usaré ambos términos como sinónimos, consciente de que un uso diferenciado de ellos puede hacerse. Cf. Acciarri, “El análisis económico del derecho de daños”, en *Introducción al análisis económico del derecho*, p. 121.

<sup>2</sup> Cf. Papayannis, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, pp. 144-174; y Papayannis, *El derecho privado como cuestión pública*, pp. 76-77.

Como primera observación, existe una suerte de ambigüedad en los términos con los que se alude a la prevención. Por una parte, se puede hablar de “prevención” en un sentido general, si se quiere, para referir a *todos* aquellos elementos o instrumentos jurídicos que contribuyen a que el daño no se produzca; dentro de los cuales encontraremos los incentivos dados por las reglas, las normas de diligencia, los refuerzos sancionatorios que desde otras áreas del derecho se proveen contra ciertas conductas, las prohibiciones de ciertas actividades riesgosas o las obligaciones de moderar esos riesgos. Todas ellas, directa o indirectamente, fomentan que las personas agentes se mantengan indemnes en su vida comunitaria. En cambio, podríamos hablar de prevención en un sentido estricto o fuerte, cuando nos referimos a esos elementos que, dentro del género mencionado, impiden que la persona agente cause daño como una cuestión jurídicamente vinculante en la que no le es dispositivo continuar con el riesgo al que somete a las demás. Es decir, que mientras muchas herramientas jurídicas pueden contribuir a propiciar que el daño no se produzca y prevenir, en un sentido general, solo algunas de ellas obligan a cesar el riesgo o a moderar la fuente de este a quien lo controla.

Con todo, la falta de claridad en los términos en que nos referimos a la prevención ha conllevado una oscuridad sobre las relaciones que puede haber entre los elementos que contribuyen a la evitación del daño. Podría decirse, por ejemplo, que estos no tienen por qué estar lógicamente implicados, unos y otros, en sus respectivos desarrollos teóricos. De manera que la RCE cumpliría una función preventiva —en sentido general—, sin aceptar que en su estructura normativa haya deberes específicos de prevenir daños —prevenir en sentido estricto—. Esto sería posible porque se afirma que la función “preventiva” es una consecuencia de los incentivos para no dañar, que no son prevenciones en sentido estricto; y se defiende que esos incentivos provienen de las normas sobre la reparación del daño, únicamente, donde la reparación sería la función principal.

Con todo, aunque pudiese discutirse la falta de compromiso conceptual entre función, estructura normativa y concurrencia en la protección, esa falta de implicación lógica no hace plausible una desconexión entre ellas a la hora de interpretar la RCE. De hecho, si se dijera, por ejemplo, que existen deberes de no dañar como parte de la RCE, entonces será muy difícil —si no imposible— argumentar que no hay una función preventiva en esta práctica. Una defensa de ese tipo, como la

mayoría, conllevaría a un extremo de ingenuidad, pues ignorará que una explicación más coherente es la que se asienta en las relaciones más armónicas entre los elementos teóricos y prácticos que se incorporan en el fenómeno jurídico que se pretende entender. Una respuesta coherente y estructurada sobre la cuestión preventiva tratará de involucrar y conectar la mayor cantidad de argumentos, aunque ello no tiene por qué sacrificar la claridad conceptual sobre ellos. Es precisamente ese el objeto de este capítulo, poner en evidencia, de la manera más comprensible, que el asunto de la prevención en el derecho de daños puede tener cabida desde diferentes perspectivas que se relacionan de maneras complejas que pueden ser especificadas. En ese orden de ideas, se examinarán las formas en que la idea de prevenir el daño se conecta con el derecho de la RCE, sea como una función, o como parte de su estructura normativa, o por la contribución de otras ramas del derecho a la protección jurídica de la persona.

Pero antes de abordar esas cuestiones, es necesario referirse a algunos elementos relacionados con la obligación de reparar el daño que, dada la ausencia de daño en sede preventiva, inciden notablemente en la manera como se discute sobre este asunto y su cabida teórica en la RCE. Como es sabido, la obligación de reparar suele defenderse como deber paradigmático en esta rama del derecho, por lo que la idea de prevenir no siempre es aceptada.<sup>3</sup>

## 1. La ausencia de daño

Cuando se previene un daño, por definición, no se atiende a una pérdida o detrimento sucedido. Si una jueza o un juez ordena derribar un muro que amenaza la ruina de alguien vecino, no me está ordenando repararle un daño que ya le he causado, sino evitarle uno que puede producirse a futuro. Ahora, cuando se reparan ciertos daños, una conducta preventiva puede ser lógicamente necesaria,

---

<sup>3</sup> En ese sentido, se ha identificado la reparación del daño como la “causa última” de la responsabilidad civil; cf. Henao, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*, p. 37. O como la “consecuencia jurídica” en virtud de la cual se tiene “el deber de indemnizar” los daños a terceros; cf. Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil*, p. 8. Respecto de los elementos que se comentarán, el daño, el fundamento de imputación y el nexo causal, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana ha sido consistente en predicar su necesaria convergencia para declarar la responsabilidad civil de los particulares.

porque es imposible reparar un daño originado en una fuente continua de riesgo que lo acrecienta indefinidamente con el paso del tiempo. En otras palabras, si la reparación del daño requiere que este sea cierto o determinado, para lograr esa determinación puede ser necesario evitar que el daño se siga agravando y, en esa medida, reparar implicará hacer cesar el riesgo o prevenir, sin que prevenir implique reparar. En el ejemplo anterior, si al muro ruina ya se le han caído algunas partes sobre la propiedad de mi vecino, perjudicándole, conviene no solo repararle el daño, sino hacer cesar la fuente de riesgo derribando el muro, sin que ese acto sea en sí mismo una reparación. Así, las órdenes consistentes en hacer cesar una actividad dañosa no son reparadoras del daño ya causado, pero sí preventivas del daño futuro y a veces necesarias para determinar qué es lo que hay que reparar. Es decir, que la prevención en sentido estricto recaerá respecto del daño que puede producirse a futuro y no respecto del daño que ya se produjo.<sup>4</sup> En ese orden, se entendería que la prevención puede encontrar obstáculos en algún sector académico, como quiera que el daño que se aprecia como elemento inicial e imprescindible para poner en marcha la obligación de reparación no está presente.<sup>5</sup>

Así las cosas, a diferencia de la reparación, la prevención tiene una perspectiva hacia adelante —*forward-looking*—.<sup>6</sup> Ella mirará al pasado solo para considerar un antecedente indeseable —el riesgo de daño— cuya concreción se pretende evitar.<sup>7</sup> Respecto del presente, buscará reafirmar o conservar un *estatus quo* que sea ajustado al ideal normativo, más que recomponerlo, sin perjuicio de que en ocasiones se requiera *deshacer* lo hecho para evitar la continuidad del daño o evitar su ocurrencia en el futuro. Al respecto, vale la pena destacar que, aunque se ha debatido si este tipo de órdenes corresponderían a una reparación,<sup>8</sup> parece más sustentada la idea de que deshacer algo también puede considerarse una cuestión

---

<sup>4</sup> Sucede que, en algunas ocasiones, se les denomina medidas de “reparación” a las órdenes de cesación del ilícito. En particular, encontramos esta referencia en instrumentos para la reparación de víctimas de violaciones de derechos humanos: por ejemplo, ONU, Resolución 60/147 de 2005.

<sup>5</sup> En ese sentido, los hermanos Mazeaud recogieron la tesis de la jurisprudencia francesa, según la cual no puede haber responsabilidad civil sin daño; cf. Mazeaud, Mazeaud, *et al.*, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*, p. 293.

<sup>6</sup> V. Frignani, “Inhibitoria (azione)”, en *Enciclopedia del diritto*.

<sup>7</sup> Cf. Gozaíni, *Medidas cautelares en el derecho procesal electoral*, p. 28.

<sup>8</sup> En el ámbito colombiano se destacan, a favor de la cesación del ilícito como forma de reparación. V. Henao, *op. cit.*; en contra de dicha tesis, Restrepo, “El remedio preventivo en la responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho Privado*.

preventiva, porque al igual que las conductas negativas o de omisión, el resultado que se pretende es el mismo, la evitación del daño. Si no hay razones suficientes como para darle mayor relevancia a un hacer —conducta positiva—, que al dejar de hacer —conducta negativa— respecto de ese resultado que se busca evitar, entonces ambas pueden considerarse preventivas. En esa medida, bien podrá prevenirse positivamente, como cuando estoy obligado a derribar el muro que amenaza ruina o a incorporarle refuerzos estructurales; o negativamente, por la omisión de una conducta, como cuando debo dejar de verter ciertas sustancias en el arroyo que pasa por mi predio y el de mis vecinas y vecinos.

## 2. Ausencia de nexo causal

En esta línea, si la prevención se centra en una conducta que aún no ha generado daño, sino que lo antecede en tanto hace probable su producción, mal haría en hablarse de un nexo causal. La prevención versa sobre una conducta que puede adscribirse dentro de la clase de aquellas que hacen probable cierto daño, pero no dentro de las que lo han causado.<sup>9</sup> Se sigue de lo anterior una importante dificultad a la hora de hablar, en sede de la prevención, de un vínculo causal, pues lo que hay es un posible daño con cierto grado de probabilidad en razón a cierta conducta que aún no genera ese resultado. Como es sabido, el riesgo implica una contingencia que excluye la certeza sobre el daño futuro y, en esa medida, no puede decirse que la conducta en la que se está incurriendo por parte del demandado sea una que necesariamente causará el daño, sino que probablemente lo causará.<sup>10</sup> La imputación fáctica de un resultado dañoso, como requisito del juicio de responsabilidad, no parecerá factible de invocar en este ámbito, dado que no habría un resultado específico que atribuir.

## 3. Carácter no relacional del ilícito

Lo anterior podría conducir a una dificultad al momento de afirmar que entre la persona que genera el riesgo y quienes son pasibles de él existe una relación

---

<sup>9</sup> Cf. Llamas, *Las formas de prevenir y reparar el daño*, p. 83; Cavani, “¿Qué es la tutela inhibitoria? Entiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos”, en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, p. 177.

<sup>10</sup> Bammer, “The nature of uncertainty”, en *Uncertainty and risk. multidisciplinary perspectives*, p. 298 y Riesch, “Levels of uncertainty”, en *Handbook of risk theory*.

particular que puede considerarse dentro de la órbita del derecho privado. El hecho de que aún no se haya producido un daño pondría de presente, *prima facie*, que tanto el riesgo como la prevención reportarían efectos indeterminados a favor o en contra de muchas personas en general, que podrían verse afectados fortuitamente y de manera positiva o negativa por las conductas preventivas o de creación del riesgo.<sup>11</sup> Dicho de otra manera, dado que el daño no se ha producido en alguien en específico, sino que puede recaer sobre cualquiera que eventualmente entre en el rango de riesgo de la conducta o de la cosa, no habría una relación particular entre dos extremos concretos o particulares.<sup>12</sup> Bajo esta óptica, alguien podría afirmar que los reclamos preventivos no constituirían una queja de alguien en particular, sino solo un reclamo que cualquiera podría tener en contra de la persona que genera el riesgo. Esto repercutirá en afirmar, desacertadamente, que en la prevención solamente hay un carácter “público”, dado que no están presentes en ese escenario las relaciones típicamente bilaterales que caracterizan al derecho privado.<sup>13</sup> Esta afirmación resulta imprecisa, en la medida en que desconoce la afectación que en particular el riesgo puede generar en determinadas personas, como veremos más adelante.

Las anteriores características, referentes a la ausencia de los elementos que tradicionalmente se exigen para declarar la responsabilidad civil, ponen de manifiesto que, si bien hoy en día se evidencia una mayor aceptación de la relación entre la prevención y el derecho de daños, aún podría haber alguna resistencia teórica a la hora de admitir que esta rama del derecho sea la adecuada para ocuparse de prevenir.<sup>14</sup> Con todo, la relación entre el derecho de daños y la prevención es una

---

<sup>11</sup> Keating, “Is the role of tort to repair wrongful losses?”, en *Rights and private law*, p. 308; y Keating, “The priority of respect over repair”, en *Legal theory*, p. 369.

<sup>12</sup> Este punto es evidenciado por Thomson, “Remarks on causation and liability”, en *Rights, restitution, and risk. Essays in moral theory*, al explorar el papel de la causalidad en el paradigmático caso *Summers vs. Tice*. Según ella, la causalidad del daño evita restricciones excesivas a la libertad de acción del demandado que solo actúa de manera negligente, pero sin causar pérdida alguna en el demandante. Este punto es discutido por Weinrib posteriormente, quien afirma que la causación tiene la función de particularizar al demandado en relación con el demandante, pero en conjunción con la infracción normativa; cf. Weinrib “Causation and wrongdoing”, en *Chicago-Kent Law Review*, pp. 414-416.

<sup>13</sup> V. Weinrib, *The idea of private law y Corrective justice*, principalmente.

<sup>14</sup> En ese sentido, en Llamas Pombo *op. cit.*, p. 83 se señala que “siguen existiendo graves escollos para seguir llamando ‘responsabilidad’ a algo distinto de la reparación-resarcimiento del daño. Responsabilidad

que difícilmente puede eludirse, como tampoco negarse de tajo, y que ha sido puesta de presente de diferentes maneras, como se verá a continuación.

## II. La prevención como función del derecho de daños

A diferencia de la idea de finalidad, que implica la fijación de un objetivo determinado que debe cumplirse implementando un medio idóneo para ello, la *función* se relaciona principalmente con los efectos que se producen por la implementación de un instituto. En ese sentido, bien podría el derecho de daños tener una finalidad netamente reparadora, pero cumplir, simultáneamente, una función preventiva.<sup>15</sup> Aclarado esto, se puede decir que la apelación a una función preventiva es la manera más usual en la que se afirma la relación entre el derecho de daños y la prevención. En particular, esta función suele entenderse como derivada de la manera en que opera el derecho de daños, o alguna característica específica de él, como los incentivos que provee, o de la protección que brinda a la persona, o de su estructura normativa misma, a la cual nos referiremos en el apartado III.

### 1. Prevención como función derivada de los incentivos que proveen las obligaciones en torno al daño

La reparación,<sup>16</sup> entendida en general como la obligación en la que paradigmáticamente incurre quien es declarado civilmente responsable por un daño causado, genera el efecto de desincentivar la producción de daños a quienes no desean asumir el costo que representa la compensación. La escuela del análisis económico del derecho —AED— ha registrado bien esta función, que se produce gracias a que los sujetos racionales optan por las decisiones más convenientes a efectos de alcanzar la maximización de sus recursos, esto es, las decisiones más

---

es un *posterior*, la consecuencia jurídica del daño, y la idea de prevención requiere un *prius* que encaja mal en aquel concepto, por mucho que queramos ampliarlo o deformarlo”.

<sup>15</sup> V. Acciarri, “Funciones del derecho de daños y de prevención”, en *Revista La Ley*.

<sup>16</sup> Para la distinción entre reparar y compensar, véase el capítulo 10, apartado III de este mismo manual.

eficientes.<sup>17</sup> De esta manera, si dañar injustamente representará un coste, entonces las reglas de responsabilidad lograrán proveer los incentivos adecuados para abstenerse de incurrir en él. El derecho de daños podrá operar como un mecanismo para la disminución del coste de los accidentes, en particular de los costes primarios asociados al daño mismo y los gastos de prevención, en la medida en que se adopten estándares de diligencia adecuados a la eficiencia.<sup>18</sup>

Por lo anterior, el artículo 10:101 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil afirma que el hecho de imponer una indemnización por los daños “contribuye a la finalidad de prevenirlo”, implicando que es la compensación la finalidad principal de la indemnización; y que la prevención —en sentido general— resultaría un efecto secundario que se deriva del incentivo que provee la posibilidad de quedar obligado a reparar el daño.<sup>19</sup> Una lectura similar permitiría afirmar que la disposición contenida en el artículo 1910 del Código Civil Federal de México, que establece una regla general según la cual quien obra ilícitamente y causa un daño a raíz de ello debe repararlo, generará los incentivos adecuados para que la persona agente racional no incurra en ese tipo de conductas, sino que se abstenga de realizarlas.

Como se dijo, esta idea supone un razonamiento económico que gira en torno a la eficiencia, lo que implica que si hay alguna justificación adecuada para la producción del daño será porque medie la existencia de beneficios suficientes como para compensar la externalidad negativa que supone asumir ese coste y, además, generar mayores beneficios.<sup>20</sup> En todo caso, ese compromiso con la eficiencia también implicará que, por regla general, no puedan considerarse ilícitas sino las faltas en la prevención que sean menos costosas que el daño. Si, por el contrario, sucediera que las precauciones exigidas son más costosas que el daño esperado, entonces, desde la perspectiva económica no sería racional evitar la

---

<sup>17</sup> V. sobre diferentes formas de comprender la eficiencia, Papayannis, *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*.

<sup>18</sup> V. sobre la reducción de costes como justificación del derecho de daños, Calabresi, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*.

<sup>19</sup> Cf. Magnus, “Naturaleza y objeto de la indemnización”, en *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, pp. 202-203.

<sup>20</sup> Cf. Acciarri, “El análisis económico...” *cit.*, p. 127.

causación de esa pérdida. Habría mayor riqueza en un mundo en el que se daña y posteriormente se paga la indemnización, que en aquel en el que se adoptan prevenciones más costosas que el daño que se evita.<sup>21</sup>

Como se explicó en el capítulo III, apartado VII de este manual, este razonamiento fue planteado a mediados del siglo pasado, en la famosa fórmula del juez Learned Hand, quien afirmó que se habría culpa de la persona agente cuando esta no adoptase un nivel de precaución  $X$ , siendo que el coste de adoptar las precauciones  $X$ , denominémoslo  $A$ , es menor que el valor esperado del daño:  $A < D.P$ , donde  $D$  es el coste del daño y  $P$  su probabilidad de ocurrencia.<sup>22</sup> Valga considerar que esta forma de razonamiento no solo tiene incidencia en las actividades donde se evalúa la negligencia, sino también en las actividades sometidas a regímenes de responsabilidad objetivos. En estos, pesar de que el demandante no tiene necesidad de probar la culpa del demandado, sí tiene incentivos para precaver la producción del daño; toda vez que, de no hacerlo, los costos que asuma como parte de su operación aumentarán.<sup>23</sup>

Como se puede advertir en este tipo de razonamiento, las decisiones acerca de la prevención eficiente se sientan sobre la base de poder cuantificar los elementos que son imprescindibles para la toma de decisiones. Ello quiere decir que las variables de la fórmula de Hand tienen que ser cuantificadas para obtener resultados que permitan comparar un curso de acción respecto de otro y así verificar que se trate de la opción más ajustada a la racionalidad económica. Dicho de otro modo, la conmensurabilidad de los costes y beneficios aquí no puede ser una cuestión contingente, sino necesaria para el análisis mismo que determinará qué es eficiente o no. En este punto se evidencia un problema no menor para estas tesis, con el que precisamente no les es fácil lidiar, pues (i) no siempre se tiene disponible la suficiente información para proceder a dicha cuantificación, como

---

<sup>21</sup> Así, de perverse la producción de un daño de 100, sería económicamente irracional adoptar prevenciones de 150. En este ejemplo, el agente ahorraría 50 si daña y luego paga la indemnización, que previniendo el daño.

<sup>22</sup> *United States vs. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

<sup>23</sup> Cf. Papayannis, *Comprensión y justificación...* cit., p. 45-50.

(ii) tampoco todos los elementos relevantes para los cálculos de la eficiencia cuentan con un método de cuantificación idóneo.

Respecto de lo primero, digamos que la falta de información sobre las externalidades que pueden asociarse a la actividad repercute en menores posibilidades de que las personas agentes efectúen un razonamiento que les permita ser disuadidas para no causar el daño. Si, por ejemplo, se trata de actividades que incorporan nuevas técnicas o métodos, difícilmente la persona agente podrá precaver su producción bajo la lógica económica, dada la poca información que tiene respecto de lo que dicha actividad puede causar. Con todo, podría palearse esta dificultad si las cuantificaciones correspondientes se efectúan con base en el conocimiento disponible para actividades similares, o acudir a los valores promedio con base en la información que se posee respecto de estas. En este caso, sobra decir que se tratará de un cálculo aproximado que no necesariamente atenderá la realidad de lo que sucede.

Sobre lo segundo, la cuestión resulta ser un tanto más compleja, pues existen ciertos daños respecto de los cuales se niega la posibilidad, siquiera aproximada, de una cuantificación. Este es el caso paradigmático de los llamados daños no pecuniarios o extrapatrimoniales, que por lo general se asocian a la lesión de intereses respecto de los cuales somos reticentes a cuantificar.<sup>24</sup> Al respecto, desde el análisis económico del derecho se han efectuado varias propuestas que pretenden un método de cuantificación meridianamente razonable. Se ha argumentado, por ejemplo, que para el caso de los daños correspondientes al dolor y el sufrimiento —*pain and suffering*—,<sup>25</sup> la indemnización por los daños debería corresponder al cociente de lo que la víctima habría invertido en precauciones, dividido por la probabilidad de sufrir esa pérdida en particular. Entonces, se dice

---

<sup>24</sup> Algún sector de la doctrina colombiana debate lo adecuado que resulta la denominación “extrapatrimonial” de este tipo de daño no pecuniario. Cf. en ese sentido, Henao, *op. cit.*, pp. 192-195. Otros continúan con la denominación clásica, como es el caso de Tamayo, *op. cit.*

<sup>25</sup> Al respecto, véase el capítulo X de este libro. Aunque no se presenta un solapamiento pleno entre las categorías de *pain and suffering damages* y la indemnización del daño moral, puede decirse que ambas convergen en la compensación de las aflicciones que se causan con la conducta dañosa, toda vez que esta se identifica con la idea de *pretium doloris*. Cf. sobre la idea de *pretium doloris*, Navia, *Del daño moral al daño fisiológico, ¿una evolución real?*, pp. 28-30.

que si la víctima del daño hubiese gastado 1000 para evitar un daño —no pecuniario—, cuya probabilidad de acontecer era de 0,0005, entonces su indemnización debería ser de dos millones, que es el resultado de dividir 1000 entre 0,0005.<sup>26</sup> Pero esta es solo una propuesta entre varias. También se ha pensado en usar ciertos criterios implementados en los servicios de salud, como el de la calidad ajustada por año vida —*quality adjusted life year*—, según el cual se trata de determinar el valor aproximado de vivir un año en determinada condición de salud y establecer cifras indemnizatorias según el tiempo que se permanece en dicho estado, cifras que también variarán según la gravedad de las lesiones. En ese orden, la cifra será mayor si se permanece más años padeciendo una lesión grave, que menos tiempo con lesiones menores.<sup>27</sup> El problema más destacado, en cualquiera de estos casos, es que no existe un método unificado, ni unánimemente aceptado para determinar el peso relativo de las diferentes condiciones que se afectarían a las personas.

Esta dificultad en la cuantificación de ciertos daños en ninguna manera es exclusiva del AED. Que se tome la indemnización como incentivo para ciertas conductas no implica que la determinación de la indemnización sea una dificultad que solo se afronta desde esta perspectiva. Digamos que puede asumirse que se trata de una complejidad compartida con cualquier otra aproximación teórica que aborde la práctica de la RCE. En esa medida, también desde el AED se puede admitir que la indemnización de los daños no pecuniarios cumple una función “satisfactoria” y sostener, al igual que lo harían otras perspectivas, que la indemnización genera incentivos para no dañar. En una y otra el arbitrio judicial jugará un importante papel en esa cuantificación.

Tal vez, la diferencia entre el AED y las tesis no consecuencialistas en este punto radicará en la incondicionalidad con la que, *prima facie*, las segundas podrían defender la prevención del daño, independientemente de su cuantificación.

<sup>26</sup> V. Karapanou, y Visscher, *The magnitude of pain and suffering damages from a law and economics and health economics point of view*.

<sup>27</sup> Para otras propuestas sobre cuantificación de estos daños v. Lindenbergh y Van Kippersluis, “Non pecuniary losses” en *Encyclopedia of Law and Economics*.

En efecto, para el AED no dañar estará justificado en tanto se trate de una conducta eficiente. Por lo que, si fuese eficiente la conducta contraria, es decir, que la producción del daño logre maximizar la riqueza respecto de su prevención, debería permitirse dañar. Por supuesto, este tipo de condicionalidad del AED dificulta la prevención de ciertos daños que quisiéramos evitar aun cuando generen riqueza. Si existe un video lesivo del derecho a la intimidad, cuya difusión generaría millones en ventas u otros réditos publicitarios, el AED no parece contar con argumentos muy sólidos para recomendar la evitación del daño en términos meramente económicos, o al menos no los tiene si el coste de referencia del daño que se causará a la víctima se equipara al que los jueces dispondrían a su favor en términos de indemnización.<sup>28</sup>

Lo anteriormente dicho muestra que los análisis de costos y beneficios utilizados por la escuela del AED no necesariamente conducen a la prevención en estricto sentido, esto es, a la evitación necesaria del daño por parte de la persona agente. Ya que precisamente el poder de sus argumentos reside en la capacidad de disuasión que se provee a las personas en punto de las consecuencias que se derivan de sus actos. En esa medida, las consecuencias jurídicas de las normas serán los incentivos que contribuyen a la evitación del daño, pero que dejan a disposición del agente actuar de manera dañosa o no.

Estos incentivos pueden ser mucho más fuertes cuando el monto a pagar como indemnización excede el de la entidad del daño esperado, como sucede cuando se imponen los llamados “daños punitivos”, con los que se pretende también una mayor persuasión a los potenciales causantes para que se abstengan de producir el daño de cierta forma maliciosa o abiertamente despectiva respecto de los derechos de las víctimas potenciales.<sup>29</sup> En efecto, la implementación de este tipo de

---

<sup>28</sup> V. sobre esta crítica, Vargas Tinoco, “El valor de no dañar: de la responsabilidad a la prevención” en *Filosofía del derecho privado*. Al respecto, autores como Calabresi y Melamed, en *Property rules, liability rules and inalienability: One view of the cathedral*, pp. 1111 y ss. señalarían que existe una dificultad mayúscula para poner un precio a este tipo de bienes, por lo que la intimidad debería estar protegida por un derecho inalienable, que no puede ser transigido entre las partes, dado los altos costes de transacción que ello implica. Ello no obsta para que en un escenario prejudicial la potencial persona dañadora pueda calcular los costes judiciales de violar el derecho inalienable y efectuar un cálculo coste-beneficio del que pueda llegar a considerar que le resulta beneficioso violar el derecho.

<sup>29</sup> V. para una perspectiva económica de este tema, Polinsky y Shavell, “Punitive Damages”, en *Encyclopedia of Law and Economics*, entre otros.

sanciones pueda tener una lectura preventiva que contribuye a reconocer una función del mismo tipo a la que nos hemos referido y que, en todo caso, dependerá del poder disuasorio de estos incentivos en el destinatario de la sanción.<sup>30</sup> Esta forma de contribuir a la evitación del daño ha generado fuertes debates en el seno del derecho continental en la medida en que, en principio, parecería reñir con la idea de una reparación integral del daño.<sup>31</sup> De esta idea se derivaría una limitación para que todo aquello que exceda el objetivo meramente reparador quede —o deba quedar— por fuera del ámbito del derecho de daños.<sup>32</sup> Al respecto de esta discusión, solo podemos remitirnos a los interesantes matices que de ella se exponen en el capítulo XI de esta obra. En este se advierte solamente, que las consecuencias normativas de causar el daño sean indemnizatorias en sentido reparador o sancionador, en manera alguna parecen garantizar que este no se produzca, pues no implican el deber ni la obligación de que la fuente de riesgo cese o disminuya por parte de quien la controla, que en últimas analiza si se trata de incentivos suficientes o no para adoptar una u otra conducta.

Lo anterior no quiere decir que el AED no haya contemplado prevenciones en estricto sentido. De hecho, autores como Calabresi han señalado que una de las maneras de reducir los costes primarios de los accidentes es a través del método colectivo, según el cual se prohíben ciertas actividades riesgosas y, por ende, se suprime la fuente de un riesgo en particular.<sup>33</sup> Con todo, si el propósito de las normas que imponen estas prohibiciones también es económico, y por ende su justificación es del mismo tipo, se trata de prohibiciones que tendrían que explicar

---

<sup>30</sup> Cf. Llamas Pombo, *op. cit.*, p. 58, Coderch y Castiñera, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, pp. 113-115. Con todo, y aunque no hay una relación necesaria entre prevenir y castigar, pues la prevención puede darse mediante herramientas alternativas a la sanción privada, es usual considerar que se sanciona para evitar que suceda nuevamente el daño.

<sup>31</sup> Los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés dispusieron una respuesta eminentemente reparadora del daño. Sin embargo, la reforma reciente a dicho código admitió la sanción indemnizatoria para ciertos casos, en ninguno de los cuales se dejó a la víctima como beneficiaria directa de esa sanción.

<sup>32</sup> En el caso mexicano, donde ya se ha implementado la figura en algunas decisiones, se han elevado algunas preocupaciones respecto de la adopción de los daños punitivos, principalmente relacionadas con la exhaustividad de los criterios usados y los argumentos que soportan esa utilización —v. Pérez Fuentes, “Los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*—.

<sup>33</sup> Cf. Calabresi, *op. cit.*, p. 85.

por qué no solemos asignar valoraciones económicas a ciertas cosas o a ciertos daños y, en ese orden, por qué prevenir no es solamente una cuestión de cálculo sobre los costos y beneficios implicados en una negociación sobre ellos.<sup>34</sup>

## 2. La prevención como función derivada de la protección jurídica de ciertos bienes y personas

Dicho lo anterior, la idea de una “despatrimonialización” del derecho puede resultar problemática para la capacidad del AED de justificar la prevención, porque lo más que puede hacer respecto de ella es acoger la función satisfactoria de la indemnización, más no proveer una justificación para evitar la causación del daño en primer lugar. Por su parte, para las aproximaciones no consecuencialistas, el carácter no patrimonial podría indicar la necesidad de no llegar a activar la función compensatoria de la RCE, básicamente porque el dinero no sería la mejor manera de proteger los derechos de las personas. Si se insiste en ese carácter no patrimonial del que gozarían ciertos derechos e intereses, la prevención ya no podría estar en función de un análisis costo-beneficio porque los beneficios y el coste del daño no estarían en un mismo nivel, ya que no podrían analizarse bajo un razonamiento que permita una determinación numérica de ciertos “costes”.<sup>35</sup>

En ese orden, desde otra perspectiva podrían esgrimirse razones de otra índole que propugnan por la función preventiva del derecho de daños, y que apuntan a proteger la inconmensurabilidad de los bienes en juego que pueden ser afectados con el daño. Bajo este argumento, no dañar será prioritario en tanto el valor del estado de indemnidad de ciertas cosas sea inconmensurable. Habría entonces una superioridad en el valor de la indemnidad porque ciertos elementos como los sentimientos, extremidades, funciones orgánicas, entre otros, no tienen ningún mercado análogo que permita otorgar una suma sustitutiva para recuperarlos.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> De hecho, en el criterio de Calabresi y Melamed algunos motivos para negarse a transigir sobre ciertos bienes son meros “moralismos” —Calabresi y Melamed, *op. cit.*, p. 1112—.

<sup>35</sup> V. para una crítica sobre la idea del daño como uno que se calcula según operaciones entre costes y beneficios, Shiffrin, “Harm and its moral significance”, en *Legal theory*.

<sup>36</sup> V. una perspectiva similar se encuentra en Keating, “Principles of risk imposition and the priority of avoiding harm”, en *Revus*.

Por otra parte, recientemente se ha enfatizado en un sentido protector del derecho de daños que permitiría la prevención como una forma de amparar a la parte vulnerable en una interacción. En ese orden, se ha sostenido que la idea de prevenir el daño en la RCE obedece a un llamado principio “*pro damnato*” o “*pro victimae*”.<sup>37</sup> Dicho en breve, la idea sería que, dado que existe un principio de esa índole en el derecho de daños, una función como la preventiva tiene lugar en el derecho de daños por ser una expresión de la protección de la parte débil.

Al respecto, me parece que esta idea no se ajusta muy bien al escenario preventivo, principalmente porque no es del todo claro en qué sentido alguien bajo riesgo se considera débil ante quien lo genera. En primer lugar, habría que complementar la tesis con algún criterio de regularidad o “normalidad” de los riesgos que se imponen en la comunidad para poder considerar que solo algunas personas y no otras son “víctimas” de los riesgos de otros, a pesar de que ellas mismas también son generadoras de riesgo.<sup>38</sup> En segundo lugar, habría que distinguir que la vulnerabilidad ante las acciones de otro no necesariamente implica la debilidad, en todo el sentido, de quien es pasivo del riesgo. Así, el sometido a riesgo puede contar con medios alternativos efectivos para protegerse del daño que se le puede causar, como por ejemplo adoptar medidas preventivas y luego recobrar su coste al generador del riesgo.<sup>39</sup> Por esta razón, puede cuestionarse que la “debilidad” de una parte solamente dependa de ser pasible de un riesgo. Parece que otros factores, como la capacidad financiera para asumir medidas precautorias por su propia cuenta o la disponibilidad de acciones judiciales alternativas ante el riesgo, también deben tener incidencia en la calificación de alguien como “débil”, “vulnerable” o “víctima” del riesgo. Piénsese que una gran empresa multinacional puede estar en riesgo de sufrir pérdidas a raíz del transporte defectuoso

<sup>37</sup> Solarte, “El principio *favor victimae* y su aplicación en el derecho colombiano”, en *Anuario de Derecho Privado*, p. 279.

<sup>38</sup> V. una tesis en ese sentido en Fletcher, “Fairness and utility in tort theory”, *Harvard Law Review*.

<sup>39</sup> Al respecto, v. el apartado III.3 del capítulo I de este manual. Entre tanto, se ha reconocido en instrumentos de *soft law* que quien se encuentra en una situación de riesgo puede valerse de la figura de los preventive damages o gastos preventivos para evitar sufrir el daño. En este sentido, los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil disponen en su art. 2:104 que “[l]os gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables”.

de sus productos, pero no por ello entenderíamos que es una parte “débil” respecto de quien genera esos riesgos, aun cuando pueda ser vulnerable a sufrir ciertas pérdidas. En tercer lugar, es cuestionable que el derecho de daños, en tanto derecho interpersonal que supone la igualdad de las partes, atienda *a priori* a los intereses de una de ellas por encima de los de la otra; de manera que su objetivo sea satisfacer unilateralmente los intereses de esa parte como una cuestión de *principio general*. En esa medida, un enfoque generalizado que sea *pro* víctima puede conllevar el riesgo de confundir la RCE con otras instituciones que operan precisamente para ayudar a las víctimas de daños a recuperarse de estos independientemente de su causa, tal como lo hacen los fondos de compensación y de seguridad social públicos.<sup>40</sup>

Frente a las tesis anteriores, una tercera vía podría resultar más acorde con los fundamentos morales de la RCE a la hora de justificar medidas preventivas y así poder afirmar una función de la misma naturaleza. En efecto, podría argumentarse que, independientemente de la dificultad de cuantificar una pérdida y sin necesidad de apelar a la debilidad o victimización de alguien en particular, hay razones morales que fundamentan nuestros derechos frente a otros; específicamente, existen razones que involucran la idea de respeto, a partir de la cual se debe considerar que el estado de indemnidad de alguien es prevalente respecto de la reparación del daño. Este argumento permite inteligir una suerte de necesidad normativa de evitar el daño en primer lugar, independientemente del carácter reparable o reemplazable de la cosa dañada. Ello es así porque se considera que, aún en las hipótesis en que un daño de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial fuese íntegramente reparado, existirá una diferencia irreconciliable entre (i) dañar y reparar y (ii) no dañar, que parte de distinguir una situación normativamente ideal (de respeto hacia otro), de una en la que se ha producido un irrespeto previo y que infructuosamente trata de recrear ese ideal normativo mediante una situación fáctica posterior —la reparación—. La reparación no podría, en ningún caso, reproducir las razones normativas asociadas al respeto, en virtud de las cuales no

---

<sup>40</sup> Cf. para una crítica al respecto, Perry, “Comment on Coleman: Corrective justice”, en *Indiana Law Journal*, pp. 394-396.

se debía dañar al otro en primer lugar, y ello es así porque ese respeto requiere que se consideren seriamente su conservación y la de los medios de los que dispone la persona, pues de lo contrario se perdería el sentido mismo en que alguna persona debe ser “respetada” como alguien valioso en su posición normativa. En esa medida, atender a esas razones provee una justificación para prevenir el daño e implementar deberes y obligaciones jurídicas tendientes a dicho fin como parte de la RCE.<sup>41</sup>

Respecto de estas consideraciones morales, y el contraste con las perspectivas económicas, es interesante observar que en el artículo 20 del Código Civil para el Distrito Federal —actualmente Ciudad de México— se encuentra una disposición que, al parecer, excede el razonamiento meramente consecuencialista en torno a los derechos, dando preferencia a la evitación del daño. En efecto, dicha norma consagra que “[c]uando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro”. En ese sentido, parece claro que un tipo de norma como esta le da una prelación a aquellos intereses en juego que sean diferentes a los meramente lucrativos, implicando que aquellos aportan más razones para evitar la producción del daño. Se deduce de dicha redacción que el Poder Legislativo *no* ha querido ligar la solución de las controversias jurídicas a cierto tipo de razonamiento económico, por lo que tendrían cabida argumentos como los esbozados en el párrafo anterior. Esta interpretación es claramente reforzada por la idea de la constitucionalización del derecho, con la cual se resalta la susceptibilidad y aptitud que deben tener todas las ramas del ordenamiento jurídico al momento de proteger los derechos fundamentales e implementar efectivamente los valores dispuestos en la Constitución —entre ellos el de la dignidad—. Por esa vía, si la RCE compensa el daño, entonces su mejor interpretación a la luz de las disposiciones constitucionales de *protección* de los derechos podría forzar una ampliación de su margen de acción al momento anterior al daño.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Vargas Tinoco, *op. cit.*

<sup>42</sup> Cf. sobre la práctica interpretativa así concebida, Dworkin, *Law's empire*, pp. 57-59.

### III. La prevención en la estructura normativa del derecho de daños

Hasta aquí, ha podido evidenciarse que la idea de adjudicar una función preventiva al derecho de daños puede provenir de diferentes fuentes, unas asociadas a los incentivos que proveen las obligaciones en torno al daño, y otras relacionadas con el sustrato axiológico o normativo-moral que tendrían los derechos e intereses de las personas frente al eventual daño que conlleva el riesgo. Estas últimas podrían proveer sustento a verdaderos deberes de prevención del daño, puesto que no se basan en meros incentivos para no dañar que implican una prerrogativa —y no un deber— de hacer cesar el riesgo o disminuirlo respecto de otro. Es por ello por lo que, quienes confunden los incentivos que contribuyen a la evitación del daño —“prevención” en sentido general o impropio—, con la prevención en sentido estricto, señalan que la función preventiva tiene un carácter secundario respecto de las demás<sup>43</sup> e incluso señalan que es un “subproducto de la compensación”.<sup>44</sup>

Sin embargo, ese pensamiento ignora los argumentos relacionados con el valor del sujeto protegido y el respeto que se le debe a él en tanto titular de derechos, lo que conlleva la realización de conductas dirigidas a la preservación de su valor y que serán típicamente preventivas en sentido estricto. Este tipo de argumentos permite una interpretación de la RCE mucho más favorable a una función preventiva, porque contribuye a entender que la estructura normativa de esta práctica se fundamenta en argumentos más propicios al deber de no dañar. Por esa misma vía, la existencia de normas o deberes preventivos puede entenderse como una expresión de ese tipo de justificación, y no como herramientas extrañas al derecho de daños, dado que la evitación del daño compaginará con la estructura normativa de esta práctica, implícita o explícitamente.

<sup>43</sup> Cf. sobre una pretendida pluralidad de funciones de la responsabilidad civil, Llamas Pombo, *op. cit.*, pp. 53-59. Con todo, el autor, señala que la “genuina” función de la responsabilidad es la reparación del daño —*Ibid.*, p. 54—.

<sup>44</sup> Pantaleón, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas)” en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, p. 293.

En ese sentido, puede ser el caso que los deberes de conservación que emanan de la idea de respeto sean expresamente exigibles dentro de un ordenamiento jurídico a través acciones preventivas específicas que, por su misma relación con los derechos que distribuye la RCE<sup>45</sup> pueden entenderse como parte de ella. De hecho, en nuestro ámbito latinoamericano, destacamos que Don Andrés Bello tuvo a bien disponer para el código chileno, primeramente, una acción que llamó “por daño contingente”, que puede ser interpretada como una verdadera acción preventiva para cualquiera o para quien pudiera estar siendo especialmente afectado por un riesgo. Dicha acción quedó establecida en el artículo 2333 del código de ese país y replicada con mínimas diferencias en los códigos de Colombia —artículo 2359—, Ecuador —artículo 2236— y del Salvador —artículo 2084—. <sup>46</sup> En virtud de dicha norma se concede una “acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de estas podrá intentar la acción”. Más contemporáneamente, el Código Civil y Comercial de Argentina dispuso de manera expresa una acción preventiva en su artículo 1711 que, a diferencia de la acción por daño contingente, no se trata de una acción que requiera de una conducta que pueda ser calificada como “imprudente o negligente”, sino que basta con que sea una que previsiblemente vaya a causar un daño. <sup>47</sup>

A pesar de que cada vez hay más voces que señalan al remedio preventivo como uno que hace parte de la responsabilidad civil, pretendiendo así una comprensión más amplia de esta rama, <sup>48</sup> sucede que teóricamente la idea de prevenir encuentra todavía obstáculos para ser vinculada a la estructura normativa del derecho de daños. En particular, por las dificultades que puede implicar establecer

<sup>45</sup> Estos serán profundizados en el apartado III.3.

<sup>46</sup> V. al respecto, Diez Schwerter, “La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días”, en *Revista de Derecho Privado*.

<sup>47</sup> La redacción del artículo 1711 de la codificación argentina ciertamente no es la más clara y se presta para algunas dudas. Si bien se dice que se prescinde de un factor de atribución, se exige que la conducta que haga probable el daño sea “antijurídica”. La duda, por supuesto, radica en cómo determinar la antijuridicidad de esa conducta sin acudir a ningún criterio normativo —culpa, riesgo u otro— que permita calificarla como tal. V. al respecto, capítulo I, apartado II.3.A.

<sup>48</sup> V. Restrepo, *op. cit.*

un vínculo *bilateral* entre quien pone en riesgo a otra persona y quien es pasible de este.<sup>49</sup> Sin embargo, y como se verá a continuación, existen varias tesis que son compatibles con la identificación de deberes primarios de abstención del daño, o razones para no dañar dentro de la estructura interpersonal de la RCE. Esto permitiría interpretar que la reparación del daño no es el fin ni el valor único de las normas implicadas en esta práctica, y que las acciones preventivas que se incorporen en el sistema jurídico pueden tener cabida dentro de esta rama del derecho como una forma de reforzar o proteger el cumplimiento de tales deberes primarios, y no como acciones jurídicas extrañas a esta práctica. De esa manera, será posible afirmar que la prevención en sentido estricto también puede ser comprendida y justificada como parte de la RCE, siempre que se adopte una concepción de justicia interpersonal que exceda a la mera rectificación del daño causado.

## 1. Derechos primarios contra el injusto normativo

Según Ernest Weinrib, el derecho de daños incorpora la justicia correctiva que, por lo mismo, se ocupa de enmendar situaciones normativamente injustas que una parte le causa a otra, violando los derechos de ella y sus respectivos deberes propios.<sup>50</sup> Esta tesis, en principio, no parece reñir con la prevención en tanto que el autor señala que los remedios responden a la idea de compatibilidad entre las esferas de libertad de las personas. Ante los cuestionamientos sobre la fijación hacia el pasado de la justicia correctiva, por los cuales no se puede dar cuenta de remedios preventivos como las órdenes judiciales dirigidas a hacer cesar el riesgo (*injunctions*), Weinrib sostiene que sería un error pensar que esta forma de justicia implica solo ofrecer una reparación para un daño consumado; puesto que el remedio se ajusta al derecho, según la etapa en la que se encuentre. Así, no sería correcto considerar “que uno puede cumplir con el deber de abstenerse de agraviar *ex ante* al compensar a la víctima *ex post*”.<sup>51</sup> Según señala, “la continuidad

<sup>49</sup> V. *supra*. También, Weinrib, “Causation and wrongdoing”, *cit.*; y Weinrib, *Corrective justice... cit.*

<sup>50</sup> Cf. Weinrib, *Corrective justice... cit.*, p. 17.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 93.

del derecho y el remedio significa que la misma relación de derecho y deber continúa a través de una secuencia de escenarios que, en el lado del deber, requiere diferentes acciones específicas[ ...] lo que cuenta como cumplimiento del deber en determinada etapa es determinado por las acciones que este requiere para esa etapa, no en una previa o subsecuente”.<sup>52</sup> Evidentemente, esto implica que aquello que requiere el derecho en el momento previo a su infracción es un comportamiento adecuado a ese estadio, esto es, un comportamiento respetuoso de esa libertad que se encuentra protegida bajo la imposición de un deber correlativo a otro. En esa medida, no debería alegarse la posibilidad de reparación futura como un pretexto para la infracción del derecho, pues la reparación no sería la forma adecuada del deber en una etapa en la que el derecho no ha sido violado aún.

Nótese que este argumento tendría una importante implicación, cual es la de aceptar que la correlatividad entre derecho y deber no se produce solo con ocasión de la infracción de aquel. Es decir, si el nexo entre derecho y deber *continúa* después de la infracción, está implícito que la conexión entre los dos extremos ya existía y, en ese orden, es que puede “continuar”. De manera que, si la correlatividad se presenta como una cuestión de compatibilidad de libertades, entonces no es producto de la violación del derecho, sino por la dirección de este y la necesidad de ser respetado interpersonalmente. Como lo señala el autor, “un acto es consistente con la libertad de otro cuando es compatible con los derechos de esa persona. Así, tener un derecho implica que otros actores están bajo la necesidad moral de abstenerse de infringirlo”.<sup>53</sup> Bajo esta argumentación, es posible pensar que los escenarios en los que se producen ciertos riesgos que pueden llegar a desencadenar la violación de un derecho pueden ser objeto de un remedio, como es el caso de los mandatos judiciales preventivos.

Sin embargo, existen ciertas acciones que tienen un sentido mucho más preventivo, en tanto más anticipado a cualquier afectación, como el caso de las órdenes judiciales que por temor al daño podrían impetrarse para que este no ocurra

---

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 122.

—*quia timet injunctio*—. Estas acciones no atienden necesariamente a la infracción de un derecho, sino ante el peligro de que esa infracción suceda,<sup>54</sup> con lo cual la justicia correctiva en estos casos se vería forzada a afirmar la existencia de un deber de no imponer riesgos a otros, para poder corregir allí una infracción normativa. Aunque Weinrib parece no estar del todo convencido con esta salida, porque dice que una prohibición de generar riesgo conduciría a negar la posibilidad moral de la acción,<sup>55</sup> habría que considerar que estar sometidos a ciertos riesgos irrazonables que nos pueden afectar en nuestras decisiones también es algo que niega la posibilidad de la acción.<sup>56</sup>

## 2. Razones primarias para no dañar

Desde otra orilla, John Gardner defendió que, en el ámbito del derecho de daños, los remedios intentan satisfacer en un momento posterior aquellas razones que se tenían para cumplir con el deber primario que, en el caso de la RCE, consiste en no cometer el ilícito civil en primer lugar. En ese orden, el deber secundario se justifica como un eco racional del deber primario que fue incumplido o desatendido previamente. Como lo señala el autor, por lo general, “la razón por la que uno tiene un deber se duplica como una posible razón para cumplirlo”.<sup>57</sup> Así las cosas, el deber secundario busca ser lo “segundo mejor” a favor de las razones que no fueron satisfechas en ese primer momento, como cuando se incumple una promesa de llevar a tus hijos a la playa, siendo ahora pertinente ir a la playa el siguiente día más adecuado para ello.<sup>58</sup>

Se podría pensar que, si esto es así —es decir, si las razones primarias tienen la suficiente fuerza como para trascender a un segundo momento en el que se debe proveer para ellas “lo siguiente mejor” que puede hacerse a su favor—, entonces la tesis de la continuidad propuesta por el autor supone una suerte de movimiento

<sup>54</sup> Cf. Burrows, *Remedies for torts and breach of contract*, p. 543.

<sup>55</sup> Cf. Weinrib, *La idea de derecho privado*, p. 181.

<sup>56</sup> Con todo, en su momento Weinrib no descartó que “en un futuro” la ausencia de riesgo pudiese afectar la encarnación de la voluntad libre de la persona —*Ibid.*, p. 187—.

<sup>57</sup> Gardner, *From Personal Life to Private Law*, p. 28.

<sup>58</sup> Cf. Gardner, “What is tort law for? Part I”, en *Law and philosophy*, pp. 28-33.

de las razones, de un *momento 1* a un *momento 2*, a causa de esa fuerza. Dicho de otro modo, la tesis de la continuidad supone una suerte de “tesis del ímpetu” o “de la fuerza inicial” de esas razones, en cuanto ellas tenían una intensidad primaria que permite que sean atendidas —aunque de modo imperfecto— en un segundo momento.<sup>59</sup> Se sigue de lo anterior que, si esas razones revisten la suficiente fuerza como para requerir conformidad en un segundo momento posterior al incumplimiento, entonces esa fuerza inicial fundamenta también su satisfacción en el primer momento —antes de ser desatendidas, y no solamente en uno posterior—.

Aunque esta tesis le da un protagonismo a la perspectiva retrospectiva, al enfatizar en la *restitutio* de la víctima —esto es, observar el camino que llevaba ella antes de ser afectada—,<sup>60</sup> no implica que el autor considere que todo el derecho de daños deba orientarse en esa misma dirección. De hecho, puede ser el caso que se tenga el deber de tener cuidado con quien se está poniendo en peligro, y en ese sentido estar obligado a cesar la conducta riesgosa; precisamente porque le está afectando algunos o todos sus valores o intereses a esa persona. En ese caso, el deber de cuidado buscará proteger el valor de esa persona que estaría en una situación vulnerable ante la persona generadora del peligro, por lo que hay razones para que ese cuidado se implemente, aún con independencia de las relaciones especiales que tengan las partes en esa interacción.<sup>61</sup>

### 3. Derechos y deberes de indemnidad

De lo dicho hasta aquí podría decirse que la estructura normativa de la RCE, cuando es entendida como una que incluye razones o derechos —según el caso— de carácter primario o anterior al daño que se relacionan con un estado de indemnidad, permite interpretar de una manera más coherente que en esta práctica es normativamente ideal no dañar, antes que reparar el daño cuando este se produce. Si bien la conexión entre la obligación de reparar y la de evitar el daño no es

<sup>59</sup> V. Vargas Tinoco, *op. cit.*

<sup>60</sup> Cf. Gardner, *From personal life... cit.*, p. 188.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 56-57.

lógicamente necesaria, la desconexión entre estas hace ver la práctica como incoherente y moralmente deficitaria frente a una interpretación que liga ambos deberes. En ese sentido, Papayannis ha interpretado que el derecho de daños cumple una función distributiva en virtud del cual se asignan a las personas derechos y deberes correlativos, concernientes a no ser dañado, o como él los llama, “derechos y deberes de indemnidad”.<sup>62</sup> Estos derechos y deberes son del tipo de los bienes primarios que Rawls afirmaría que el derecho distribuye entre la sociedad para permitir una vida en condiciones de libertad y seguridad adecuadas; y que, en este caso, consisten en no ser dañado y no dañar de determinadas maneras —con culpa, dolo o actividades riesgosas—.<sup>63</sup>

Esta tesis explícita de manera más fuerte la intuición que otros autores también han puesto de presente, en particular, que los deberes de trato que implementa la RCE están paradigmáticamente dirigidos a evitar el daño a otros. Así, las reglas que imponen conductas determinadas, y que permiten definir la diligencia de alguien hacia otro, también implican deberes a ser tratados de cierta manera por parte de otros. En ese sentido, John Goldberg y Benjamin Zipursky han señalado que:

el derecho de daños contiene una serie de reglas, incluidas las reglas que definen los varios ilícitos civiles y que en consecuencia generan deberes relacionales que son debidos por algunas personas hacia otras. Estos son típicamente *deberes de abstenerse de actuar sobre otros de ciertas maneras*, y las reglas que las generan simultáneamente generan derechos en contra de ser tratado de esa manera [...]. En el derecho de daños [...] los deberes en cuestión son típicamente deberes de evitar dañar injustamente a ciertos otros, y los *derechos son derechos contra ser dañado de esa manera*.<sup>64</sup>

Dicho esto, se puede considerar que una interpretación en la que la prevención tiene lugar en la estructura normativa de la RCE es mucho más coherente con los derechos y deberes que integran esa práctica jurídica antes y después del daño,

<sup>62</sup> V. Papayannis, *Comprensión y justificación... cit.*; y Papayannis, *El derecho privado... cit.*

<sup>63</sup> Cf. Papayannis, *El derecho privado... cit.*, p. 76.

<sup>64</sup> Goldberg y Zipursky, *Recognizing wrongs*, pp. 82-83. Énfasis añadido.

pero también porque permite entender que las acciones preventivas no tienen por qué tener fundamentos ajenos a los del derecho de daños, como quiera que en ambos están presentes razones y derechos relativos a no dañar.

Ahora, habría que especificar que, si bien un derecho de indemnidad en estricto sentido no se quebranta por la realización de una conducta altamente riesgosa o negligente, porque no habría daño, ello no tiene que derivar en una desprotección de la persona ante ese tipo de conductas.<sup>65</sup> Bien podría la legislación haber otorgado una protección jurídica o judicial en esos casos a favor de quien detenta el derecho y lo ve amenazado por una conducta irrazonable que evidencie la proximidad del daño. En ese sentido, una medida preventiva permitirá que el derecho de indemnidad no sea lesionado, pero no porque haya habido un quebrantamiento efectivo de este, sino precisamente porque parte de lo que implica tener un derecho es tener la posibilidad de defenderlo ante su probable quebrantamiento. Ahora, de no haberse provisto un recurso preventivo de ese tipo, aún podríamos hablar de un derecho de daños, pero sería uno deficitario respecto de sus fundamentos morales y de las razones y derechos que están en juego en su estructura normativa. Esta idea de protección de derechos tiene algunas implicaciones que serán analizadas en el apartado IV de este capítulo, dado que otras áreas del derecho también pueden concurrir en esa protección contra el daño probable.

#### 4. La naturaleza mixta de la prevención

Como se afirmó, parte de lo que comprende tener un derecho es la posibilidad de que este sea respaldado institucionalmente, de manera que se evite su infracción o se provea una reparación en caso de ser infringido.<sup>66</sup> En esa medida, la evitación del daño puede entenderse como parte de lo que implica tener un derecho a no ser dañado, de manera que se proteja esa titularidad en el momento adecuado para que no resulte fútil tener un derecho a tal cosa. En efecto, tener

<sup>65</sup> Tanto Papayannis, *Comprensión y justificación... cit.*, p. 143, como Goldberg y Zipursky, *op. cit.*, p. 183, niegan que dañar y arriesgar un daño se trate de las mismas acciones y, por tanto, de las mismas incorrecciones.

<sup>66</sup> Cf. Raz, *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, p. 256

un derecho a “no ser dañado” no equivale a tener un derecho alternativo “a no ser dañado” o “a ser reparado cuando uno sea dañado”.

Sin embargo, y como se advirtió antes, esta lectura encuentra problemas al momento de entenderla como una operación de justicia correctiva, cuando se entiende esta como una justicia meramente reparadora. En esa línea, Van Boom señala que la “corrección por definición implica enmendar el agravio después de que ha sucedido; la corrección por definición mira hacia atrás”.<sup>67</sup> A lo que añade que el derecho privado opera *ex post*, de manera *restauradora* del ilícito y *específicamente* respecto de alguien.<sup>68</sup> Dicho esto, la crítica ya anticipada advierte una falta de bilateralidad de la prevención que no le permite encajar en la RCE.

¿Qué hacer con esas objeciones que se derivan de una concepción meramente reparadora de la justicia correctiva? En aras a solucionar la cuestión, ayudaría mucho examinar cuán relacional puede ser un deber primario de no imponer ciertos riesgos a las demás personas, riesgos que puedan ocasionar un daño reparable. Al respecto, primero debería considerarse que, incluso las tesis que podríamos pensar como más “ortodoxas” sobre la justicia correctiva —como la de Weinrib—, se enfocan en la incompatibilidad de las conductas de las personas, y no en una sola hipótesis de incompatibilidad como la causación del daño. Asimismo, aun cuando se admitiera una lectura netamente reparadora, podría llegarse a la conclusión de que la sola reparación del daño no puede tener una función “esencial” dentro de esta práctica. Al respecto, Hanoch Sheinman ha destacado que, históricamente, es muy difícil pensar que el deber de reparar un daño es

---

<sup>67</sup> Van Boom, “Prevention through enforcement in private law” en *Prevention in law*, p. 32.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pp. 33-34. En efecto, el autor señala que hay varias características que dificultan la prevención dentro del derecho privado. En particular, observa tres de ellas que parecen oponerse a que la prevención que brinda el derecho privado sea eficaz.

La primera consiste en atribuirle al derecho privado un carácter *ex post*, según el cual las respuestas jurídicas se centran en remediar un ilícito que ya se ha materializado.

En segundo lugar está el carácter restaurador, según el cual los remedios se enfocan en corregir un agravio, de manera que buscan poner a la parte dañada en la posición más cercana a la que habría estado si el ilícito no se hubiese producido.

Finalmente, está la característica de la especificidad, que mantiene que los remedios del derecho privado buscan proveer respuesta para un caso específico y hacia un demandante en particular, teniendo como finalidad hacer justicia en ese caso en concreto.

autosuficiente en términos justificatorios. Así, en algún momento histórico el daño producido, cuya reparación se ordenó, tuvo que ser reparado en razón a la preexistencia de un deber preventivo para cierta clase de personas, consistente en abstenerse de cierto comportamiento respecto de otra clase. La infracción de ese deber tornó injusto el daño y de allí se ordenó su reparación.<sup>69</sup> Así, si los deberes primarios no están esencialmente fundados en la reparación —al menos no totalmente y, hasta cierto punto, no lo están en absoluto—, entonces la justicia correctiva —meramente reparadora— no puede constituir el único fundamento de la RCE.<sup>70</sup>

Estas consideraciones conducen a pensar en la interesante discusión que ha habido sobre el carácter relacional del deber de diligencia, que puede ser leído como un deber *respecto de los riesgos* que se crean, expuesta con ocasión del clásico asunto *Palsgraf vs. Long Island Rail Co.* En dicho caso, decidido por la Corte de Apelaciones de Nueva York en 1928,<sup>71</sup> se discutió si la demandante —una mujer que resultó herida después de que le cayera una báscula encima por la explosión de un paquete que contenía explosivos y que estalló a raíz del intento de dos empleados de la empresa de trenes demandada de ayudar a un hombre a subir a un vagón— debía ser indemnizada por los daños que se le produjeron, pese a que se encontraba a varios metros de esas personas.

En esta decisión se plasmaron dos tesis, una de ellas expuesta en la opinión mayoritaria presentada por el juez Benjamin Cardozo, y otra en el voto disidente del juez Andrews. El primero expresó que no había lugar a responsabilizar a la empresa en tanto no hubo negligencia respecto de Helen Palsgraf, quien estaba *fuera*

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 44. Conforme con lo anterior, añade que los deberes primarios son más importantes que los secundarios, lo cual podría evidenciarse con un experimento mental, según dice. Podríamos imaginar la existencia de un sistema en el que solo existieran deberes primarios y no secundarios y ello no nos arrojaría como resultado un sistema incoherente. Tal vez uno poco probable, debido a que pocos se apegarían al deber espontáneamente en ausencia de un deber de reparación. En cambio, un sistema con solo deberes secundarios sería inconcebible, en tanto no podría siquiera haber agravios injustos que debamos reparar si no es por la infracción a deberes primarios que no son de justicia correctiva.

<sup>71</sup> *Palsgraf vs. Long Island Railroad Co.*, 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928). Aunque en primera instancia las pretensiones de la demandante prosperaron, la Corte de Apelaciones de Nueva York revocó el fallo y decidió a favor de la empresa ferroviaria, dada la inexistencia de un deber de diligencia hacia la demandante en particular, según los argumentos de Cardozo.

*del rango de peligro previsible* que era aprehensible por la demandada. Este razonamiento implicaba que el deber de cuidado no se tiene de manera indeterminada hacia cualquiera en general, sino de manera relacional respecto de quienes pueden resultar afectados por los actos propios —estando la demandante fuera de ese rango—. En palabras de Cardozo, “el acto negligente es injusto en el sentido en que es antisocial, pero injusto y antisocial en relación con otros viajeros, solo porque el ojo que lo vigila percibe el riesgo de daño [...] el riesgo razonablemente percibido define el deber a ser obedecido, y el riesgo importa una relación; es el riesgo hacia otro o hacia otros dentro del rango de aprehensión”.<sup>72</sup> De su parte, Andrews disintió del fallo al sostener que el acto negligente lo es en general, ante cualquiera que pueda estar en el rango de peligro, y no solo para quienes fueron puestos bajo el rango de riesgo en particular. En ese sentido, señala que “cada uno debe *al mundo en general* el deber de abstenerse de aquellos actos que puedan amenazar irrazonablemente la seguridad de los otros”.<sup>73</sup>

La decisión anterior, usualmente citada respecto de la idea de causa próxima del daño, también tiene relación con la estructura normativa del derecho de daños, en particular, con los deberes y derechos relacionados con la evitación del daño a otros, que son expresados en el deber de diligencia. Cardozo y Andrews debatieron en su momento sobre una cuestión respecto de la cual aún hoy puede haber disenso y suscitar discusiones interesantes. Por un lado, las afirmaciones de Cardozo han sido tomadas como base para argumentar que las situaciones sobre las que versa la justicia correctiva son, precisamente, relacionales.<sup>74</sup> Por otro lado, el argumento del juez Andrews señalaba un deber de cuidado de tipo abierto,

---

<sup>72</sup> Tomado de «[https://nycourts.gov/reporter/archives/palsgraf\\_lirr.htm](https://nycourts.gov/reporter/archives/palsgraf_lirr.htm)», consultado por última vez el 18 de agosto de 2021. Cabe destacar que Cardozo admite que, en algunos casos de peligro inminente, como disparar, el riesgo abarca también a cualquiera que pueda ser alcanzado por el proyectil, independientemente de que haya sido previsible ser alcanzado por él.

<sup>73</sup> Énfasis añadido. Según esta misma opinión, una cuestión distinta sería que quien resulte dañado lo sea con una consecuencia inesperada o imprevisible que no se produciría en ese tipo de eventos, caso en el cual no habría causa próxima respecto de esa persona, más sí habría habido negligencia.

<sup>74</sup> En esa medida, la justicia correctiva señala una correlatividad implícita en la estructura normativa entre las partes del litigio, la cual especifica la posición de ellas, la una respecto de la otra. En este sentido, y con apoyo en la noción kantiana de derecho subjetivo, se ha dicho que la correlatividad es intrínseca a la significación normativa de los derechos, entendidos como los lineamientos condicionales que permiten a las acciones humanas coexistir; Cf. Weinrib, *The idea of private law... cit.*, pp. xiv-xvi.

debido al público en general y a favor de cualquiera que resultase dañado por un efecto previsible del riesgo.

Aunque el argumento de Cardozo fue el vencedor en la corte, no quiere decir que a Andrews no le asistiese ninguna razón en lo que respecta al interés que despierta la evitación del daño. La cuestión de la prevención se vincula con la diligencia que le debemos a otros, que a su turno se relaciona con el ámbito de la responsabilidad por nuestros hechos y la manera como entendemos que debemos tratar a las demás personas con quienes compartimos el mundo. En ese orden, la preocupación sobre cómo debemos tratarnos unos a otros puede estar ligada al ámbito “normal” de influencia de nuestras conductas, o en general a las consecuencias de ellas que afecten a otros, aunque no fuesen quienes esperábamos que pudieran resultar dañados. Esa es la cuestión de fondo. Evidentemente, la tesis de Cardozo está más vinculada con nuestra idea de RCE como parte del derecho privado porque involucra una clara relación con alguien que previsiblemente puede resultar dañado, pero la tesis de Andrews evidencia que cualquiera podría resultar afectado por una conducta negligente en el mundo, lo cual es una preocupación básica del público en general. En ese sentido, su punto era que quien es negligente lo es respecto de cualquiera que pueda resultar lesionado por la negligencia a la que expone a los demás.<sup>75</sup>

Así las cosas, es comprensible que la idea de prevenir el daño se nutra de argumentos a favor de la seguridad de alguien en particular o de una clase de personas, en una relación entre dos extremos que se ubican en una respectiva zona de peligro o ámbito de riesgo previsible, como también que se reclame la pertinencia de cuidar la seguridad del público en general que pueda resultar efectivamente dañado por la actuación negligente. No se trata de intereses excluyentes, sino concurrentes respecto de lo que puede resultar afectado ante la generación de ciertos riesgos. En esa medida, mal haría la RCE y su gremio teórico en reclamar

---

<sup>75</sup> Como lo señaló, en un mundo vacío la negligencia no existe, sino que esta implica una relación entre la persona y sus congéneres, no solo con quienes puede razonablemente esperarse que sean dañados, sino con cualquiera que de hecho resulte dañado. En esta línea de pensamiento, la idea de un deber de cuidado debido al público en general hace que las consideraciones jurídicas respecto de tal deber no tengan por qué ser exclusivas de las relaciones privadas, sino también incumban al derecho que se ocupa del público en general, sea este —o no— el derecho privado.

un dominio exclusivo sobre la prevención del daño, como tampoco les cabría razón a quienes afirmen que las ramas que son parte del derecho público detentan ese monopolio. Más bien, ambas tienen razones para preocuparse de que el daño no se produzca en las personas, según la proximidad o la afectación nociva que les pueda generar el riesgo, a la sociedad en general o a alguien en particular.

*Prima facie*, al derecho público le incumbirá evitar el daño para proteger a cualquiera que pudiese ser afectado por la conducta riesgosa, el público en general, mientras que al derecho privado le importará proteger a aquellos que están dentro de un rango de afectación del riesgo en particular, y que por tanto resultan afectados. En ese sentido sucederá que, a diferencia del derecho público, la estructura normativa que opere en las situaciones en las que se prevenga un daño encajarán en la estructura de la justicia correctiva entendida como justicia interpersonal, pues se vinculará a una parte que es afectada según el rango previsible de modo, tiempo y lugar en que opera el riesgo creado por otro a quien se le demanda que cese o modere sus conductas riesgosas. Para ello, es menester que el riesgo sea cierto, aun cuando las condiciones de ocurrencia exacta del daño probable no sean del todo conocidas. En ese sentido, si bien la idea de riesgo implica en alguna medida un nivel de incertidumbre, ello no quiere decir que haya una ignorancia total sobre lo que puede suceder, con cierto grado de probabilidad, respecto de cierto lugar, espacio o tiempo. La prevención como parte de la RCE estará llamada a prosperar cuando quiera que se demuestre (i) la existencia de un riesgo que evidencia la probable causación de un daño, emanado de una actividad o una cosa determinada; (ii) la posibilidad de controlar la fuente de riesgo por parte del demandado y, (iii) la afectación actual y seria del riesgo para el demandante en razón al daño que se le produciría en caso en que el riesgo no cese o se modere respecto de él.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> De no demostrarse algunos de estos requisitos, una acción preventiva no está llamada a prosperar. Sucedió así en la decisión adoptada por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-194 de 2022, donde dicha corte analizó la acción de tutela presentada por una fundación de niñas y niños en contra de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, por haber otorgado licencia para la construcción de una subestación eléctrica a 60 metros de donde se encontraba la casa campestre que las niñas y niños usaban los fines de semana para recrearse. Según dicha fundación, la construcción de esa subestación afectaba la salud de los niños, lo cual no pudo corroborarse con el material probatorio allegado ni con las opiniones de los expertos consultados, razón por la cual el alto tribunal confirmó la desestimación de las pretensiones que se había dado en las instancias anteriores.

En esa línea, al derecho de daños le interesarán también las clases de personas que puedan ser sometidas a ciertas conductas negligentes que previsiblemente pueden ser dañadas, pero que se pueden constituir por personas indeterminadas pero determinables. Estas circunstancias evidencian cierta concurrencia entre el derecho público y el privado o, dicho de otro modo, un aspecto público de la RCE que se relaciona con la confección y distribución de reglas o derechos sobre el trato, tal como se evidenció en los acápites anteriores. Cuando el derecho de la RCE protege a alguna persona o grupo de personas, sus efectos son generalizables a las situaciones de riesgo similares que se pueden presentar en otras situaciones a futuro. De manera que, por virtud de ese ámbito preventivo se distribuirán deberes en cabeza de ciertas personas, clases de personas, o personas en general que desarrollan ciertas actividades; y derechos a favor de otras, o de otra clase de ellas, que sean pasibles de los efectos nocivos de las primeras. De forma tal que el trato adecuado entre las partes se extienda también a las circunstancias en las que aún no se ha producido el daño, justamente para evitarlo.

Con todo, tanto para el derecho privado como para el derecho público existen relaciones que se estiman valiosas y meritorias de protección, las cuales pueden justificar la evitación del daño a través de mecanismos procesales o sustantivos propios de cada rama del derecho, sin coincidir necesariamente en la estructura normativa interpersonal de la RCE, como a continuación se expondrá.

#### **IV. La prevención como punto concurrente del derecho de daños con otros mecanismos de protección de los derechos**

Lo dicho anteriormente destaca el hecho de que, difícilmente, la existencia de deberes primarios de abstención del daño que prescriben ciertas formas de trato, como tampoco los derechos correlativos a estos pueden adscribirse exclusivamente a una sola rama del derecho como la RCE. Al menos tres razones se evidencian para esta afirmación.

- Porque el contenido de esas formas de trato muchas veces viene demarcado por otras fuentes normativas que delimitan el manejo del

riesgo en ciertas actividades. En ese sentido, será difícil afirmar que el derecho de daños es uno que tenga el monopolio acerca de esas formas de trato.

- Porque el daño involucra también la afectación de relaciones que se tienen con cosas o elementos que permiten nuestra interacción en sociedad, relaciones que no son determinadas solamente por el derecho de daños. Así, el derecho de daños muestra un vínculo evidente con cualquier otra normatividad que incida en la relación que tiene la persona con el objeto del daño y que, como consecuencia de esa afectación dañosa, dé lugar a un deber secundario ante esa infracción.
- Porque el estado de cosas en el que se conserva la indemnidad puede ser favorecido por contribuciones que se hagan desde otros ámbitos del derecho diferentes a la RCE, a través de incentivos, sanciones u otras consecuencias jurídicas que no tienen por qué ser similares a las ofrecidas por la RCE.

Así, la protección de aquellos derechos que conciernen a nuestra relación con las cosas o los medios de los que nos valemos puede darse a través de otros mecanismos diferentes a la respuesta indemnizatoria o la acción preventiva propia de la RCE, pero que pueden contribuir a lograr un estado de cosas igual al que supone alcanzar el ideal normativo del derecho de daños, este es, el estado de indemnidad.

Estas formas de otorgar protección pueden variar, según varíe la naturaleza del derecho en cuestión, pues no todos cuentan con las mismas características. En ocasiones, el derecho protegido será uno que paradigmáticamente ha sido identificado como parte del derecho privado, como el caso de la propiedad. Así, cuando el artículo 847 del Código Civil para la Ciudad de México dispone la posibilidad de que la persona propietaria pida a su vecina o vecino que se arranquen los árboles plantados a menor distancia de su predio, porque ellos están causándole daño, esa forma de protección del derecho de propiedad implica una pretensión válida para que la o el vecino se abstenga de causar daños en lo sucesivo; y aunque

no se trate de una pretensión indemnizatoria, permite la protección del derecho de indemnidad en ciernes a través de la prevención del daño que los árboles amenazan. En materia de vecindad, este tipo de protecciones son usuales, como se evidencia en otras disposiciones del mismo estatuto. Es el caso del artículo 839 respecto de las excavaciones que afecten el predio contiguo y el deber de realizar las “obras de consolidación indispensables para evitar todo daño”; o del 845 respecto de la construcción de depósitos o estructuras peligrosas cerca de paredes ajenas o de copropiedad y el deber de “construir las obras de resguardo necesarias” para evitar el daño, según el juicio de peritos; o del 853 sobre la obligación de construir las estructuras necesarias en los edificios para evitar que las aguas pluviales caigan en el predio vecino; o del 935 referente a la obligación del propietario de aguas de no desviarlas de manera que cause daño a terceros. En todos estos supuestos mencionados, a manera de ejemplo, es claro que la protección de un derecho individual como la propiedad es reforzada por obligaciones de prevención del daño que permitirían alcanzar ese estado de cosas que supone el ideal normativo relacionado a la indemnidad de la persona titular del derecho. A estos mecanismos se sumarán, obviamente, los demás de carácter procesal que pueden adoptarse preventivamente en los enjuiciamientos civiles en donde se disputan derechos, los cuales pueden lograr también un efecto protector de la indemnidad, según el caso.<sup>77</sup>

Pero, como se dijo, los derechos de carácter privado no son los únicos que pueden estar en juego. También los derechos bajo riesgo pueden ser de aquellos que por sus características se les ha dado una trascendencia pública que permite su protección mediante procesos expeditos o especiales, bajo una forma de protección interpersonal similar a la provista por el derecho de daños. Es el caso de los recursos para la protección de los derechos fundamentales, o humanos e internacionalmente reconocidos. En este tipo de situaciones, se proveen órdenes judiciales ante la posible afectación a estos derechos y se busca evitar la consumación del daño. Aquí, la protección que se puede ofrecer también puede lograr la

---

<sup>77</sup> Me parece que ese es el caso de las reglas dispuestas en Código Federal de Procedimientos Civiles, arts. 384 a 399 que disponen la posibilidad de decretar medidas precautorias que aseguren un estado de cosas para evitar el daño.

salvaguada de un derecho que no revista ese mismo carácter, pero que protege un mismo aspecto del bienestar, permitiendo así la indemnidad de la persona por una vía diferente al derecho privado.<sup>78</sup>

En este punto, sirve considerar como referencia la labor de la Corte Constitucional colombiana, que ha tenido una prolija producción jurisprudencial de carácter preventivo para la protección de derechos fundamentales. En materia de salud, por ejemplo, en la sentencia T-387 de 2018 la corte conoció del caso de un hombre con diagnóstico de cáncer de lengua, a quien no le habían comenzado a realizar los tratamientos clínicos contra su enfermedad, sino que la entidad de salud a la que estaba adscrito había dilatado el inicio de estos sin darle respuesta positiva a sus requerimientos. Al respecto, ese tribunal ordenó a la entidad de salud que le prestara los servicios que requería su diagnóstico y que estableciera “un Protocolo para la Atención de las Personas con Sospecha o Diagnóstico de Cáncer, encaminado principalmente a acatar la garantía reforzada de atención integral oportuna que cobija a este tipo de pacientes”. Asimismo, previno a la accionada “para que no vuelva a incurrir en actuaciones dilatorias injustificadas en los trámites de autorización y prestación de procedimientos, o en la entrega de medicamentos o insumos de las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer”.

Otro ejemplo preventivo se encuentra en la sentencia T-508 de 2019, donde dicha corte conoció el caso de una mujer a la que su entidad promotora de salud le negaba un procedimiento médico relacionado con los padecimientos que tenía en su útero, cuya extirpación había sido recomendada por otro médico tratante, en aras a cesar las hemorragias que presentaba por la presencia de pólipos en su cuerpo. Al respecto, la corte tuteló el derecho de la accionante a recibir un diagnóstico y tratamiento oportunos y ordenó realizar “una nueva valoración frente a las patologías relacionadas con el aparato reproductor de la peticionaria y, a partir de ahí, se inicie el proceso médico a que haya lugar”.

Por otro lado, y respecto del derecho a la seguridad e integridad personal, en la sentencia T-002 de 2020 la corte decidió sobre la solicitud de tutela presentada

---

<sup>78</sup> Es el caso de Ley de Amparo, art. 15, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

por el alcalde de una de las localidades de Bogotá, a quien la Unidad Nacional de Protección le había retirado injustificadamente el personal que le brindaba protección, en razón a las amenazas que había sufrido en el pasado. En tal caso, la corte revocó el acto administrativo en el que se le retiraba la persona de seguridad y ordenó que se continuara con la medida de protección, añadiendo que a futuro debía analizarse el nivel de riesgo de la persona accionante para determinar justificadamente cuál era la mejor medida de seguridad a su favor.

Los anteriores casos muestran una prevención interpersonal del daño por vía de la protección de derechos fundamentales cuya efectividad peligraba en cada caso concreto. Sin embargo, también puede suceder que el amparo de derechos individuales se produzca en el contexto de una protección colectiva, ya sea por la conformación de un grupo o clase de personas que se han visto afectadas por cierta conducta, o sea porque se tutelan derechos colectivos propiamente dichos, cuya defensa redunde en la salvaguardia de los bienes e integridad de las personas, individualmente consideradas.<sup>79</sup> Ejemplos del primer caso se hallan en la prevención del daño en las relaciones de consumo, donde la clase de personas constituida por los consumidores es destinataria de protección jurídica ante el daño probable,<sup>80</sup> o también la protección que judicialmente pueda otorgarse en las acciones de grupo que se ejerzan, donde la jueza o el juez está facultado para prevenir el daño como parte de las medidas cautelares.<sup>81</sup> Ejemplo del segundo caso está en la protección de ciertos derechos colectivos como el derecho a gozar de un medio ambiente sano, donde el interés en la conservación de los recursos ambientales —en principio difusa— puede derivar en que individuos determinados resulten protegidos en razón a ese amparo colectivo.<sup>82</sup>

Nuevamente, la Corte Constitucional colombiana nos sirve de referencia. En particular, en la sentencia T-471 de 1993 dicho tribunal analizó el caso de una persona

<sup>79</sup> Según dispone Código Federal de Procedimientos Civiles, art. 579.

<sup>80</sup> Ley Federal de Protección al Consumidor de México, art. 1, IV y V, establece dentro de sus principios el de la prevención del daño al consumidor. Asimismo, el art. 63 dispone la posibilidad de ordenar medidas preventivas en virtud de las competencias asignadas en dicha ley.

<sup>81</sup> V. en particular, Código Federal de Procedimientos Civiles, arts. 610 y 611.

<sup>82</sup> En particular, Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, arts. 31 a 33 y 37, 39 y 53; y Ley de Amparo, art. 4, III, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

que se quejaba de que la empresa de manejo de basuras de su ciudad estaba arrojando inapropiadamente y en cercanías a su predio los desechos que recogía, de manera que estos terminaban generando contaminación en las aguas que atravesaban su propiedad y expeliendo malos olores en la zona. Al respecto, dicha corte afirmó que “debe considerarse que el basurero municipal genera un triple menoscabo a los derechos del peticionario y, en algunos casos, a los de los demás habitantes de Garzón: la contaminación de la quebrada ‘Las Damas’, la contaminación del nacedero de agua de propiedad del señor Bonilla; y la contaminación atmosférica derivada del humo y de los malos olores generados por la combustión de las basuras”. A ello antecedió el razonamiento que, “si bien no es posible definir la vulneración de un derecho fundamental, si resulta claro la posible amenaza a la salud del señor Bonilla, de los trabajadores y demás personas que se encuentren en esa finca”. Nótese entonces que se otorgó una protección preventiva a los derechos fundamentales que logra hacer cesar las conductas que están ocasionando perjuicios, no solo a favor de la persona accionante y los derechos que civilmente tenía sobre su predio, sino también respecto de la amenaza a la salud de su personal. De manera que, la Sala de decisión ordenó adoptar medidas provisionales para hacer cesar la colocación de basuras cercanas a las fuentes hídricas involucradas y dio un plazo para habilitar un relleno sanitario adecuado, así como “disminuir la emisión de humo y de malos olores que se desprenden del basurero”, entre otras órdenes.

Asimismo, en la sentencia T-614 de 2019, la Corte Constitucional revisó el caso de un grupo de personas pertenecientes a un resguardo indígena que estaban siendo afectadas en su salud, por infecciones respiratorias y enfermedades cutáneas, en razón a la explotación a cielo abierto de una mina de carbón aledaña a su lugar de habitación. Durante el proceso se demostró que los niveles de metales pesados en la sangre de los habitantes del resguardo eran superiores a los valores promedio, por lo que se corroboró la afectación en salud y la necesidad de adoptar medidas precautorias. Al respecto, la corte ordenó, entre otras cosas que, en virtud del principio de precaución, la empresa de carbón accionada “controle sus emisiones de material particulado de manera que la calidad del aire en el Resguardo Indígena Provincial se mantenga con concentraciones que no superen los 25  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  —promedio diario— y 10  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  —promedio mensual— de PM 2.5

(menor a 2.5 micras), ni los 50  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  —promedio diario— y 20  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  —promedio mensual— de PM 10 (menor o igual a 10 micras)”.<sup>83</sup> Esta decisión, por supuesto, representó no solamente la protección de las personas accionantes en particular, sino la protección de los derechos colectivos que le asistían al resguardo indígena como tal.

Visto lo anterior, puede considerarse que los puntos de convergencia entre el derecho de daños y otros ámbitos jurídicos se presentará, al menos, en dos sentidos. El primero se refiere al estado de cosas que implica el ideal normativo de la indemnidad. Esto quiere decir que, cada vez que se mantiene o conserva un estado de indemnidad —que se verifica el cumplimiento del ideal normativo que es atribuible al derecho de daños— es posible considerar que cualquier práctica jurídica que contribuye a ese estado de cosas coadyuva a alcanzar los efectos prácticos de ese ideal, aun cuando no sea el ideal normativo característico de esa otra práctica jurídica en particular.<sup>84</sup>

El segundo punto de encuentro entre el derecho de daños y otras ramas del derecho se presentará en la medida en que opere en ellos la justicia interpersonal al momento de lograr la protección preventiva de los derechos en juego. Es decir, cuando quiera que se brinde una protección de carácter interpersonal y correlativo que refleja una estructura de justicia donde se tiene en cuenta la posición normativa de la víctima y su poder de disponibilidad de la acción respecto de la persona agente causante del daño. Entonces, los mecanismos de protección y de responsabilización atenderán a fundamentos comunes a aquello que conocemos como RCE, diferenciándose más bien en grados de intensidad, que no en el tipo y estructura normativa de la protección que proveen. En ese orden de ideas,

---

<sup>83</sup> La aplicación del principio de precaución en este caso era redundante respecto del principio de prevención que en efecto estaba llamado a operar en el caso concreto, dadas las pruebas del riesgo para la salud y para el medio ambiente que se allegaron al proceso. Tales elementos probatorios, como la opinión de varias personas expertas y las pruebas ambientales y diagnósticos en salud que se presentaban me parecen suficientes para dejar de lado la incertidumbre que teóricamente acompaña al principio de precaución para su aplicación.

<sup>84</sup> Algo similar sucede cuando se habla de la reparación del daño. Aunque un daño pueda ser compensado por fuentes diferentes al derecho de daños, como el caso del seguro privado por daños a terceros, o los sistemas de asistencia públicos por accidentes, todos concurren en la finalidad compensatoria a favor de la víctima del daño, aunque con fundamentos diferentes.

cuando esos derechos a cierto trato contemplados en el ordenamiento son protegidos mediante respuestas jurídicas no interpersonales, que prescindan de la posición normativa de la persona titular del derecho respecto de quien está por transgredir esas pautas de conducta, estaremos ante una protección de índole público que no necesariamente reflejará los que son los valores más característicos del derecho privado. Estos son la igualdad y las prácticas de responsabilización interpersonales que se llevan a cabo dentro de aquel.<sup>85</sup> En este caso, a lo sumo podrá contribuirse con el estado de cosas que supone el ideal normativo del derecho de daños, más no habrá una convergencia en la estructura interpersonal que lo caracteriza. Esto sucederá cuando, por ejemplo, por las vías estatales de control y vigilancia se clausura un establecimiento de comercio para evitar la propagación de enfermedades entre las personas. En cambio, cuando se tiene en cuenta la posición normativa de quien es la persona pasiva del riesgo —de manera que dicha posición es imprescindible para la determinación de las infracciones cometidas por la persona agente causante del daño en su contra, así como para el inicio, desarrollo y emisión de órdenes que se impartirán en el proceso—, esa protección estará de acuerdo con el marco de justicia interpersonal que implementa también el derecho de daños.

A través de lo que se ha conocido teóricamente como la tutela civil inhibitoria, que puede ser específica a un derecho en particular o genérica para cualquier afectación que los ponga en riesgo de daño, se observa un punto de coincidencia que, a veces, podrá observar una estructura interpersonal de justicia similar a la implementada por el derecho de daños. Esto último supone que, respecto de algunas ramas del derecho, la RCE guardará una similitud en las formas y estructura de protección que despliega, teniendo diferencias de grado con ellas. El derecho de daños y esas otras formas de protección jurídica tienen fronteras compartidas que difícilmente pueden escindirse con claridad, ya sea por el estado de indemnidad que propician por diferentes vías, o bien por la estructura interpersonal que comparten y de la cual pueden surgir obligaciones preventivas en estricto sentido.

---

<sup>85</sup> V. sobre el valor intrínseco de la responsabilidad civil, Papayannis, “El valor intrínseco de la responsabilidad civil”, en *Anuario de Filosofía del Derecho y sobre la igualdad como fundamento de la responsabilización interpersonal*, Goldberg y Zipursky, *op. cit.*, pp. 125-135.

## V. Conclusiones

Conforme a lo dicho hasta aquí, parece evidente que la prevención del daño no es un asunto respecto del cual se tenga una aproximación unificada por parte de la teoría o de la doctrina. En este capítulo se pretendió presentar los que suponen los puntos más destacados sobre la manera en que el derecho de daños puede prevenir el daño y también se trató de exhibir algunas ambigüedades que se presentan al momento de teorizar sobre el asunto, como cuando se habla de los incentivos como expresiones de una función “preventiva”.

En efecto, en el examen de lo que se conoce como función preventiva se ha podido observar que se trata de una idea que suele ser vinculada a los incentivos, que en estricto sentido no previenen el daño; como también se puede vincular a un contenido axiológico, o a la estructura o contenido normativo de las reglas que componen las RCE; o a los mecanismos de protección con los que coincide con otras ramas del derecho para salvaguardar los derechos que también son tutelados desde esas otras áreas. Esto implica que la prevención no es un asunto exclusivo del derecho de daños, pero tampoco es una cuestión que le sea ajena.

La prevención, más bien, es un ámbito respecto del cual el derecho de daños se encuentra de manera cosecante con otras áreas del derecho, y aunque analíticamente no hay nada que haga pensar que el derecho de daños es el mecanismo de prevención primaria del daño, tampoco hay nada que impida considerar su pertinencia, idoneidad o funcionalidad a favor de la indemnidad de los sujetos de derecho. Por el contrario, interpretativamente hay más razones para pensar que tiene algo que decir al respecto. Claro que esta lectura representa un reto para la forma en la que usualmente se dice que opera la justicia correctiva, como una que mira al pasado, y más bien propiciará una comprensión de dicha justicia como una interpersonal que contribuye a la delimitación de los alcances y la compatibilidad de las conductas en sociedad.

Así las cosas, en este capítulo no se encontraron argumentos suficientes para afirmar que el derecho de daños no pueda operar preventivamente como parte del derecho privado, entendido este como uno que implementa una forma de justicia

sobre el trato que nos damos unos a otros, y que por lo mismo puede operar como mecanismo de responsabilización por el riesgo que se genera interpersonalmente en sociedad. Esto no quiere decir que cada vez que exista un riesgo que pone en peligro a una persona, el derecho de daños deba implementarse por el hecho de que es posible pensar en su operatividad en un caso en concreto. En muchas ocasiones sucederá que, aunque el daño pudiese ser anticipado por parte de quien genera el riesgo o por quien es pasible de él, no resulte conveniente proveer un mecanismo de prevención de ese tipo. Al igual que con la compensación del daño causado, aquí entran en juego cuestiones de política jurídica que conciernen a la manera en que se considera más o menos justificado lograr esa prevención. En ese ejercicio pueden concurrir argumentos de distinta índole, varios de los cuales fueron expuestos a lo largo de este escrito.

En todo caso, establecer límites infranqueables entre la dimensión pública y la dimensión privada de la prevención resultará en demasía complejo y, hasta cierto punto, ilusorio. Si tener derechos implica contar con protecciones jurídicas de las que se pueden derivar obligaciones para asegurar la continuidad de un estado de cosas determinado —y que se dirigen a personas indeterminadas pero determinables—, entonces propender para que esos derechos y deberes sean satisfechos solo por una rama del derecho en particular resulta difícil de sostener.

El punto por destacar aquí, tal vez, es uno que fue comprendido en su momento por don Andrés Bello en su proyecto de código, en particular en la llamada acción de daño contingente: la prevención es sensible a los derechos que tengan ciertas personas que puedan resultar afectadas específicamente por esa misma conducta riesgosa, pero también puede responder al interés general de la sociedad, sobre todo cuando quienes son afectados por las acciones riesgosas son personas indeterminadas. Fue en ese sentido que se permitió que dicha acción preventiva fuera “popular” en todos los casos en que se amenazare a personas indeterminadas, añadiendo que, “si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de estas podrá intentar la acción”. Evidentemente, desde ese entonces el Poder Legislativo tuvo la intuición correcta respecto de la prevención; toda vez que en ella se puede verificar la concurrencia de intereses públicos y privados en la evitación de un daño, y la dificultad para escindir la operatividad

de una rama del derecho respecto de otra a la hora de prevenir el daño que puede afectar a cualquiera, o a ciertas personas.

## Bibliografía

Acciarri, H., “El análisis económico del derecho de daños”, en Cooter, R. y Acciarri, H. (dirs.), *Introducción al análisis económico del derecho*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 121-181.

\_\_\_\_\_, “Funciones del derecho de daños y de prevención”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, 4 de febrero de 2013, p. 1.

Bammer, G., “The nature of uncertainty”, en Bammer, G. y Smithson, M. (eds.), *Uncertainty and risk. multidisciplinary perspectives*, Earthscan, Londres, 2008, pp. 289-304.

Burrows, A., *Remedies for torts and breach of contract*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

Calabresi, G., *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Bisbal, J. (trad.), Ariel Derecho, Buenos Aires, 1984.

Calabresi, G. y Melamed, D., "Property rules, liability rules and inalienability: One view of the cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85 (6), 1972, pp. 1089-1128.

Cavani, R., “¿Qué es la tutela inhibitoria? Entiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos”, en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 8., Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 173-190.

Coderch, P. y Castiñera, M., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, 1a ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

- Croley, S. y Hanson, J., "The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law", *Harvard Law Review*, Vol. 108 (8), 1995, pp. 1785-1997.
- De Carlucci, A., "Los dilemas de la responsabilidad civil", en *Revista Chilena de Derecho*, 28 (4), 2001, pp. 671-679.
- Diez Schwerter, J., "La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: Del modelo de Bello a nuestros días", en *Revista de Derecho Privado*, (30), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 257-286.
- Dworkin, R., (1986), *Law's Empire*, Trad. de Ferrari, C., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1986.
- Fletcher, G., "Fairness and utility in tort theory", *Harvard Law Review*, vol. 85 (3), 1972, pp. 537-573.
- Friedman, D., "What is 'Fair Compensation' for Death or Injury?", en *International Review of Law and Economics*, 2, 1982, pp. 81-93.
- Frignani, A., "Inhibitoria (azione)", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXI, Giuffrè, 1971.
- García Amado, J., "El fundamento del derecho de daños. Una propuesta", en García y Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar*, Palestra, Lima, 2020, pp. 21-56.
- Gardner, J., "What is tort law for? Part I", en *Law and Philosophy*, 30, 2011, pp. 1-50.
- \_\_\_\_\_, *From Personal Life to Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Goldberg, J. y Zipursky, B., *Recognizing Wrongs*, 1a ed., Harvard University Press, Cambridge, 2020.

Gozaíni, O., *Medidas cautelares en el derecho procesal electoral*, 1a. ed., Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral, 27, Colección del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2014. Disponible en «[https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos\\_libros/Cuadernos%20de%20Divulgaci%C3%B3n%20No.%2027.pdf](https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/Cuadernos%20de%20Divulgaci%C3%B3n%20No.%2027.pdf)» [Consultado el 7 de octubre de 2021].

Henao, J., *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

Hobbes, T., “Leviathan or the matter, form and power of a common wealth ecclesiastical and civil”, tomado de la traducción al castellano de Escohotado, A., *El leviatán*, Losada, Buenos Aires, 1651.

Karapanou, V. y Visscher, L., “Towards a better assessment of pain and suffering damages”, en *Journal of European Tort Law*, 1 (1), 2010, pp. 48-74.

\_\_\_\_\_, *The magnitude of pain and suffering damages from a law and economics and health economics point of view*, Rotterdam Institute of Law and Economics, Rotterdam, 2009. Disponible en «<https://ssrn.com/abstract=1327793>». [Consultado el 7 de octubre de 2021]

Keating, G., “Pressing precaution beyond the point of cost-justification”, en *Vanderbilt Law Review*, 56, 3, 2003, pp. 653-750.

\_\_\_\_\_, “Is the role of tort to repair wrongful losses?”, en Nolan, D. y Robertson, A., (eds.), *Rights and private law*, Hart Publishing, 2012, pp. 367-405.

\_\_\_\_\_, “The priority of respect over repair”, en *Legal theory*, 18, 2012, pp. 293-337.

\_\_\_\_\_, “Principles of risk imposition and the priority of avoiding harm”, en *Revus*, 36, 2018. Disponible en «<http://journals.openedition.org/revus/4406>» [Consultado el 8 de octubre de 2021].

- Leiva, C., “La delimitación de la función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial Argentino”, en *Revista IUS*, 14 (46), 2020, pp. 243-268. Disponible en «[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472020000200243&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472020000200243&lng=es&tlng=es)» [Consultado el 8 de octubre de 2021].
- Lindenbergh, S. y Van Kippersluis, P., “Non pecuniary losses” en Faure (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I, 2a. ed., Edward Elgar Publishing Inc., Northampton, 2009, pp. 215-227.
- Llamas Pombo, E., *Las formas de prevenir y reparar el daño*, 1a. ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- Magnus, U., “Naturaleza y objeto de la indemnización”, en Martín-Cassals (coord.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Revista de Derecho Privado, 2008, pp. 202-205.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Alcalá, Z. y Castillo, L. (trad.), T. 1-1, 5a. ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- Mill, J., “On liberty”, en Philp y Rosen (eds.), *On liberty, utilitarianism and other essays*, *Oxford world's classics*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Nagel, T., “Moral Luck”, en *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, pp. 24-38.
- Navia, F., *Del daño moral al daño fisiológico, ¿una evolución real?* Ensayos de derecho privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- Pantaleón, F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas)” en Moreno, J. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 439-465.

Papayannis, D., *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.

\_\_\_\_\_, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, 1a ed., Marcial Pons, Barcelona, 2014.

\_\_\_\_\_, *El derecho privado como cuestión pública*, 1a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

\_\_\_\_\_, “El valor intrínseco de la responsabilidad civil”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2018, pp. 119-148.

Pérez Ragone, A., “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución”, en *Revista de Derecho*, núm. XXVIII, 2007, pp. 207-234.

Pérez Fuentes, G., “Los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, 52 (154), 2019, pp. 221-253.

Perry, S., “Comment on Coleman: Corrective justice”, en *Indiana Law Journal*, 67 (2), 1992, pp. 381-409.

Polinsky, M. y Shavell, S., “Punitive Damages”, en Faure (ed.), *Encyclopedia of law and economics*, vol. I, 2a. ed., Edward Elgar Publishing Inc., Northampton, 2009, pp. 229-244.

Raz, J., *Ethics in the public domain. essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Restrepo, T., “El remedio preventivo en la responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 214-238.

Riesch, H., “Levels of uncertainty”, en Roeser, S., Hillerbrand, R., Sandin, P., *et al.* (eds.), *Handbook of risk theory*, Springer, Londres, 2012, pp. 87-112.

Ripstein, A. y Zipursky, B., “Corrective Justice in an Age of Mass Torts”, en Postema, G. (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 214-249.

Sheinman, H., “Corrective Justice and Tort Law”, en *Law and Philosophy*, 22 (1), 2003, pp. 21-73.

Shiffrin, S., “Harm and its Moral Significance”, en *Legal Theory*, 18 (3), 2012, pp. 357-398.

Solarte, A., “El principio *favor victimae* y su aplicación en el derecho colombiano”, en *Anuario de derecho Privado*, N° 1, Universidad de los Andes, Bogotá, 2019, pp. 257-304.

Tamayo, J., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, Legis, Bogotá, 2015.

Thomson, J., “Remarks on Causation and Liability”, en Thomson, J. (ed.), *Rights, Restitution, and Risk. Essays in Moral Theory*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 192-224.

Van Boom, “Prevention Through Enforcement in Private Law” en Tichy, L. (ed.) *Prevention in Law*, Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity karlovy v Praze, Praga, 2013, pp. 31-42.

Vargas Tinoco, A., “El valor de no dañar: de la responsabilidad a la prevención” en Papayannis y Pereira (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 327-357.

\_\_\_\_\_, “Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado”.

En García y Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Palestra, Lima, 2020a, pp. 57-131.

\_\_\_\_\_, “Prolegómenos para una regulación interpersonal del riesgo”, en *Latin American Legal Studies*, 7, 2020b, pp. 173-203.

Vidal, J., *Derecho administrativo*, Bogotá: Legis, Universidad del Rosario, 2004.

Weinrib, E., “Causation and Wrongdoing”, en *Chicago-Kent Law Review*, 63, 407, Issue 3, Symposium on Causation in the Law of Torts, 1987, pp. 407-450.

\_\_\_\_\_, *The idea of private law*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

\_\_\_\_\_, *Corrective justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

\_\_\_\_\_, *La idea de derecho privado*, Páez, E. (trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2017.

Williams, B., *Moral luck*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981.

Zapata, P., *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual*, 1a. ed., Universidad Externado de Colombia, 2019.

## Legislación

Código Civil Colombiano.

Código Civil Chileno.

Código Civil de Ecuador.

Código Civil de El Salvador.

Código Civil Federal Mexicano.

Código Civil Francés.

Código Civil para el Distrito Federal de México, actualmente Ciudad de México.

Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el *DOF* el 24 de febrero de 1943.

Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el *DOF* el 24 de diciembre de 1992.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *DOF* el 2 de abril de 2013.

Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, publicada en el *DOF* el 7 de junio de 2013.

## Sentencias

### *Corte Constitucional de Colombia*

Sentencia T-471 de 1993.

Sentencia T-508 de 2019.

Sentencia T-614 de 2019.

Sentencia T-002 de 2020.

Sentencia T-194 de 2022.

## EE.UU.

*Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928).

*United States vs. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

## *Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México*

Sentencia recaída al Amparo Directo 30/2013, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de febrero de 2014.

Sentencia recaída al Amparo Directo 31/2013, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de febrero de 2014.

Sentencia recaída al Amparo Directo 50/2015, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de mayo de 2017.



# La reparación del daño patrimonial

Martín Juárez Ferrer\*

\* Doctor en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Profesor —UNC y UCC—. Investigador —UES21—.

**La reparación del daño patrimonial.** I. Reparación del daño patrimonial. Nociones generales; II. Daños a la integridad física y psíquica; III. Algunas cuestiones problemáticas en la evaluación de los daños a la integridad física o psíquica; IV. Indemnización por fallecimiento; V. El paso del tiempo y la indemnización.

## **I. La reparación del daño patrimonial. Nociones generales**

La reparación del daño patrimonial plantea una serie de cuestiones que serán analizadas en este capítulo. En esta breve sección introductoria se abordará la existencia de un derecho a la reparación integral de los daños, sus fundamentos constitucionales y su repercusión en el ámbito del daño patrimonial, con un breve planteamiento de problemas que se vinculan con el daño extrapatrimonial. Luego se examinarán algunas diferencias entre el daño contractual y el daño extracontractual, y su reparación. La segunda sección analizará los métodos de cuantificación de los daños a la integridad física y psíquica, y, en particular, el método de valor presente de ingresos futuros. La tercera sección expondrá algunas cuestiones que surgen de las variables utilizadas en el método de valor presente de ingresos futuros y algunas posibles soluciones. En la cuarta sección se tratarán los temas de la indemnización en caso de fallecimiento de la persona, la legitimación activa para reclamar daños y la existencia de remanentes indemnizatorios y su asignación. Seguidamente, se estudiarán los problemas derivados del paso del tiempo en relación con la indemnización y, en particular, la cuestión de los intereses, el momento del pago y el curso de intereses de descuento; por último, se hará un breve comentario sobre el tiempo del juicio y la inflación.

La jurisprudencia mexicana —reseñada más adelante— ha considerado el derecho a la reparación integral como existente y relevante en el derecho de daños desde hace un tiempo considerable, y, en relación con su jerarquía, en la actualidad es asumido como un derecho constitucional. Construcciones similares, con nombres idénticos o parecidos, existen también en otros sistemas jurídicos, aunque no siempre tienen fundamentos constitucionales coincidentes ni efectos o consecuencias idénticos.

En primer lugar, es necesario verificar tanto las fuentes de las que surge el derecho a la reparación integral como su eventual carácter de derecho constitucional. Esto requiere un análisis de la Constitución y también de las lecturas que la dogmática ha hecho de ella, para determinar cuáles son las fuentes de las que podría surgir este derecho. En el ámbito de la jurisprudencia mexicana —y, en particular, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN—, existe una asentada línea<sup>1</sup> que entiende el derecho a la reparación integral como un derecho constitucional y que indica claramente sus fuentes normativas y consecuencias. Sin perjuicio de esta línea, la dogmática podría explorar otras que permitirían arribar al mismo resultado de constitucionalidad del derecho a la reparación de los daños, a través de otras normas explícitas que determinan la existencia de este derecho implícito.<sup>2</sup>

## 2. Desarrollo constitucional del derecho a la reparación integral en el derecho mexicano

Existen al menos tres etapas en el desarrollo del derecho a la reparación integral en el derecho constitucional mexicano.

### A. Primera etapa

En una primera etapa, no se reconocía de manera explícita en la Constitución el derecho a la reparación integral; este reconocimiento solo existía, de modo

---

<sup>1</sup> En materia civil se destacan especialmente las sentencias recaídas en SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1068/2011, Ponente: ministro Pardo Rebolledo, 19 octubre 2011; y en SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5826/2015, Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 8 junio 2016.

<sup>2</sup> Bouzat, Cantaro *et al.*, “El fundamento jurídico de un derecho de necesidad”, en *Discusiones*.

explícito, en la legislación infraconstitucional. Sin embargo, y siguiendo lo anteriormente dicho, sí había ya en la Constitución mexicana una serie de derechos que permitían derivar implícitamente un derecho a la reparación con jerarquía constitucional, tales como el deber de no dañar a otro<sup>3</sup> y el derecho de propiedad privada.

### *B. Segunda etapa*

Una segunda etapa está dada por una serie de reformas a la Constitución que incorporaron disposiciones que reconocen el derecho a la reparación del daño a víctimas en contextos determinados. En esta etapa, entonces, existen derechos a la reparación más bien parciales, de la mano de las reformas constitucionales que los incorporan, las cuales evidentemente no tienen una vocación de abarcar todo el espectro de eventos dañosos. Las legislaciones inferiores —o secundarias— desarrollaron el contenido del derecho a la reparación en estos casos. Las reformas mencionadas son las siguientes:

- Reforma de 21 de septiembre de 2000, que incorpora el apartado B al artículo 20 con el fin de considerar una serie de derechos de las víctimas de delitos, entre los que está el derecho a la reparación del daño.
- Reforma de 14 de junio de 2002, que reconoce el derecho a la indemnización de los daños derivados de la actividad administrativa irregular del Estado.
- Reforma de 18 de junio de 2008, que modifica el apartado B del artículo 20, permitiendo a las víctimas de delitos impugnar decisiones del Ministerio Público que afectaran su derecho a obtener reparación del daño.
- Reforma de 29 de julio de 2010, que regula los fundamentos de las acciones colectivas y deriva a la legislación secundaria los mecanismos de reparación del daño.

---

<sup>3</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 6.

### C. Tercera etapa

La tercera etapa está dada por un reconocimiento amplio del derecho a la reparación, que comprende cualquier sector o evento dañoso y surge a partir de la reforma de 10 de junio de 2011, la cual enuncia, en el tercer párrafo del artículo 1º, una serie de derechos humanos y considera la reparación cuando estos son violados. Así, el artículo 1º, en su párrafo 3º, dispone que “el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley”. En el marco de esta reforma, las comisiones intervinientes acudieron al concepto de reparación acuñado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, y, en particular, a los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas —ONU— en este sentido. Esto vincula todo el desarrollo jurisprudencial de las ideas de reparación integral con los estudios en el ámbito del sistema universal de derechos humanos, tal como puede verse en el Amparo Directo en Revisión 5826/15, decidido por la SCJN. Adicionalmente, cabe destacar que, aun en esta etapa, el marco de derechos humanos puede resultar en una serie de límites a la extensión del ámbito del derecho a la reparación como derecho constitucional. La propia SCJN ha entendido que la violación de derechos humanos excluye violaciones derivadas de responsabilidad contractual o daños en derechos meramente patrimoniales.

En mi opinión, la tendencia a la universalización del derecho a la reparación integral en el ámbito del derecho interno mexicano —y, en particular, en su derecho constitucional— irá debilitando las vallas mencionadas en el punto anterior, por cuanto las violaciones de derechos humanos también pueden producirse en el ámbito de la responsabilidad contractual, y por cuanto los daños patrimoniales también pueden resultar de violaciones de derechos humanos, sean estos exclusivamente patrimoniales o no. De manera adicional, el derecho de propiedad es un derecho humano en los términos del sistema universal y del sistema americano de derechos humanos, por cuanto está comprendido en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El ámbito de aplicación del derecho a la reparación integral comprende, sin duda alguna, la reparación de daños vinculados con la violación de derechos humanos,

como consecuencia del entendimiento que se ha dado, en el artículo 1° de la Constitución, a la inclusión del deber de reparar.

La jurisprudencia parece entender que este derecho constitucional está limitado a las violaciones de derechos humanos. Esto quiere decir que, respecto de otros daños, la protección sería infraconstitucional, es decir, simplemente legal. Como consecuencia de ello, el poder legislativo tiene permitido proteger o no el derecho a la reparación fuera del ámbito de los derechos humanos, pero no le es obligatorio hacerlo —ni tampoco prohibido—.

Un entendimiento más amplio del ámbito de aplicación del derecho a la reparación integral es posible, sin embargo. Por una parte, el derecho a la propiedad privada puede ser entendido como un derecho humano, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Por otra parte, existen otras normas del derecho constitucional mexicano de las cuales es posible derivar la protección constitucional del derecho a la reparación integral respecto de los daños patrimoniales, y estas normas otorgan base textual suficiente para estas eventuales interpretaciones.

Una evolución —en el sentido de incluir más ampliamente los daños patrimoniales— dependerá de la orientación de la dogmática mexicana en el tema y de eventuales movimientos en la dogmática del derecho internacional de los derechos humanos en ese sentido; es decir, o bien por vía de interpretación ampliatoria local o por vía de una ampliación del campo de entendimiento de la fuente —derecho internacional de los derechos humanos—, existe la posibilidad de incluir de manera plena los daños puramente patrimoniales.

En relación con la exclusión ya mencionada de los daños derivados de responsabilidad contractual, no es posible descartar que haya violaciones de derechos humanos que provengan de un marco contractual. Estos casos estarían comprendidos en la zona de intersección entre la responsabilidad contractual —por cuanto se originan en el incumplimiento de una obligación antecedente— y la responsabilidad extracontractual —en la medida en que el incumplimiento configure a la vez un delito penal—. En estos casos habrá, entonces, daños contractuales

protegidos en el ámbito del derecho a la reparación integral. Adicionalmente, una concepción más amplia del ámbito de este derecho que incluya daños contractuales es, como ya se dijo, plausible a la luz de los mismos textos normativos, entendiendo al derecho a la propiedad como un derecho humano, o bien entendiendo al derecho a la reparación como un derecho derivado de —o implícito en— el derecho de propiedad, estrategias ambas que permitirían confirmar el estatus constitucional de este derecho en relación con los daños causados por el incumplimiento contractual.

La existencia de un derecho constitucional a la reparación integral pone una serie de límites a las decisiones legislativas de quienes tienen autoridad para dictar las reglas del derecho de daños. En particular, entre otras consecuencias, la existencia de este derecho exige una reglamentación razonable, de la que sea posible predicar adecuación, necesidad y proporcionalidad, y que no limite ni restrinja irrazonablemente la esencia de este derecho.<sup>4</sup>

### 3. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En el ámbito de la jurisprudencia de la SCJN, la existencia del derecho a la reparación integral ha significado, como consecuencia:

- Existencia de un principio de individuación, que exige que la indemnización se calcule en el caso concreto. De esta manera, la SCJN limita las posibilidades reglamentarias que generalizan demasiado los casos y se alejan de sus parámetros específicos.<sup>5</sup> Qué grado de individualización es necesario y qué grado de generalización es inadmisibles será materia, probablemente, de futuros análisis en la jurisprudencia.

---

<sup>4</sup> No me extenderé aquí sobre el significado de *razonable reglamentación*, ya que excede el propósito de este capítulo. Remito, para quien tenga interés en ello, a un examen del particular, y referido a este derecho, en Juárez Ferrer, *El derecho constitucional a la reparación integral*; y para un estudio detallado de métodos de análisis de ponderación de derechos constitucionales, a Bernal Pulido *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.

<sup>5</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5826/2015, de 8 junio de 2016.

- La SCJN ha decidido que los topes indemnizatorios son incompatibles con el derecho a la reparación integral por cuanto impiden la cuantificación individualizada de los daños sufridos.<sup>6</sup>
- En el mismo sentido, también se ha decidido que los pisos indemnizatorios son contrarios a la reparación integral, por cuanto también reducen la individualización del daño.
- La jurisprudencia de la SCJN ha entendido que *reparación integral* es sinónimo de *derecho a la justa indemnización*, lo que remite a la interpretación formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—; por ello, sostuvo que la finalidad de la reparación integral consiste en “anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido [...] si no se hubiera cometido”.<sup>7</sup>

#### 4. Consecuencias en la faz declarativa

Adicionalmente a las ya mencionadas, es posible encontrar otras consecuencias del carácter constitucional del derecho a la reparación integral. Algunas de estas se relacionan con el reconocimiento de un derecho indemnizatorio, y otras con la eventual satisfacción o cumplimiento de este derecho. Llamaré a las primeras *consecuencias en la faz declarativa*, y a las segundas, *consecuencias en la faz ejecutoria*. El derecho a la reparación integral parece no ser compatible con exclusiones de rubros *a priori*. Así, una legislación que excluyera, por ejemplo, el resarcimiento del lucro cesante o del daño moral difícilmente sería constitucional a la luz del derecho a la reparación integral. En segundo lugar, este derecho también parece ser contrario a legislaciones en las que hay restricciones al acceso al derecho a la reparación por vía de exclusión de legitimados activos. Así, la legislación que limita el acceso a la indemnización por la muerte de un concubino tendría dificultades en su constitucionalidad.

<sup>6</sup> V. Bernal Pulido, *op. cit.*

<sup>7</sup> SCJN, Primera sala, Amparo Directo en Revisión 1068/2011, de 19 octubre de 2011.

## 5. Consecuencias en la ejecución

Una vez declarada la existencia de un derecho a la reparación integral para la parte damnificada, pueden darse obstáculos de fuente legal que impidan la efectiva reparación. Estos obstáculos pueden también ser cuestionados a la luz de un derecho a la reparación integral de carácter constitucional. El más frecuente de estos obstáculos es la insolvencia de quienes deben pagar la indemnización. Usualmente, las legislaciones concursales no prevén un privilegio para quienes resultan acreedores involuntarios por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual. Esto se traduce, en la práctica, en una significativa o total frustración del derecho a la reparación integral. Este problema ha sido atendido por la dogmática mediante la conocida teoría de los acreedores involuntarios, de carácter más bien prescriptivo.<sup>8</sup>

En mi opinión, una legislación concursal que pone a los acreedores de indemnizaciones junto con el conjunto de acreedores quirografarios puede resultar, en ciertos casos, inconstitucional, a la luz del derecho a la reparación integral. Adicionalmente, el sistema de reglamentación de la actividad aseguradora puede resultar en algunos impedimentos al acceso a la reparación integral que podrían ser tildados de inconstitucionales. Como ejemplo de esto, en la década de 1990 la Superintendencia de Seguros de la Nación —Argentina—, que es la agencia reguladora de la actividad aseguradora,<sup>9</sup> estableció una franquicia descubierta para los terceros damnificados de cuarenta mil dólares estadounidenses, en el caso de transporte público de pasajeros, lo que implica que el seguro cubre daños recién a partir del piso de la franquicia, es decir, cuarenta mil dólares estadounidenses. Dada la situación de virtual cesación de pagos de la mayoría de las empresas de transporte público en Argentina —y debido también a que, en una muy importante proporción de los accidentes de tránsito en que estas tienen responsabilidad, las indemnizaciones son inferiores a cuarenta mil dólares—, en la práctica sobrevino una derogación del derecho a la reparación integral en todos esos casos.

<sup>8</sup> V. Sánchez Graells, *Los acreedores involuntarios*.

<sup>9</sup> Superintendencia de Seguros de la Nación, Res. 25665/97.

Creo que allí el derecho constitucional a la reparación integral podría ser utilizado para plantear la inconstitucionalidad de esas normas.

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual proviene del derecho romano, y ha tenido y tiene hasta nuestros días una gran importancia en el ámbito del derecho de daños, a tal grado que en muchos sistemas nacionales el llamado derecho de daños solo incluye las reglas de los daños derivados de responsabilidad extracontractual.

La distinción entre daños contractuales y extracontractuales surge de la fuente de los daños, y, aunque hay alguna controversia en la dogmática, aquí diremos que son daños contractuales aquellos que provienen del incumplimiento de obligaciones voluntarias preexistentes, y extracontractuales aquellos que provienen de cualquier otra fuente. La importancia de la distinción es una cuestión del sistema de daños local del que se trata. Existen legislaciones en las que las diferencias son significativas, y otras en las que estas diferencias son menores o incluso han sido suprimidas. Con esto queremos decir que no existen diferencias necesarias: estas diferencias son contingentes y, eventualmente, pueden incluso no existir.

La principal diferencia suele estar dada por la estimación de los daños, que en el caso de los daños contractuales incluyen la expectativa de cumplimiento, y esta se entiende como la suma de dinero que habría puesto a la parte damnificada en la misma situación que si la obligación se hubiera cumplido.<sup>10</sup> Esta diferencia no debe ser sobreestimada, ya que puede ser poco significativa en sistemas en los que la estimación de daños se basa en la reparación integral, lo que incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Como ya se ha indicado, en el ámbito del derecho de daños mexicano una diferencia muy relevante está dada por el entendimiento de que los daños contractuales no están considerados en la protección constitucional de la reparación integral.

---

<sup>10</sup> Farnsworth *et al.*, *Contracts, Cases and Materials*, p. 606.

## II. Daños a la integridad física y psíquica

En este apartado nos referiremos a los daños derivados de lesiones a la integridad física o psíquica. Estamos haciendo referencia, en todos estos casos, a daños sufridos por personas humanas, ya que solo ellas pueden experimentar este tipo de lesiones; por ende, estamos aquí ante un sector acotado, aunque muy importante, de daños. Estos daños pueden provenir tanto de obligaciones preexistentes —por ejemplo, como derivación de una actuación médica deficiente en una cirugía estética— como del ámbito llanamente extracontractual.

Estos daños incluyen el daño a la salud física o psíquica y el costo de su reparación y restablecimiento, que integran el daño emergente, y las pérdidas patrimoniales derivadas de las lesiones, que incluyen tanto la pérdida de ingresos como la pérdida de la capacidad para obtenerlos —aun sin pérdida de ingresos—.<sup>11</sup> Nos centraremos aquí en las pérdidas patrimoniales derivadas de lesiones a la integridad física o psíquica, y dejaremos de lado los daños emergentes, que no plantean desafíos técnicos complejos.

Estos daños se encuentran amparados por el derecho constitucional a la reparación integral, puesto que derivan de la violación a derechos humanos como la vida y la integridad física y psíquica. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la SCJN, al invalidar decisiones judiciales en casos de daños a la integridad física o psíquica por violaciones al derecho a la reparación integral.<sup>12</sup>

Estos daños pueden darse tanto por la muerte de la parte damnificada como por haberle ocasionado a esta alguna incapacidad, ya sea de carácter temporal o permanente, total o parcial.<sup>13</sup> En todos estos casos el artículo 1915 del Código Civil Federal indica que “cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, total temporal o parcial temporal, el grado

<sup>11</sup> Cf. Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, art. 10:202.

<sup>12</sup> V. jurisprudencia citada en la nota 1, y también las siguientes decisiones: SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 35/2014, de 15 mayo 2015, SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 593/2015, de 17 mayo 2017, SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3288/2016, de 24 mayo 2017.

<sup>13</sup> Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, p. 288.

de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo”. Esto remite a los artículos 472 y subsecuentes de la Ley Federal del Trabajo, que analizaremos más adelante.

Estos daños presentan desafíos complejos en lo tocante a su reparación, puesto que debe realizarse un contrafáctico para determinar cuál sería el estado del mundo en caso de que el daño no hubiera ocurrido. El análisis de contrafácticos no es inusual en el ámbito jurídico, pero en estos casos muchas veces deben proyectarse eventuales cursos causales en periodos prolongados, y en estos cursos intervienen múltiples circunstancias difíciles de estimar anticipadamente.

Un ejemplo de esta complejidad se da cuando los daños a la integridad física o psíquica se presentan en un adolescente de 15 años. Si esta persona ha sufrido una incapacidad de 50%, para estimar los daños sufridos habrá que proyectar los ingresos que habría obtenido por un trabajo u oficio del que no podemos saber con certeza cual será; sin embargo, este problema no es insalvable. Lo racional es tomar indicadores sociológicos sobre ingresos esperados para la *categoría de personas* a la que pertenece la víctima. Si además tenemos en cuenta que existe una cierta variación de ingresos derivada de la edad, de la experiencia laboral y de la propia suerte y habilidad en este campo, el cuadro de situación exige un marco de análisis complejo, pero no arbitrario.

Una cuestión importante es la forma de pago de la indemnización. En algunos sistemas indemnizatorios, la indemnización es pagada a la parte damnificada en forma de renta; como ejemplos de ello tenemos al sistema previsto originalmente por la Ley 24.557 de Accidentes Laborales de Argentina y al sistema indemnizatorio alemán. En cambio, en otros sistemas la indemnización es pagada en forma de un capital único de dinero que se entrega a la parte damnificada, como sucede actualmente en Argentina y es lo usual en el sistema indemnizatorio británico.<sup>14</sup> Si la indemnización es pagada en forma de capital único, es necesario preguntarse si la parte damnificada experimenta por ello una suerte de “beneficio” al recibir los ingresos perdidos por periodos futuros de forma adelantada, es decir,

---

<sup>14</sup> Van Gerver, Lever *et al.*, *Cases, materials and text on national, supranational and international tort law*, p. 817.

por recibir de modo anticipado en el tiempo reparaciones por pérdidas que se producirán en el futuro. Frente a esta cuestión existen dos sistemas con dos respuestas implícitas: el sistema de cálculo lineal y el sistema de valor presente de ingresos futuros.

El sistema de cálculo lineal de ingresos parte de la premisa de que, o bien no hay un beneficio para la parte damnificada en recibir la indemnización por daños futuros en una sola vez, o bien que dicho beneficio no debe ser compensado a quien paga la indemnización. Podría sostenerse que quien recibe el capital indemnizatorio adelantado en el tiempo no experimenta necesariamente un beneficio significativo, puesto que no siempre resulta posible obtener un “rendimiento” de ese capital para cualquier persona damnificada. En esta versión de la tesis, el beneficio no se presume, sino que, eventualmente, deberá ser alegado y acreditado por quien tiene el deber de pagar la indemnización. Más adelante se dirá algo más sobre el beneficio que realmente obtiene la parte damnificada y cómo evaluarlo.

También podría sostenerse que, aunque hay un beneficio financiero para la parte damnificada al recibir compensación por pérdidas futuras de ingresos, este queda balanceado con el mal mayor de haber sufrido el daño, puesto que la reparación de los daños por lesiones nunca es completa ni integral.<sup>15</sup> A este argumento se le puede objetar que los daños son compensados según las categorías y modos de reparación establecidos por las reglas del sistema,<sup>16</sup> y que, por ende, no tomar en cuenta el beneficio de recibir el dinero por adelantado sería en verdad una sobrecompensación; adicionalmente, podrá sostenerse que estos daños sí son reparables integralmente y que, por lo tanto, al no haber infracompensación en el sistema, mal podría justificarse una compensación sistémica adicional consistente en la entrega anticipada de indemnizaciones por daños aun no sufridos.

Entiendo que la parte damnificada sí experimenta un beneficio al recibir la totalidad del capital indemnizatorio de una sola vez,<sup>17</sup> beneficio que consiste precisamente en percibir un capital que representa pérdidas en tiempos futuros (T2,

<sup>15</sup> Keren-Paz, *Torts, egalitarianism and distributive justice*, p. 67.

<sup>16</sup> Alterini, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, p. 17.

<sup>17</sup> Pizarro y Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, p. 782.

T3... Tn) en un tiempo anterior (T1). Creo también que no es posible entender que este beneficio se compensa con el daño sufrido, puesto que el sistema presupone y pretende la reparación de todos los daños. Distinto sería si se tratase de daños inconmensurables o irreparables, caso en el que la imposibilidad de reparar integralmente podría ser compensada con el beneficio de recibir el capital en forma —parcialmente— adelantada.

## 1. Métodos de cuantificación

Para cuantificar las reparaciones a los daños a la integridad física y psíquica se ha recurrido a diferentes métodos que han intentado lidiar con la complejidad de las situaciones que se presentan.

### A. *Prudente arbitrio judicial*

Un primer método es el del llamado *prudente arbitrio judicial*. Este método delega la cuantificación de los daños sufridos a la jueza o juez, quien deberá hacerlo valorando las alegaciones de las partes y las pruebas del juicio y estimando, según su prudente arbitrio, el monto de la reparación.

Este método presenta varias dificultades. En primer lugar, no permite conocer el razonamiento judicial que subyace al monto de dinero que se dispone como reparación. Esto sustrae el razonamiento de la jueza o juez al control de tribunales superiores, y, por ende, puede resultar en una menor exigencia argumental de la decisión. En segundo lugar, este método hace difícil prever el resultado de las decisiones *ex ante*, lo que conspira contra la seguridad jurídica y contra la posibilidad de transacciones sobre estos casos. En tercer lugar, este método permite una desatención del derecho a la reparación integral, puesto que, al momento de cuantificar, la jueza o el juez solo tiene como guía su prudencia, y no hay control alguno vinculado con la integralidad de la reparación.

### B. *Estimación por analogía*

En ocasiones el método del puro arbitrio se sofisticaba y da lugar al método de estimación por analogía, que promueve que las juezas y los jueces que tienen que

cuantificar daños revisen decisiones judiciales en casos similares y procuren otorgar cuantificaciones parecidas, y, de esa forma, intenten construir una línea jurisprudencial relativamente uniforme para cada tipo de caso.

El primer problema de este método es que el antecedente con que se compara solo reside en el arbitrio judicial, es decir, nada garantiza que el antecedente sea correcto, razonable ni, mucho menos, adecuado al derecho a la reparación integral. Esto debilita estructuralmente el método, cuya validación solo puede provenir de un muy extendido consenso en relación con las líneas jurisprudenciales que de su uso deriven, por lo cual necesariamente habrá una etapa de dudosa legitimidad jurídica. En segundo lugar, este método requiere un trabajo de precisión de las características relevantes de los casos, que permitan comparar, asimilar y distinguir. La selección de las características relevantes también plantea problemas de legitimidad como los ya indicados. En tercer lugar, también deja un importante margen de discrecionalidad a la jueza o juez, puesto que la selección de las características es elástica y siempre es posible encontrar un parecido entre casos por algún aspecto.<sup>18</sup> En cuarto lugar, el método plantea desafíos prácticos, puesto que su implementación requiere un trabajo con bases de datos que tomen las decisiones y las procesen y separen características relevantes de los casos, y que estas bases de datos sean utilizadas por los tribunales, para evitar así la tentación de hacer una selección de casos al gusto del tribunal.

### C. Tarifación

Un tercer método, la tarifación, intenta solucionar los problemas de los anteriores, disminuyendo la aleatoriedad, la falta de fundamentación y la ilegitimidad de las decisiones judiciales, y aportando seguridad jurídica sobre la cuantificación de las indemnizaciones.

El método se basa en la selección de una serie de características relevantes de los casos y la consiguiente construcción de un sistema de tarifas indemnizatorias

---

<sup>18</sup> Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 285.

según estas características seccionadas. Con este método, para cada caso corresponde indudable e invariablemente un determinado monto indemnizatorio.

Este método presupone una serie de reglas generales que omiten la consideración de determinados aspectos del caso que está en tensión con el principio de individualización que deriva del derecho a la reparación integral. En el caso mexicano, por ejemplo, ello resulta en la jurisprudencia ya reseñada, que sostiene que sistemas indemnizatorios basados en techos y topes son inconstitucionales. Creo, sin embargo, que es posible —y, en determinados sectores del derecho de daños, incluso es deseable— pensar en un sistema de indemnizaciones tarifadas en el que el sacrificio de la reparación integral sea compensado con algunas ventajas para la parte damnificada —tales como, por ejemplo, un sistema de pronto pago indemnizatorio—. <sup>19</sup>

#### *D. Valor presente de ingresos futuros*

Para cuantificar las indemnizaciones, este método propone una serie de pautas que toman en cuenta un elenco acotado de características relevantes de los casos y cuyo propósito es estimar aquello que la parte damnificada ha perdido —en relación con su capacidad física o psíquica—, considerando el periodo de duración de su pérdida, la entidad de la pérdida y el valor de sus ingresos. Este método permite una evaluación individualizada del caso concreto, respetuosa del derecho a la reparación integral, al tiempo que otorga previsibilidad al sistema y facilita acuerdos transaccionales. Es por ello el método preferible en esta materia. Por ende, el método de cuantificación que mejor se adapta a un derecho de daños regido por el derecho a la reparación integral es el de valor presente de ingresos futuros, que explicaremos a continuación.

El valor presente de ingresos futuros es un método que toma como relevantes cuatro variables, y con ellas construye una fórmula matemática cuyo resultado es un capital que: (i) proporciona una renta periódica equivalente a lo generado o

---

<sup>19</sup> Puede verse con mayor detalle esta cuestión en Juárez Ferrer, *op. cit.*

generable por la lesión, de acuerdo con los ingresos de la parte damnificada y la magnitud de su lesión; (ii) se extingue al finalizar el plazo en que se supone que cesa la lesión o sus efectos, o cuando concluye la vida laboral de la parte dañada.

Las variables en cuestión son: (i) ingresos de la parte damnificada; (ii) impacto de la lesión en la capacidad laboral, expresada en porcentajes; (iii) edad de la parte damnificada —a fin de estimar cuántos periodos faltan para que concluya su vida laboral—; (iv) tasa de interés que se supone generará el capital indemnizatorio, y que por ende representa un beneficio para la parte damnificada —el cual debe compensarse a quien paga la indemnización para evitar la sobrecompensación—.

Para ello el método se basa en dos cálculos: el primero es la pérdida periódica estimada, y el segundo es la capacidad de producir renta de un capital para una tasa determinada en un tiempo dado. Esto se calcula con la siguiente fórmula:<sup>20</sup>

$$C = A \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

Algunas aclaraciones son pertinentes.  $C$  es el capital indemnizatorio,  $A$  es la pérdida periódica,  $i$  es la tasa de interés que supuestamente produce el capital indemnizatorio  $C$ , y  $n$  es el número de periodos que durará la lesión o al cabo de los cuales se extinguirá la vida laboral de la parte damnificada. La pérdida periódica estimada ( $A$ ) se obtiene multiplicando los ingresos periódicos —sean mensuales o anuales— por la pérdida de capacidad —estimada en un porcentaje—. La capacidad de renta de un capital para una tasa determinada en un tiempo dado se obtiene multiplicando el valor 1 por la tasa de interés. Esta tasa de interés surge de la estimación del interés que puede dar la suma de dinero mandada a pagar. Un dato razonable es la tasa de interés que paga un banco por un plazo fijo en moneda estable. Se sostiene que el interés que generará el capital indemnizatorio

---

<sup>20</sup> V. Acciarri e Irigoyen Testa, “La utilidad, significado y componente de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes”, en *La Ley*.

debe deducirse del capital a fin de evitar el enriquecimiento sin causa de la parte dañada.<sup>21</sup>

## 2. La cuantificación de los daños derivados de lesiones a la integridad física o psíquica en el derecho federal mexicano

Como ya se dijo arriba, la cuantificación de los daños derivados de lesiones a la integridad física o psíquica se rige por el artículo 1915 del Código Civil Federal —en adelante, CCF—. Este remite, parcialmente, a los artículos 472 y subsecuentes de la Ley Federal del Trabajo —en adelante, LFT— y dispone que “se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que está en vigor en la región, y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo”. Esto quiere decir que la base para el cálculo indemnizatorio es el salario mínimo diario más alto de la región, multiplicado por cuatro, y esto se extenderá por el número de días que para cada incapacidad indica la LFT.

### A. Incapacidad parcial

Cuando se presenta una incapacidad permanente de tipo parcial rige el artículo 492 de la LFT, que indica que

la indemnización consistirá en el pago del tanto por ciento que fija la tabla de valuación de incapacidades, calculado sobre el importe que debería pagarse si la incapacidad hubiese sido permanente total. Se tomará el tanto por ciento que corresponda entre el máximo y el mínimo establecidos, tomando en consideración la edad del trabajador, la importancia de la incapacidad y la mayor o menor aptitud para ejercer actividades remuneradas, semejantes a su profesión u oficio.

---

<sup>21</sup> Juárez Ferrer, “El interés en las fórmulas de cuantificación del lucro cesante”, en *Cuantificación del daño*.

El sistema de la LFT designa como variables relevantes el ingreso de la parte damnificada, el grado de incapacidad y la cantidad de periodos en que la lesión producirá efectos.

### *B. Incapacidad total*

El artículo 495 de la LFT establece que si la lesión produce una incapacidad total o asimilable a la total —como surge del artículo 493 de la LFT— se pagará a la parte damnificada la suma de 1 095 días de salario, es decir, tres años de salarios.

### *C. Indemnización por muerte*

Si el evento dañoso produce la muerte de la parte damnificada, la LFT establece una indemnización para los legitimados activos<sup>22</sup> de cinco mil días de trabajo, es decir, casi 14 años de salarios.

### *D. Piso de salario mínimo indemnizatorio*

El CCF, si bien se basa en las reglas de la LFT, contiene algunas modificaciones relevantes en el uso de las variables. En primer lugar, y respecto de los ingresos, indica que se deberá tomar como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región. En segundo lugar, contiene reglas precisas respecto del destino de la indemnización si se produjera la muerte de la damnificada.

## **III. Algunas cuestiones problemáticas en la evaluación de los daños a la integridad física o psíquica**

Las reglas sobre cuantificación de indemnizaciones derivadas de lesiones a la integridad física o psíquica no están exentas de cuestiones problemáticas en la evaluación y conformación de las variables que las integran. Plantearemos aquí algunas de esas cuestiones y ofreceremos algunas propuestas tentativas de solución.

---

<sup>22</sup> Ley Federal del Trabajo, art. 50.

## 1. Ingresos

La estimación de los ingresos de la parte damnificada presenta una serie de problemas para su abordaje. La regla que contiene el sistema de daños federal es que debe tomarse el cuádruplo del salario mínimo diario más alto en vigor. Esto plantea, como primer problema, si debemos entender este cuádruplo del salario mínimo más alto como el único ingreso por considerar, o bien si se trata de un piso de cálculo de ingresos. Una lectura literal del artículo 1915 del CCF parece indicar que por todo concepto y en todos los casos lo que se tomará en cuenta es este cuádruplo del salario mínimo. Si se interpreta que implica un monto fijo por día para todos los casos, se produce un alejamiento de la regla del criterio de individualización del caso que ha propiciado la SCJN en materia de reparación integral, y, por ende, podría ser tildado de inconstitucional —según el criterio de oposición a cualquier tipo de tarifación—.

Creo que una interpretación que *adecue* el texto del artículo 1915 del CCF al derecho constitucional a la reparación integral es posible e, incluso, preferible a la interpretación literal antes mencionada. En este sentido, se trataría de un piso indemnizatorio similar al del artículo 485 LFT, que indica que “la cantidad que se tome como base para el pago de las indemnizaciones no podrá ser inferior al salario mínimo”. El sistema de la LFT se completa con un techo de salario indemnizatorio en el artículo 486, equivalente al doble del salario mínimo del área geográfica de aplicación. Una interpretación *conforme*, entonces, permitiría concluir que el piso del 1915 del CCF, 2º párrafo, simplemente eleva el piso de ingresos a cuatro salarios mínimos más altos.

En segundo lugar, puede darse el caso de que la parte damnificada tenga ingresos no registrados, o bien porque su empleo en relación de dependencia no está registrado ante los organismos fiscales y de la seguridad social, o bien porque, debido a que trabaja de manera independiente o autónoma, no declara sus ingresos ante las autoridades fiscales o de seguridad social.

Esto plantea, en primer lugar, la operatividad del piso de ingresos del artículo 1915 del CCF; es decir, ¿es aplicable el piso mínimo cuando la parte damnificada

no tiene ingresos registrados? Creo que sí debe regir, y que ello resulta razonable en atención a la lectura de la norma expresada en el referido artículo, que tendría especial importancia para cubrir casos como estos.

En segundo lugar, cabe preguntarse si en estos casos la parte damnificada deberá cargar con las consecuencias de esta falta de registro, es decir, si deberá soportar que el piso mínimo de ingresos para estos casos funcione también como techo. Una razón para ello sería que pudo o bien haber denunciado la relación laboral informal ante las autoridades administrativas o judiciales, o bien porque eligió no declarar total o parcialmente sus ingresos.

Creo que en estos casos la cuestión del registro y la responsabilidad tributaria, administrativa o incluso penal a la que podría dar lugar debe separarse completamente del ámbito del derecho de daños. La única consecuencia de la que puede hacerse cargo la parte damnificada es la de la propia dificultad de probar sus ingresos por encima del piso mínimo de ingresos.

Cuando la parte damnificada alega tener ingresos superiores al piso mínimo, entendemos que en estos casos el tribunal tiene al menos dos caminos para resolver la incertidumbre fáctica respecto de la cuantía de esos ingresos, enumerados según su orden de preferencia:

- En primer lugar, podrá estimar ingresos con base en la estimación de los gastos y ahorros que logre acreditar la parte damnificada para un determinado periodo. Las dificultades de determinar ingresos pueden complementarse o incluso suplirse evaluando los gastos periódicos —renta de habitación, servicios públicos, gastos de transporte, vestimenta y alimentación— y los eventuales ahorros de la parte damnificada. Esta estimación puede hacerse también evaluando el costo del nivel de vida que la parte damnificada lleva y su participación en la economía de la familia con la que conviva.
- En segundo lugar, se podrán estimar los ingresos mediante el uso de información estadística que recogen los organismos oficiales. En algunos

estados de Estados Unidos este es incluso el método por el que se estiman ingresos. Usando tablas poblacionales y cruzando los datos personales de la damnificada es posible estimar sus ingresos probables.

Un problema similar se plantea cuando la parte damnificada no tiene ingresos, ya sea porque debido a su edad u otras razones no ha entrado aun al mercado laboral, ya sea porque ha salido de este. En todos estos casos entiendo que debe tenerse en cuenta el piso mínimo de ingresos marcado por el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región, y que cualquier exigencia que cuestione el sistema exige que se alegue tener —o la posibilidad de tener— ingresos superiores a tal piso.

En el caso de niñas, niños y adolescentes que aún no trabajan, la pérdida derivada de la afectación a su capacidad no tiene ingresos con los cuales compararse. En estos casos hay dos estrategias posibles: la primera, preferible, es estimar sus ingresos tomando como base los de su madre y su padre, y ajustarlos si existiesen características especiales en madre, padre, hijas o hijos que hicieran previsible un mayor o menor ingreso. Esta estrategia parte de la premisa de que la movilidad social es un fenómeno menos frecuente que la permanencia en la clase socioeconómica de origen. De esto se puede derivar que lo usual, en el sentido de estadísticamente más frecuente, es que las hijas e hijos permanezcan en el mismo estrato socioeconómico que su madre y padre.

Los ajustes derivados de las características especiales tienen como base la suposición de que personas excepcionalmente exitosas en lo profesional no necesariamente tienen hijas o hijos también exitosos, y que cuando es previsible que estos destacarán en el ámbito profesional o laboral —por ejemplo, por sus muy excepcionales calificaciones— tienen una oportunidad relevante de superar el estrato socioeconómico que les antecede. De igual modo podrá ajustarse la estimación cuando las hijas o hijos muestren ciertas dificultades en su desarrollo que permitan prever que no podrán mantener la situación socioeconómica de sus padres.

La segunda estrategia es estimar los ingresos de hijas e hijos con base en su ubicación en las estadísticas de ingresos por situación económica, en el modo ya

indicado anteriormente para personas cuyos ingresos están parcial o totalmente no registrados. Esta estrategia es subóptima respecto de la anterior, puesto que la conexión con el caso particular es menor y, por ende, hay un sacrificio mayor del principio de la individualización del caso, derivado del derecho a la reparación integral.

En el caso de personas jóvenes que aún no trabajan porque están estudiando o preparándose para ejercer una profesión u oficio, la estrategia adecuada es la estimación de sus ingresos conforme a la media en estos trabajos o profesiones para los que la parte damnificada se prepara. También aquí pueden ajustarse las estimaciones de acuerdo con las características de la parte damnificada —es razonable suponer que un estudiante muy destacado tiene mayor oportunidad de éxito económico que un estudiante promedio—.

Puede ocurrir que alguna persona que se ha retirado o bien por su edad o bien por una invalidez continúe trabajando informalmente, pese a cobrar algún tipo de prestación de la seguridad social. En estos casos deberá tomarse el piso mínimo de ingresos —ante la falta de pruebas, supondremos que difícilmente obtengan algo distinto de los mínimos—, y si se alegaran ingresos superiores a este, debe considerarse la información que haya disponible al respecto. En esta línea, creo que debe preferirse la estimación de los ingresos mediante la cuenta de los egresos que esa persona tiene, y descontando los ingresos de las eventuales prestaciones de la seguridad social y ayudas familiares.

Para las personas que han dejado completamente de trabajar, las lesiones a la integridad física no tendrán repercusión en el plano patrimonial y solo serán resarcibles con base en el daño extrapatrimonial o moral. Entiendo que estas personas no podrán invocar el piso indemnizatorio del artículo 1915 CCF, por cuanto no habría salario o capacidad laboral que pudiera ser afectada.

Finalmente, los ingresos de las personas experimentan variaciones. Es frecuente que tanto en el ámbito de los trabajadores en relación de dependencia como en el de los trabajadores autónomos haya un crecimiento en los ingresos, en la

medida en que aumenta la experiencia laboral o profesional y en que se permanece en un puesto o profesión.<sup>23</sup>

Cualquier método de cuantificación de indemnizaciones basado en ingresos y en el principio de reparación integral debería dar cuenta de las posibilidades de variación de ingresos para ajustarse plenamente al principio de individualización del daño. Para esta cuestión se pueden ensayar dos estrategias. En la primera puede tomarse una estimación fija de variación, suponiendo una curva ascendente uniforme para todos los casos. En este sentido, en la jurisprudencia argentina se ha propuesto la utilización de una fórmula sencilla, que consiste en multiplicar los ingresos actuales por 60 y dividirlos entre la edad de la persona damnificada. Este sistema supone que hay una curva ascendente que se estanca a los 60 años de edad.<sup>24</sup> El resultado es el ingreso que deberá utilizarse para el cálculo de la indemnización. Esto hará que, por ejemplo, para una persona de 20 años, su ingreso a los fines del cálculo se multiplique por tres (ingreso actual \* 60/20 = ingreso actual \* 3); no parece implausible que una persona que recién ingresa al mundo del trabajo logre, con el tiempo, ingresos que tripliquen su ingreso inicial.

Una estrategia más sofisticada ha sido propuesta por Hugo Acciarri. Se propone una estimación completamente adaptada al caso concreto en la que se consideren los eventuales hitos de crecimiento en los ingresos; para ello, habría que indicar tanto el momento en que se prevé que puede darse el hito como el crecimiento previsto, e incluir todos esos datos en una hoja de cálculo que arroja el resultado del método de valor presente de ingresos futuros.<sup>25</sup> Mediante este método, en vez de hacer una estimación estandarizada para todos los casos —en el método anterior, una estimación de triplicación de ingresos respecto de los 20 años de edad—, se construye un ingreso mediante una serie de cálculos en los que pueden incluirse tanto el ingreso actual como el ingreso esperable en determinados hitos en el futuro —por ejemplo, ascensos en el escalafón de una carrera

<sup>23</sup> Cf. Barros Bourie, *op. cit.*, p. 291.

<sup>24</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina, Sala III, in re *Méndez vs. Mylba S.A.*, de 24 de abril de 2008, con voto del juez Ricardo A. Guibourg, en *Revista del Derecho Laboral y Seguridad Social*.

<sup>25</sup> La hoja de cálculo indicada puede encontrarse en este enlace: «<https://www.derechouns.com.ar/formula-y-planilla-de-calculo-de-indemnizacion-por-incapacidad-art-1746-cyc/>».

administrativa, judicial o militar—, atendiendo a la probabilidad estimada —por las partes en sus demandas, y por el tribunal a la hora de decidir— de que se verifique ese hito.

Esta estrategia es preferible por cuanto resulta en un mayor seguimiento del principio de individualización del daño y porque favorece una estimación más precisa del daño sufrido. Sin embargo, parece que en un contexto de incertidumbre en la información sobre las perspectivas de futuro la estrategia de variación uniforme resulta un camino plausible.

## 2. Incapacidad

La estimación de la incapacidad derivada de las lesiones a la integridad física o psíquica presenta algunos problemas. En primer lugar, se hace con base en baremos médicos, cuyo uso, aunque es frecuente en el ámbito de los accidentes de trabajo, trae consigo un problema relacionado con su legitimidad, es decir, con la autoridad que tienen estas tablas indicadoras. Estos baremos pueden surgir o bien de una decisión legislativa, o bien de una decisión de la autoridad administrativa, o bien de la autoridad científica de quienes los han formulado. A medida que descende la posibilidad de escrutinio popular de la autoridad en que se basa el baremo, se agudiza el problema de su legitimidad. Es razonable ir un poco más allá de la autoridad científica de los creadores del baremo e indagar sobre sus vinculaciones tanto con asociaciones de personas damnificadas como con compañías aseguradoras. Por eso, si hubiera más de un baremo de uso habitual, lo más aconsejable sería que la estimación se realizara por más de un baremo, y también que los baremos tuvieran algún tipo de revisión o validación estatal, de preferencia legislativa.

Otra cuestión problemática está dada por la evaluación de la incapacidad en función del trabajo o profesión de la parte damnificada. En principio, los baremos hacen evaluaciones en abstracto, sobre una capacidad modelo y general estimada para todas las personas; por ello se podría pensar que los baremos establecen un piso de incapacidad. Pero luego se presenta el caso de incapacidades que afectan especialmente a una persona en particular —por ejemplo, la pérdida de un dedo

del pie para Messi—: en estos casos podría pensarse que es razonable el ajuste de la incapacidad adaptada al caso concreto. Lo que resulta más difícil es saber si el ajuste de capacidad en concreto puede ajustar la estimación de capacidad en menos, es decir, disminuir la estimación de incapacidad. Considero que la incapacidad de los baremos establece un piso que no es corregible en menos, puesto que el baremo indica un mínimo de capacidad general, aunque esta cuestión es discutible.<sup>26</sup>

La estimación de los periodos de duración de la vida laboral plantea un problema ya mencionado al tratar la cuestión de los ingresos de personas que se han jubilado o retirado del mercado formal, pero continúan trabajando. En este punto no debe tomarse un criterio rígido, sino que los periodos deberán estimarse conforme lo que sucede en el curso normal y ordinario de las cosas. En este sentido, si la edad jubilatoria es a los 65 años, pero en una determinada actividad las personas suelen jubilarse a los 70, será razonable tomar esta última edad como límite de duración de la vida laboral.

Estas consideraciones serán necesarias siempre que el sistema de seguridad social no provea a quienes lo usan de prestaciones que les garanticen un nivel de vida digno y acorde al que llevaban antes de jubilarse. No parece razonable tomar la expectativa de vida como límite del cálculo de duración de la incapacidad, salvo que en el sector laboral en que trabaje la parte damnificada fuera imposible sobrevivir con las prestaciones de la seguridad social y ello llevara a las y los trabajadores a no jubilarse, o bien una vez jubilados, a reemplazarse informalmente para poder mantenerse.

Finalmente, el sistema indemnizatorio del CCF plantea algunos problemas puntuales relacionados con la duración de la vida laboral, puesto que parece ser

---

<sup>26</sup> Parece sostener, implícitamente, una posición contraria Barros Bourie —*op. cit.*, p. 290—, quien afirma que “la pregunta relevante se refiere a la proporción de los ingresos esperados que previsiblemente la víctima dejará de percibir en razón de sus lesiones. Las lesiones corporales que no afectan la capacidad intelectual pueden producir un efecto patrimonial insignificante en un empresario o en un profesional liberal, y, por el contrario, acarrear una privación sustancial de la capacidad de trabajo en personas que desarrollan actividades físicas. En otras palabras, la tasa de incapacidad que debe ser atribuida a las mismas lesiones no necesariamente es igual en todos los casos”.

insensible a su mayor o menor duración. Debe notarse que las incapacidades parciales y totales están atadas a una cantidad fija de días de salario —tres años—, y que estas se modulan, en el caso de incapacidad parcial, según el porcentaje de incapacidad. De igual modo, si la persona damnificada muere a raíz del suceso dañoso, entonces la indemnización es sustancialmente mayor, pero también limitada a casi 14 años de salarios. Estos topes, en mi opinión, pueden plantear severos problemas de inconstitucionalidad, cuando la parte damnificada es una persona joven, y se ve con una incapacidad importante y solo es resarcida con tres años de salarios.

La interpretación robusta del principio de individualización del daño y la tacha de inconstitucionalidad de todo techo, piso o tarifa indemnizatoria ofrece, desde mi perspectiva, problemas de constitucionalidad para el sistema de indemnizaciones por incapacidad. El sistema no ofrece diferencias respecto de una persona de 15 años, una de 45 y una de 60, pues pone como techo indemnizatorio tres años de salarios —con los matices en este punto ya mencionados arriba—. Este techo indemnizatorio es cuestionable si pensamos que *cualquier techo* es inconstitucional, pero la inconstitucionalidad es más problemática a medida en que la edad de la víctima es menor, puesto que la probabilidad de infracompensación es más alta mientras más años de vida laboral le restan.

Al mismo tiempo, parece difícil decir que un texto que indica un valor fijo —como el 495 de la LFT— es una norma de piso mínimo, con lo cual las posibilidades de una interpretación armonizadora son acotadas. Creo que el sistema del 495 de la LFT puede ser inconstitucional en determinados casos de infracompensación, y que una fórmula de cálculo indemnizatorio que sea constitucionalmente adecuada deberá considerar como variable necesaria la expectativa de duración de la vida laboral de la persona damnificada.

Algunas consideraciones similares pueden hacerse respecto del sistema de indemnización por muerte del artículo 502 de la LFT, que fija un tope de cinco mil días de salario, equivalentes a casi 14 años de salarios. Se trata, nuevamente, de un tope indemnizatorio, por ende, rechazable *ex ante* y en abstracto de acuerdo con la jurisprudencia de la SCJN. De manera adicional, es perfectamente imaginable

que haya casos en los que este techo prive de una porción importante de la indemnización a los derechohabientes de la parte damnificada. Sin embargo, las posibilidades de infracompensación por causa de este techo son sustancialmente menores, tanto en términos absolutos como en proporción a los casos en que se da la infracompensación respecto del total de casos, todo ello respecto de los mismos términos absolutos y relativos comparados con el tope para incapacidades del artículo 495 de la LFT.

### 3. Interés que produce el capital indemnizatorio

Ya hemos anticipado las controversias suscitadas en relación con la existencia o no de beneficios para la parte damnificada por haber recibido de modo anticipado en el tiempo un capital que se correlaciona con afectaciones posteriores. Si bien estos beneficios existen, también creo que deben ser apreciados de modo estricto, en primer lugar porque disminuyen la indemnización de la parte damnificada al presuponer un éxito económico que es solo una posibilidad —la de obtener la renta supuesta—. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos la parte damnificada no tiene conocimiento en materia de inversiones, lo que acota las posibilidades de una renta segura.<sup>27</sup>

Finalmente, el rendimiento de inversiones seguras —por ejemplo, títulos de deuda de Estados Unidos— suele ser extremadamente bajo, y esta razón también contribuye a la conveniencia de prudencia en la estimación de las rentas. Por estas razones la elección de una determinada tasa de interés debe atender, por una parte, al contexto económico en que se toma la decisión judicial —hay épocas de tasas altas y épocas de tasas bajas—, y debe tener en cuenta la extensión del periodo que se estima que durará la incapacidad —un periodo largo hace prever que habrá altas y bajas en las tasas de interés—; y por otra parte, también debe tenerse en cuenta la instrucción financiera de la parte damnificada y sus posibilidades reales de obtener una renta del capital indemnizatorio.

---

<sup>27</sup> Barros Bourie, *op. cit.*, p. 281.

Por todas estas razones, una estimación prudente e incluso conservadora de la renta que puede producir el capital indemnizatorio es lo más adecuado al cumplimiento del derecho constitucional a la reparación integral.

El sistema de derecho de daños del CCF no considera la compensación de este beneficio para quien paga el capital indemnizatorio, pese a que se indica que debe pagarse este capital de una sola vez —artículo 1915 del CCF—. Creo que, para el caso de una eventual reforma que flexibilizará el sistema indemnizatorio, dando cabida como variable a la duración de la vida laboral, seguramente se pondrá en cuestión la razonabilidad del pago del capital indemnizatorio en una única vez.

#### IV. Indemnización por fallecimiento

La cuestión de la indemnización de los daños patrimoniales sufridos por una persona damnificada que muere en el evento dañoso se rige por los artículos 500, 501 y 502 de la LFT, por remisión del artículo 1915 del CCF. Las reglas de la LFT indican que, en caso de muerte, se tasan los gastos funerarios en dos meses de salarios, y que la indemnización por muerte puede ser percibida por una serie de legitimados activos, entre las que se encuentran aquellas personas con derecho alimentario; y establecen una suma fija indemnizatoria equivalente a cinco mil días de salario —artículo 502 de la LFT—. El CCF, por su parte, especifica en el artículo 1915 que el salario por computar es el cuádruplo del salario mínimo más alto que esté en vigor en la región. Este mismo artículo tiene una regla especial respecto de la regla general de legitimados activos de la LFT, la cual dispone que los legitimados activos para reclamar el daño sufrido por la muerte son lisa y llanamente “los herederos”.

El diseño de estas reglas plantea algunas cuestiones interesantes. Lo primero que debe decirse es que la parte damnificada, que ha sufrido el enorme daño de perder la vida, sin embargo, no experimenta daño patrimonial alguno, puesto que tras el fallecimiento no hay patrimonio de que ocuparse ni gastos ni ingresos. Esta ausencia de daños directos, sin embargo, trae generalmente aparejados daños indirectos a una serie de personas. La selección de quiénes tienen derechos indemnizatorios como damnificados indirectos es también espinosa: ¿debe seguirse el criterio

del derecho sucesorio? Como ya se dijo, el CCF se inclinó por esta opción. Otra alternativa podría ser dar legitimación a todas aquellas personas que recibieran asistencia económica de la persona damnificada. Tomar esta opción nos llevaría a preguntarnos quién tiene derecho a la porción que la persona damnificada habría producido —y gastado en sí misma— de no haber muerto. Abordaremos estas cuestiones a continuación.

Como ya se dijo, la selección de los legitimados activos para reclamar la indemnización es una cuestión difícil. Algunos sistemas han optado por legitimar al conviviente o esposo o esposa sobreviviente y a las hijas o hijos; otros, por habilitar a los herederos legitimarios; y otros, a las personas que tengan un trato familiar y reciban asistencia de parte de la persona damnificada.

Por mi parte, creo que la solución más ajustada al derecho a la reparación integral es legitimar a quienes recibieron algún tipo de asistencia alimentaria de parte de la persona damnificada, conjugando este criterio con una presunción *iuris tantum* derivada de los criterios del derecho sucesorio. Una solución al problema de la *catarata de damnificados*<sup>28</sup> puede ser utilizar una presunción *iuris tantum* para quienes hubieran convivido con la persona damnificada, o alguna otra forma de criterio probatorio amplio o laxo, y una presunción *iuris tantum* contraria para

---

<sup>28</sup> Un segundo problema se plantea con el límite temporal respecto del cual es posible entender que habría durado la asistencia. En otras épocas pudo haber parecido razonable estimar que la asistencia habría durado hasta el fin de la vida de la esposa, esposo o conviviente, pero hoy quizás es menos razonable, ya que la idea de una misma pareja para toda la vida ha perdido terreno no solo discursivamente, sino también en las prácticas sociales. Lo prudente sería estimar un plazo largo, de diez años, o el de duración de la pareja si fuera mayor que estos diez años.

En relación con la asistencia a las hijas o hijos la cuestión también es compleja, puesto que en algunas legislaciones estas reglas se extraen de aquellas del sistema de seguridad social, donde las pensiones ponen como límite una determinada edad de las o los hijos —usualmente, la mayoría de edad—, y la extienden si la hija o el hijo estudia con posterioridad a la mayoría de edad.

Teniendo en cuenta que en la actualidad existen serias dificultades para el acceso de las personas jóvenes a trabajos que les permitan independizarse, y el hecho cada vez más extendido de vivir con los padres hasta entrados los 30 años, es necesario plantearse si en algunos casos no es razonable también extender el plazo en el que se supone que la persona damnificada habría brindado asistencia económica a sus hijas o hijos. La posibilidad de reclamos exagerados o falsos puede conjurarse, nuevamente, con un criterio de apreciación estricta de la prueba o una presunción *iuris tantum* —Borda, *La reforma 1968 al Código Civil*, p. 203—.

quienes no convivieran con aquella, o algún otro criterio de apreciación probatoria más estricto.

En este punto es conveniente una mirada amplia y apegada al caso concreto: el principio de individualización del daño parece mejor satisfecho si son resarcidas todas aquellas personas que hayan acreditado recibir asistencia económica de parte de la persona damnificada fallecida, y es compatible también con distintas exigencias probatorias según la situación familiar y contextual.

En algunos sistemas de derecho de daños puede darse el problema de las pérdidas derivadas de la muerte que la persona damnificada gastaba en sí misma, es decir, la parte de sus ingresos que no estaba destinada a la asistencia de otras personas. Podría sostenerse que lo que la persona damnificada gastaba en sí misma es algo que se dejó de gastar sin más, y que la desaparición de ese ingreso no daña realmente a nadie. Sin embargo, si la persona damnificada destinaba una parte de sus ingresos al ahorro, la cuestión subsiste y requiere una respuesta. Hay al menos dos posibles: o bien estas ganancias pueden ser reclamadas por las o los herederos de la damnificada *iure hereditatis*, o bien estas pérdidas se pierden para la persona damnificada y sus herederos, y, en alguna medida, mejoran la situación de la parte dañadora o quien resulta responsable del pago de la indemnización. El CCF ha tomado la primera de estas opciones, y establece una indemnización tarifada cuyos legitimados activos son quienes tienen derechos sucesorios respecto de la persona fallecida.

Una intuición podría justificar la segunda opción, puesto que si las personas que han quedado con vida y que recibían algún tipo de asistencia económica de parte de la víctima han sido indemnizadas, el daño ha sido reparado completamente. Sin embargo, creo que el ahorro que se deja de hacer debido al fallecimiento es una ganancia que se ha perdido, y el hecho de la muerte y la imposibilidad de goce derivada de esta no cambian que, de no haberse producido la muerte, la ganancia se habría generado. Dado que la asignación o reasignación de los costos de las pérdidas injustas es precisamente uno de los efectos del derecho de daños, si la pérdida de los ahorros que se hubieran generado no se asigna a quien causó el daño, entonces soporta la pérdida la propia persona damnificada —o quien

hereda de esta—. Por esta razón, creo que la opción que mejor se adecua al derecho constitucional a la reparación integral es la de permitir a las y los herederos de la víctima recolectar lo que esta habría ahorrado o, mejor aún, todo lo que no habría gastado en sí misma ni en otras personas con derecho indemnizatorio *iure proprio*, tal como lo hace la regla del artículo 1995 del CCF.

## V. El paso del tiempo y la indemnización

Comprender el funcionamiento de las reglas del derecho de daños en la práctica de los casos concretos requiere tener en cuenta la dimensión temporal. El tiempo que pasa entre que el daño se produce, o se comienza a producir, hasta que el daño es reclamado y eventualmente resarcido puede ser —en algunos subsistemas indemnizatorios— breve, pero cuando el reclamo se plantea en el sistema judicial los tiempos suelen ser considerables. Por esta razón, es importante mencionar algunos aspectos en los que el paso del tiempo tiene una función importante en la reparación del daño patrimonial, para así completar el panorama que hemos trazado en este capítulo.

### 1. Intereses

El tema de los intereses moratorios que genera la obligación de indemnizar es de gran importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que en el marco de un litigio judicial la distancia entre el momento del evento dañoso y el efectivo cobro de la indemnización puede ser de varios años. Por estas razones, analizaremos dos aspectos en particular: por una parte, el comienzo del curso de los intereses; por otra, si existe o debe existir una relación entre los intereses que se utilizan como tasa de retorno del capital indemnizatorio en el método de valor presente de ingresos futuros y la tasa de intereses moratorios.

Cuando se trata de daños derivados de lesiones a la integridad física o psíquica, la deuda indemnizatoria no siempre es fácilmente liquidable. En particular, se requiere la determinación de la incapacidad resultante para la persona damnificada, lo que no siempre se puede hacer de modo inmediato, puesto que usualmente

una incapacidad que aparece en principio como transitoria a veces deriva en una incapacidad definitiva, aunque ello no sucede en todos los casos. Entonces un primer obstáculo está en el tiempo que tarda en manifestarse la incapacidad en su entidad cuantitativa y en su proyección temporal. Adicionalmente, la acreditación de ingresos puede resultar más o menos problemática, en el caso de que la persona damnificada tuviera ingresos total o parcialmente no registrados, o bien no tuviera ingresos; a ello debe sumarse la dificultad a que puede dar lugar la estimación de las perspectivas de crecimiento de sus ingresos.

Estas circunstancias hacen que quien debe pagar la indemnización por lesiones a la integridad física o psíquica no tenga certeza sobre el *quantum* de su obligación desde el momento del evento dañoso, y que incluso pueda pasar un periodo más o menos largo entre el evento y la certeza del daño ocurrido. Esta situación podría dar lugar a la idea de que los intereses moratorios deben comenzar con la demanda, porque recién allí se postula con claridad y liquidez la pretensión indemnizatoria de la parte damnificada. También podría postularse que los intereses moratorios deberían correr desde la sentencia, ya que allí queda precisada de modo completo la deuda contraída por la parte demandada.

Estas hipótesis harían que la persona damnificada debiera cargar con parte de los accesorios de su crédito principal —que es el indemnizatorio—, pues le atribuyen las consecuencias de la incertidumbre en la entidad de la indemnización; es decir, podrían causar que la persona damnificada no tuviera una reparación integral, por tener que soportar al menos una parte de los intereses compensatorios del crédito que tiene, ya que no puede reclamarlos quien ha causado el daño —*i. e.*, los que van desde el hecho hasta la sentencia—.

Creo que el curso de los intereses moratorios por el pago de la indemnización debe, en todos los casos, correr desde el momento del daño, con independencia de las dificultades para liquidar la deuda. Esta interpretación es la que mejor se corresponde con la vigencia del derecho a la reparación integral, ya que la parte damnificada no carga con las consecuencias de la iliquidez de su crédito, que no le es imputable.

## 2. Relación con la tasa de interés de la fórmula de valor presente de ingresos futuros

Cabe preguntarse si debería haber una relación entre la tasa de interés que se presume que la parte damnificada podrá obtener y el capital indemnizatorio. Podría pensarse que la tasa debería ser la misma y, entonces, una estimación prudente de la renta que produciría el capital indemnizatorio iría de la mano del reconocimiento de un interés moderado como moratorio de su crédito. Esto pasaría por alto que los intereses son de diversa especie: el interés de la fórmula de valor presente es un interés de tipo compensatorio, puesto que compensa el beneficio que obtendría la persona damnificada; el interés que genera el crédito indemnizatorio es, en cambio, moratorio. Aun así, también cabe preguntarse si esta diversa especie es una razón suficiente o no para utilizar dos tasas de interés distintas.

Creo que la distinta especie del interés es una razón suficiente para justificar la utilización de dos tasas distintas. La tasa de la fórmula de valor presente de ingresos futuros debe acercarse a una tasa de plaza para depósitos o alguna otra que dé un alto grado de certeza en el rendimiento —por ejemplo, Bonos del Tesoro de Estados Unidos—. Al mismo tiempo, la tasa de interés moratorio para estos casos debería ser similar a la de plaza que cobra un banco para operaciones en descubierto, a fin de compensar a la persona damnificada por los daños en que habría tenido que incurrir si hubiera necesitado de crédito derivado de su daño, y como forma de incentivar los acuerdos extrajudiciales.

## 3. Inflación

La inflación es un asunto que se debe considerar, en la medida en que el tiempo que pasa entre el evento dañoso y el cobro de la indemnización puede ser de varios años. Tasas muy razonables de inflación, sin embargo, erosionan el valor de un capital en el tiempo.

Como ejemplo de esto, 100 dólares estadounidenses de 2012 ajustados por inflación al 2022 son 120.47 dólares.<sup>29</sup> Exagerando el punto, para un proceso que dura 15 años, y que considera daños sufridos un año antes, esos mismos 100 dólares —de 2006— son hoy 138.82 dólares. Por esta razón entendemos que la inflación debe tenerse en cuenta en la medida en que el tiempo entre el daño y el pago se cuenta en años.

La inflación puede tenerse en cuenta de modos directos o indirectos. Una forma directa consiste simplemente en actualizar el capital adeudado de acuerdo con los índices de precios del consumidor u otros que permitan evaluar la inflación. Una forma indirecta de contar la inflación consiste en sumar a la tasa de interés que podríamos llamar “pura” un adicional por inflación. La mejor manera de dar cuenta de la inflación es mediante un método directo que permita conocer con precisión la forma en que se actualizó el capital indemnizatorio.

#### 4. Los daños sufridos antes del pago

La utilización de la fórmula de valor presente de ingresos futuros requiere alguna precisión cuando se le agrega la dimensión del paso del tiempo del litigio. La fórmula indica un capital indemnizatorio que parte de pérdidas por lesiones a la integridad física o psíquica que se presentan en un tiempo posterior al daño. Sin embargo, cuando el pago de la indemnización se da en un tiempo posterior al del cálculo indemnizatorio sucede que, desde este último momento, hay pérdidas que están en el pasado, es decir, ya han sucedido, y han devengado el crédito indemnizatorio, y otras que permanecen en el futuro.

Un ejemplo puede clarificar el punto. La parte damnificada sufre un daño en un tiempo 1 (T1). Promueve una acción judicial para reclamar sus daños, e incluye allí un cálculo indemnizatorio basado en el método de valor presente de ingresos futuros, en un T2.

---

<sup>29</sup> Calculator.net, *Inflation calculator*. Disponible en «<https://www.calculator.net/inflation-calculator.htm?startingamount=100&cinyear=2012&coutyear=2022&calctype=1&x=120&y=20>».

- Necesariamente hay un tiempo entre T1 y T2 en que algunas de las pérdidas derivadas de la lesión a la integridad física o psíquica ya han acaecido.
- Supongamos que la sentencia queda firme cinco años después, en T3, y que inmediatamente después puede cobrar la indemnización.
- En este ejemplo, todas las pérdidas derivadas de lesiones que sucedieron entre T1 y T3 no son en modo alguno daños futuros, sino que, evidentemente, ya han acaecido.

Respecto de estas pérdidas que ya han acaecido el cálculo debe hacerse de modo lineal, es decir, sin deducir el beneficio por recibir el capital por adelantado, ya que se trata de daños ya pasados y no futuros, y así lo ha decidido la jurisprudencia argentina.<sup>30</sup>

Dicho de otro modo, la fórmula de valor presente de ingresos futuros solo puede utilizarse para periodos posteriores en el tiempo al pago de la indemnización; para periodos anteriores al pago de la indemnización deberá hacerse simplemente un cálculo lineal, e incluso deberá calcularse el interés moratorio por el periodo comprendido entre el acaecimiento de la pérdida y el efectivo pago de la indemnización.

## Bibliografía

Acciarri, H. e Irigoyen Testa, M., “La utilidad, significado y componente de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes”, en *La Ley*, 2011-A, 2011, pp. 877-889.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

---

<sup>30</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, in re *Navarrete, E. vs. Provincia de Córdoba*, de 20 de octubre de 2009, en *TR La Ley* 70059076.

Alterini, A., *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

Barros Bourie, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2a edición actualizada, tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020.

Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Borda, G., *La reforma 1968 al Código Civil*, Perrot, Buenos Aires, 1971.

Bouzat, A., Cantaro, A. y Navarro, P., “El fundamento jurídico de un derecho de necesidad”, *Discusiones*, núm. 7, 2007.

Calculator.net, *Inflation calculator*. Disponible en «<https://www.calculator.net/inflation-calculator.html?cstartingamount=100&cinyear=2012&coutyear=2022&calctype=1&x=120&y=20>». [Consultado el 14 de noviembre de 2022.]

Calvo Costa, C., *El daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina, Sala III, in re *Méndez vs. Mylba S.A.*, de 28 de abril de 2008, con voto del juez R. Guibourg, en *Revista del Derecho Laboral y Seguridad Social*, 11:953, 2008.

Carrió, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, 5a. ed., Buenos Aires, 2006.

De Lorenzo, M., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

Departamento de Derecho, *Fórmula y plantilla de cálculo de indemnización por incapacidad (art. 1746 CCyC)*, Universidad Nacional del Sur. Disponible en «<https://www.derechouns.com.ar/formula-y-planilla-de-calculo-de->

indemnizacion-por-incapacidad-art-1746-ccyc/». [Consultado el 14 de noviembre de 2022.

Farnsworth, E., Sanger, C. y Cohen, N., *Contracts, Cases and Materials*, Foundation Press, Nueva York, 2006.

González Zavala, R., “Cuantificación de las tareas de cuidado y hogareñas, en casos de incapacidad”, en *Semanario Jurídico*, T. 124-2021, 221, 2021.

Juárez Ferrer, M., *El derecho constitucional a la reparación integral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

\_\_\_\_\_, (dir.), *Cuantificación del daño. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2017.

\_\_\_\_\_, “El interés en las fórmulas de cuantificación del lucro cesante”, en M. Juárez Ferrer (dir.), *Cuantificación del daño. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2017.

Keren-Paz, T., *Torts, egalitarianism and distributive justice*, Ashgate, Aldershot, Inglaterra, 2007.

López Olaciregui, J., “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1978.

Marcellino, L., “Valoración, cuantificación y satisfacción en el daño moral”, en M. Juárez Ferrer (dir.), *Cuantificación del daño. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2017.

Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, 2a edición, Astrea, Buenos Aires, 1980.

Ossola, F., *Responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

- Papayannis, D., “Responsabilidad por el dolor causado y sufrido”, en J. García Amado y D. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Palestra Editores, Lima, 2020.
- Papayannis, D. y Pereira Fredes, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Pizarro, R. y Vallespinos, C., *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.
- \_\_\_\_\_, *Tratado de obligaciones*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.
- Pizarro, R., *Daño moral, Reparación, prevención y punición de las consecuencias no patrimoniales*, Rubinzal, 3a edición, Buenos Aires, 2021.
- Sánchez Graells, A. *Los acreedores involuntarios*. Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- Van Gerven, W., Lever, J. y Larouche, P., *Cases, materials and text on national, supranational and international tort law*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- Zannoni, E., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, 3a. edición, Buenos Aires, 2005.

## Legislación citada

Código Civil Federal de México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal del Trabajo de México.

Código Civil de la República Argentina (sancionado en 1869, derogado en 2014).

Código Civil y Comercial argentino (sancionado en 2014).

Superintendencia de Seguros de la Argentina, Res. 25665/97.

## Precedentes citados

### *Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala*

Amparo Directo en Revisión 1068/2011. Ponente: Ministro Pardo Rebolledo, 19 octubre 2011.

Amparo Directo 35/2014. Ponente: Ministro Zaldívar Lelo de Larrea, 15 mayo 2015.

Amparo Directo en Revisión 5826/2015. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 8 Junio 2016.

Amparo Directo en Revisión 593/2015. Ponente: Ministro Gutiérrez Ortiz Mena, 17 mayo 2017.

Amparo Directo en Revisión 3288/2016. Ponente: Ministra Piña Hernández, 24 mayo 2017.

### *Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba*

Sala Civil y Comercial, in re *Navarrete, E. vs. Provincia de Córdoba*, de 20 de octubre de 2009, en TR La Ley 70059076.



## La reparación del daño extrapatrimonial

Diego M. Papayannis\*  
José Ignacio Morales Simón\*\*

\* Doctor en derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Serra Hünter e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica Universidad de Girona —España—.

\*\* Coordinador Académico de la Escuela Federal de Formación Judicial de México.

**La reparación del daño extrapatrimonial.** I. Introducción; II. El concepto de daño moral y su plasmación en el derecho mexicano; III. La justificación de la reparación de los daños morales; IV. ¿Cómo racionalizar los contornos del daño emocional indemnizable?; V. Prueba de los daños morales; VI. Cuantificación del daño moral; VII. El daño al honor.

## I. Introducción

Uno de los temas de la responsabilidad civil que más interés ha generado en México es el de los daños extrapatrimoniales o morales.<sup>1</sup> El objeto de este capítulo es analizar este tipo de daños. Se plantearán los principales retos existentes para la práctica jurídica y se intentará mostrar de qué manera la compensación del daño extrapatrimonial puede ser llevada adelante racionalmente, pese a la desconfianza que las y los juristas suelen manifestar al respecto.<sup>2</sup>

La primera preocupación en torno al daño moral se relaciona con sus límites. En efecto, la definición que goza de mayor aceptación en la actualidad tiene un carácter negativo. Se piensa que constituye daño moral todo menoscabo que no se proyecte sobre el patrimonio de la persona. Esta noción parece excesivamente amplia, lo que haría que las molestias más triviales fuesen resarcibles. Además, como consecuencia de esto, se abriría la puerta a un aluvión de reclamaciones, lo

---

<sup>1</sup> Por razones que se verán *infra*, se toma “daño moral” y “daño extrapatrimonial” como sinónimas, aunque no toda la doctrina mantiene el mismo uso.

<sup>2</sup> Suele haber una opinión generalizada de que, en el ámbito del daño extrapatrimonial, los criterios de valoración son amplios y confusos, lo cual genera una gran incertidumbre respecto del monto de las indemnizaciones. V. Alpa, *La Responsabilità Civile. Parte generale*, p. 861; Díez Picazo, *El escándalo del daño moral*, p. 13, este último es ilustrativo para transmitir la falta de uniformidad debida a la imprecisión del concepto, tal como denuncia el autor.

que supondría una sobrecarga injustificada sobre el sistema de administración de justicia. Pero aun cuando fuese posible definir con mayor precisión lo que cuenta como daño moral, en seguida surgen dos preguntas esenciales para su tratamiento judicial, ¿cómo se prueba el daño moral? Y, asumiendo que pudiese probarse, ¿cómo se lo cuantifica? Si no hay forma de probar el daño moral o no se dispone de un método que arroje una cuantificación cuyo resultado sea intersubjetivamente comprobable, ¿cómo puede la práctica jurídica aceptar esta figura tan problemática?

No puede obviarse que el daño moral es compensable en distinto grado en la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales; por lo tanto, estas preguntas deben tener respuesta. El argumento de este capítulo toma como guía estas inquietudes. La exposición se desarrollará de la siguiente manera: en el apartado II, habrá una aproximación a la noción de daño moral y a su concreta plasmación en el derecho mexicano. Seguidamente, en el apartado III, se intenta mostrar que existen razones de peso para compensar el daño moral y que los temores referidos a la cantidad ingente de demandas que se presentarían, entre otros problemas y objeciones planteados en la doctrina, carecen de un fundamento sólido. El argumento completo dependerá de que los contornos del daño moral puedan ser racionalmente especificados, cuestión que se desarrolla en el apartado IV. Luego, en el apartado V se expone cómo deben tratarse los problemas de prueba del daño moral. En contra de la idea generalizada en este punto, diremos que la prueba del daño moral no entraña una dificultad particularmente grave para las personas juzgadoras. En el apartado VI, se proporcionan algunas pautas para su cuantificación. Estas no constituyen un instrumento para alcanzar mecánicamente una única solución, sino que se trata de criterios a tener en cuenta para justificar una determinada suma en cada caso concreto. Finalmente, en el apartado VII, analizaremos el daño moral derivado de la afectación del derecho al honor. Las particularidades del derecho mexicano exigen tratar esta cuestión de manera detallada y con fuerte apego a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN—. En conjunto, estas secciones pretenden brindar pautas generales, pero claras y útiles, para que las indemnizaciones por daño moral no sean vistas con desconfianza, ni las cifras concedidas sean consideradas arbitrarias o escandalosas.

## II. El concepto de daño moral y su plasmación en el derecho mexicano

La definición de los daños morales ha resultado especialmente difícil a la doctrina, y de ahí que a poco de revisar la literatura relevante puedan apreciarse un buen número de nociones o conceptualizaciones alternativas. En el sistema jurídico mexicano el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal<sup>3</sup> —el cual se repite en el Código Civil Federal y en el de los estados— define el daño moral de la siguiente manera:

Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas

La primera cuestión que debe indagarse es si la enumeración del artículo es taxativa o, por el contrario, es simplemente ilustrativa. Sostener que la lista es taxativa implicaría que cualquier afectación que no se encontrara en esta enumeración quedaría descartada como constitutiva de un daño moral. La experiencia demuestra que las lecturas restrictivas de este tipo de normas generan algunos de estos efectos: o bien se producen injusticias sistemáticas al negarse indemnización a víctimas, que sufren perjuicios sustancialmente similares a los explícitamente mencionados en la norma; o, más probablemente y a fin de evitar estas injusticias, la doctrina reacciona creando nuevas categorías de daños para dar respuesta a perjuicios que socialmente se consideran merecedores de reparación.<sup>4</sup> Ninguna de estas alternativas es deseable. La primera porque deja daños injustos sin resarcir, y la segunda porque promueve una inflación del apartado conceptual al multiplicar los rubros indemnizatorios que, como es evidente, aumenta el riesgo de

<sup>3</sup> Actualmente, Ciudad de México.

<sup>4</sup> Según la doctrina, este es el origen del llamado daño biológico en la jurisprudencia italiana, dado que el *Codice Civile*, art. 2059 limitaba el resarcimiento por daño no patrimonial a los casos expresamente establecidos por la ley. Cf. Von Bar y Drobning, *The Interaction of Contract Law And Tort And Property Law in Europe. A Comparative Study*, p. 107; Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, pp. 339 y ss.

redundancias en los daños reclamados. En contraste, si la lista es tomada como meramente ilustrativa no se presentan estas dificultades, aunque los contornos del daño moral resarcible serán un poco menos nítidos.

En el plano conceptual, la tendencia mayoritaria actual se inclina por entender los daños morales de manera negativa, *como todos aquellos daños extrapatrimoniales o no patrimoniales*.<sup>5</sup> Como es evidente, esta comprensión es incompatible con la posibilidad de sostener una lectura taxativa o cerrada de los supuestos plasmados en el art. 1916. La misma postura interpretativa ha sido adoptada por la SCJN en los amparos directos 30/2013, 31/2013, 35/2014 y en el Amparo Directo en Revisión 5490/2016 en los que adhiere a una definición negativa del daño moral. Así, la SCJN ha dicho que:

[L]a conceptualización del daño moral centra su objeto y contenido en los intereses no patrimoniales o espirituales que pueden verse afectados. En tal sentido, las angustias, las aflicciones, las humillaciones, el padecimiento o el dolor constituyen daños a la moral *en tanto son afectaciones a intereses no patrimoniales*.

*El daño moral consiste en la lesión a un interés de carácter extrapatrimonial, que es a su vez presupuesto de un derecho. Así, resulta adecuado definir al daño moral como la lesión a un derecho o interés no patrimonial (o espiritual) que es presupuesto de un derecho subjetivo.*<sup>6</sup>

Por otra parte, con ánimo de esclarecer esta categoría de daño y de poner algún orden en la amplia gama de intereses que potencialmente puede abarcar, la SCJN también ha afirmado que los daños morales pueden clasificarse —en atención al interés afectado— en tres grandes grupos: (i) daños al honor; (ii) daños estéticos; y (iii) daños a los sentimientos.<sup>7</sup> Los daños al honor resultan de las afectaciones que sufre una persona en su vida privada, su reputación, decoro o su propia imagen. Por su parte, los daños estéticos son los perjuicios que sufre una persona

<sup>5</sup> Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, p. 299, (énfasis añadido).

<sup>6</sup> Cf. SCJN, Amparo Directo 30/2013, p. 43; Amparo Directo 35/2014 p. 74 (énfasis añadido). También en el Amparo Directo en Revisión 5490/2016, p. 37-38.

<sup>7</sup> Cf. SCJN, Amparo Directo 8/2012, p. 27; Amparo Directo 30/2013, p. 43; Amparo Directo 31/2013, p. 55; y Amparo Directo 35/2014, p. 74.

en su configuración y aspectos físicos. Finalmente, los daños a los sentimientos son aquellos que hieren a un individuo en sus afectos.<sup>8</sup>

No obstante, el esfuerzo de este tribunal no elimina todas las disputas doctrinarias. El artículo 1916 sigue siendo material interpretativo, junto con los amparos directos antes mencionados, lo que exige tomar posición en varias cuestiones. Como puede apreciarse, la definición del Código Civil incluye un catálogo amplio de intereses, pero lo hace con una técnica legislativa que puede resultar imprecisa en ocasiones. La enunciación introduce una batería de conceptos bastante heterogéneos en cuanto a sus propiedades definitorias, lo que determina que su modo de afectación pueda ser también diverso. Por ejemplo, se mencionan la afectación de una serie de estados *internos* de la persona —como sus sentimientos y afectos—, pero también se alude a las creencias, que parecen estar en un nivel completamente distinto en cuanto a su susceptibilidad de ser dañadas; también se mencionan otros intereses que tienen una dimensión *externa* a la persona, como su reputación, decoro o configuración física. La afectación de estos intereses externos es una cuestión objetiva, que puede producirse con independencia de cualquier estado subjetivo de la persona. De esta manera, el carácter externo de la reputación queda claro cuando se toma nota de que esta puede ser dañada sin que el propio perjudicado tome conocimiento de ello. En cuanto a las creencias, si bien son un estado mental —certidumbres internas del sujeto—, es claro que ellas no pueden ser dañadas en sí mismas. Desde luego, es posible que una persona sufra un daño a sus sentimientos si es discriminada o ridiculizada por las creencias que sostiene, o si es inducida a creer algo que es falso. Sin embargo, es confuso pensar que la creencia, como estado mental, puede ser dañada.

Podría continuarse con un análisis más minucioso de los términos del artículo 1916 del Código Civil, pero tal empresa no resulta útil si, como ya se dijo, el listado de dicho artículo es ilustrativo y no taxativo. En efecto, no tiene sentido detenerse a pensar en los alcances de cada uno de los conceptos ahí enlistados

---

<sup>8</sup> Cf. SCJN, Amparo Directo 8/2012, p. 27; Amparo Directo 30/2013, p. 43; Amparo Directo 31/2013, p. 55; y Amparo Directo 35/2014, p. 74.

una vez se admite que, de satisfacerse ciertas condiciones, un daño no expresamente mencionado puede ser de todos modos indemnizable.

En nuestra opinión, lo relevante de esta categoría está en el hecho de que comprende perjuicios que no se relacionan con una disminución del patrimonio —de ahí la pertinencia de la etiqueta “daño extrapatrimonial” y de la adopción de una definición negativa—<sup>9</sup> y, por lo tanto, tampoco son susceptibles de reparación acudiendo a la métrica del valor de mercado.

Ahora, esta característica de los daños morales es más importante que la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del interés inicialmente lesionado. Ello es así porque evidentemente un mismo ilícito extracontractual puede tener consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales. Pensemos nuevamente en el daño a la reputación. Una persona profesional que ha sido calumniada o difamada puede perder ingresos fácilmente cuantificables. Al mismo tiempo, el daño a su reputación puede tener incidencia sobre sus sentimientos de modo notable, sobre todo en aquellos casos en los cuales la profesión realizada ocupa un lugar central en el proyecto de vida de la persona. La reputación —el buen nombre u honor— no es un interés patrimonial, pero su lesión puede generar consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales. Solo en lo que hace a las consecuencias distintas de la disminución patrimonial, respecto de las cuales resulta inapropiado un abordaje que tome como parámetro los valores del mercado, puede decirse que el daño a la reputación constituye un daño moral en los términos del artículo 1916 del Código Civil. El resto de las consecuencias constituyen un daño patrimonial, derivado por cierto de la afectación de un bien o interés no patrimonial.

Por influencia de la doctrina italiana, se ha extendido en los sistemas de tradición continental una distinción entre el daño al interés afectado —lo que se ha llamado *daño lesión*— y el daño como efecto de la lesión —lo que se ha llamado *daño-consecuencia*— para dar cuenta de este tipo de situaciones.<sup>10</sup> De manera

<sup>9</sup> Cf. Martín-Casals y Solé, “El daño moral”, en *Derecho privado europeo*, p. 858.

<sup>10</sup> Cf. Alpa, *op. cit.*, pp. 161. Con resultados teóricos análogos, la distinción también se ha trazado en términos de un daño lesión, que es la afectación de un derecho o interés legítimo; y el daño resarcible, dado por las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales del daño lesión. Cf. Pizarro, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, pp. 156-157.

parcialmente coincidente, la SCJN se decanta por clasificar el daño en patrimonial o moral *según el interés que se afecte* independientemente de las consecuencias que produzca. Es decir, recepta de alguna manera la distinción doctrinal entre daño-evento —o lesión— y daño-consecuencia. En el Amparo Directo 35/2014 se sostuvo que:

[R]esulta acertado calificar al daño moral como la afectación a un derecho o interés de índole no patrimonial, el cual puede producir tanto consecuencias extrapatrimoniales como patrimoniales. Así, no debe confundirse el daño en sentido amplio con las consecuencias que éste puede generar.<sup>11</sup>

Ahora bien, ¿cómo debe entenderse exactamente lo afirmado por la SCJN? Conforme con una lectura, la afectación de un derecho o interés extrapatrimonial —como la integridad física o la salud— podría tener consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales. No obstante, pensemos el siguiente ejemplo. Axileas, por mala praxis médica, sufre un empeoramiento en su salud. Su cuadro es perfectamente tratable, por lo que el error médico no le genera ninguna angustia, estrés o ansiedad. De todos modos, debe incurrir en algunos gastos y permanecer en reposo una semana, tiempo durante el cual pierde los ingresos ordinarios de su actividad. En este caso, el interés lesionado es extrapatrimonial —ya que la salud no tiene un valor de mercado—, pero la consecuencia es puramente patrimonial. ¿Tiene sentido hablar de “daño moral”, entonces? Evidentemente sería un uso muy extraño del término. En estos casos, la claridad conceptual recomienda hablar de “daño patrimonial” derivado de la afectación de un derecho extrapatrimonial.

Por otra parte, la distinción daño-evento y daño-consecuencia podría comprometerse con una tesis todavía más radical: que es posible sufrir un daño-evento sin padecer consecuencias de ningún tipo. Ello ocurriría cuando los derechos de la víctima son vulnerados sin que ello traiga aparejado un empeoramiento patrimonial, ni un sufrimiento emocional. Por ejemplo, si una persona ingresa sin

---

<sup>11</sup> SCJN, Amparo Directo 35/2014, p. 75; similares consideraciones se sostuvieron en el Amparo Directo en Revisión 5490/2016, p. 37-38.

autorización en el jardín de su vecino para buscar la pelota que se escapó mientras jugaba con su hijo y el vecino no sufre pérdidas económicas, ni dolor emocional, hablar de “daño” en este caso parece un abuso del lenguaje. El daño, conceptualmente, presupone un impacto de alguna clase sobre otra persona. También aquí parece más preciso referirnos a estas situaciones como una vulneración de derechos inocua y no de daño-evento sin daño-consecuencia.

Por estas razones, entenderemos que hay daño jurídicamente relevante cuando se produce un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial derivado de la infracción de un derecho o la afectación de un interés legítimo.<sup>12</sup> Asimismo, los intereses son legítimos cuando no están prohibidos por las leyes. Esto no significa que siempre que la afectación de un interés no prohibido por el derecho genere consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales, automáticamente podamos considerar que el daño es potencialmente resarcible —si se satisfacen el resto de los presupuestos de la responsabilidad civil—. Todavía estas definiciones dejan espacio al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que —atendiendo a diversos factores, como la importancia de este tipo de perjuicios para la vida de las personas y la viabilidad social de que estos perjuicios sean compensados— terminen modulando el catálogo de daños reparables.

Entonces, la clasificación tripartita realizada por la corte —que divide los daños morales en daños al honor, daño estético y daño a los sentimientos—, no refleja con precisión la naturaleza del daño moral. Resulta *conceptualmente* más claro considerar que son daños morales *los efectos extrapatrimoniales de la afectación de cualquier derecho o interés legítimo*. Cuando de una campaña difamatoria se derivan pérdidas económicas para la víctima, ello no constituye más que un daño patrimonial. Las consecuencias sobre sus sentimientos, en cambio, son genuinamente daños morales. Lo mismo vale para el daño estético; este puede producir pérdida de ingresos, por ejemplo, o gastos en cirugías reconstructivas, las cuales tienen una entidad patrimonial, y un sufrimiento emocional considerable que debe tratarse y compensarse conforme con las reglas del daño moral.

---

<sup>12</sup> Esta definición coincide con la prevista en los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL), art. 2:101. Daño resarcible: El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido.

No obstante, esa doctrina de la corte es relevante, pues reconoce que la interacción dañosa puede generar daños patrimoniales o extrapatrimoniales para la víctima, y que ambos aspectos son merecedores de tutela jurídica. De esta manera, corresponderá analizar si de los hechos se derivan daños injustos que deben ser resarcidos y, al momento de establecer el monto indemnizatorio, deberán tomarse en cuenta todos los daños ocasionados y sus respectivas técnicas de cuantificación.<sup>13</sup>

Para terminar de aclarar la distinción, veamos algunos ejemplos más. Si Axileas destruye dolosamente el reloj que Xenofonte conservaba como recuerdo de su abuelo, Axileas causa una pérdida material que acarrea un perjuicio moral. En este caso, conforme con la doctrina de la SCJN, Xenofonte podría demandar a Axileas por la destrucción del reloj y dentro de la cuantificación del daño se debería incluir tanto el valor de mercado del reloj, como el sufrimiento causado por su pérdida.<sup>14</sup> Lo mismo sucede si Axileas causa un daño estético o mancha el buen nombre y honor de Xenofonte. Estos casos, a diferencia del ejemplo del reloj, evidencian que el daño a los sentimientos puede derivar de la afectación de un interés extrapatrimonial. Asimismo, un daño a los sentimientos puede tener como consecuencia última una pérdida patrimonial. Ello ocurriría si a resultas del dolor emocional la persona desarrolla un daño psicológico que requiere tratamiento. Los gastos de ese tratamiento, así como el lucro cesante si quedase impedida de llevar a cabo su actividad económica habitual, son parte de un daño patrimonial que, según las reglas concretas de cada ordenamiento jurídico, podría ser resarcible o no.

Debe enfatizarse que, como cuestión conceptual, de todas las consecuencias que pueden derivarse de un ilícito extracontractual, las únicas que están comprendidas

---

<sup>13</sup> V. el apartado VI de este capítulo para ahondar sobre el daño moral; sobre el daño patrimonial v. el capítulo IX de este mismo manual.

<sup>14</sup> Debe notarse que la posibilidad de obtener un resarcimiento depende siempre de lo establecido en el ordenamiento jurídico —incluyendo las decisiones jurisprudenciales que van delineando los contornos del daño resarcible—. Por razones de política jurídica, podría limitarse la compensación por el dolor emocional que resulta de daños al patrimonio a los casos en que la persona causante del daño tuvo en miras la producción de ese sufrimiento u obró con total indiferencia o desprecio por los intereses de la víctima, entre muchas otras posibilidades.

por el daño moral son las que no pueden ser reconducidas a una pérdida patrimonial. Es importante tener esto en cuenta porque, si el daño es de carácter patrimonial, usualmente es posible encontrar un sustituto en el mercado. Los daños morales, en cambio, recaen sobre bienes —en sentido amplio— o intereses que *no* tienen sustituto en el mercado o, más precisamente, que sería inapropiado entenderles como sujetos a la lógica que subyace a un sistema de precios. Esta última matización es fundamental para distinguir los daños extrapatrimoniales de aquellos daños sobre bienes materiales que tienen un valor de mercado, aunque sean bienes únicos y, por tanto, insustituibles. La destrucción de un cuadro de Picasso, además de ser una tragedia artística, constituye un daño patrimonial para su dueño y, muy probablemente, también implica un daño moral dado el sufrimiento emocional padecido por el coleccionista —que dedica una parte de su vida y realiza grandes esfuerzos a fomentar, preservar y difundir obras de alto nivel—.

La concepción aquí adoptada, además, encaja perfectamente bien con dos tipos de casos que la literatura trata como controvertidos, el daño moral de las personas jurídicas y el de las personas en estado de coma. El desafío consiste en que ni las personas jurídicas, ni quienes se encuentran en estado de coma —privados de conciencia— pueden experimentar dolor emocional, al menos hasta donde se sabe. Imaginemos, pese a todo, que una empresa es difamada o ridiculizada, pero que ello no repercute en su cuota de mercado, e incluso que sus ventas se incrementan luego de la campaña negativa que se realiza en su contra. Siendo que la afectación de su honor no se traduce en pérdidas económicas, entonces, no hay daño patrimonial derivado; de acuerdo con una concepción estricta que equipara el daño moral al perjuicio emocional, tampoco hay daño extrapatrimonial, por lo que no procedería ningún remedio indemnizatorio. Asimismo, las víctimas de accidentes que quedan en coma, al no percibir su estado, tampoco pueden sufrir emocionalmente. Si un seguro cubre sus pérdidas patrimoniales, entonces nada más restaría por reclamar y mucho menos en términos de daño moral.

Pero pensemos en un caso indignante para testear la teoría. Supongamos que mientras la persona se encuentra en coma, un enfermero del hospital graba un video pretendidamente jocoso con su teléfono que, como cuestión objetiva, es profundamente humillante. Luego difunde ese video entre sus contactos de mensajería móvil y este se hace viral. ¿No hay nada que reclamar allí que pueda

ser llamado correctamente “daño moral”? Sería ciertamente absurdo afirmar que, como la persona es incapaz de percibir el daño, ese hecho no ha afectado su dignidad. El daño-evento es insuficiente para la responsabilidad, según lo sostenido *supra*. Si ha de concederse una compensación en estos casos, ¿cuál es el fundamento?

En nuestra opinión, para que proceda una indemnización siempre es necesaria una consecuencia, ya sea patrimonial o extrapatrimonial. En este caso, el error radica en identificar las consecuencias extrapatrimoniales con dolores emocionales,<sup>15</sup> ya que pueden producirse consecuencias extrapatrimoniales de muy diversa índole. En el caso de las personas en estado de coma, la afectación de su derecho al honor o dignidad bien podría tener consecuencias negativas sobre su estima social, reputación, prestigio, decoro, popularidad o buen nombre. Nótese que este daño se produce independientemente de que lo perciba la víctima. En ese caso, y solo en ese caso, existirá una consecuencia extrapatrimonial con independencia de cualquier consecuencia patrimonial y de cualquier sufrimiento emocional. Por el contrario, si ninguna consecuencia negativa extrapatrimonial puede observarse, entonces habrá que concluir que el daño-evento constituye una mera infracción inocua del derecho al honor; que bien puede merecer la intervención de otras áreas del derecho, como el derecho administrativo o el penal, según el caso, pero que excede el ámbito de la responsabilidad civil.<sup>16</sup>

Lo mismo es aplicable a las personas jurídicas. Como se sabe, estas son entelequias funcionales a la coordinación social, pues permiten canalizar intereses

---

<sup>15</sup> Como bien explica Barrientos Zamorano, “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, en *Revista Chilena de Derecho*, p. 90: “no todo daño extrapatrimonial es *pretium doloris*, aunque todo *pretium doloris* sí es un daño extrapatrimonial”.

<sup>16</sup> Esta reconstrucción excluye el daño moral de la persona en estado de coma por el mero hecho de haber quedado en coma, en tanto no exista otra consecuencia extrapatrimonial que sea jurídicamente atendible. La cuestión, sin embargo, no es tan sencilla. Martín-Casals y Solé, *op. cit.*, pp. 866 y ss., recogen algunos argumentos brindados en el derecho comparado a favor de la indemnización en estos casos. Entre otras cosas, mencionan que existe una “gran incertidumbre que gravita sobre el grado de percepción sensorial de la víctima y por la eventualidad de que el diagnóstico emitido sea incorrecto o de que la víctima se recupere”. En nuestra opinión, conceder indemnización en tales casos sería indemnizar por un daño incierto o eventual. Distinta es la cuestión respecto de los familiares de la persona en coma que podrían, según el caso, reclamar su propia indemnización.

comunes que no podrían satisfacerse mediante la acción individual, al menos no con igual éxito. Esos intereses pueden ser patrimoniales —como lo es paradigmáticamente en el caso de las empresas—, o extrapatrimoniales —como en el caso de las asociaciones civiles sin fines de lucro—. Cuando una persona jurídica es difamada, se afecta su derecho al honor. Esa afectación *per se*, ya se dijo, no constituye un daño moral. Para que lo constituya debe derivarse una consecuencia negativa, de carácter extrapatrimonial, respecto de la cual la persona merezca protección jurídica. Si la vulneración del derecho al honor de la empresa no repercute en lo más mínimo en sus intereses económicos, no hay daño patrimonial que deba ser resarcido. Pero ¿qué ocurre con el daño moral? Este podría existir o no. El hecho de que las personas jurídicas no tengan sentimientos no significa, por ejemplo, que no puedan sufrir consecuencias extrapatrimoniales, como el desprestigio o la degradación de su consideración social. Supongamos que una empresa es difamada y eso le genera una mala reputación; se la señala injustamente por pagar bajos salarios a su personal y mantener prácticas de dudosa lealtad respecto de su clientela. Aunque estas difamaciones no tuviesen impacto en la disposición a adquirir sus productos por parte de las y los consumidores, de cualquier forma, existiría un elemento inmaterial afectado —la buena fama ha sido socavada—, a pesar de la dificultad para cuantificar dicho daño moral —de tan difícil cuantificación como el sufrimiento emocional de quien pierde una pierna en un accidente, por ejemplo—. La razón por la cual se trata de un daño moral es que no se proyecta sobre los derechos o intereses económicos. Si se tratara de una asociación religiosa, que no tiene fines de lucro, el falso rumor de que sus ministros tienen cuantiosas sumas de dinero en paraísos fiscales también tendría un impacto fuerte en la consideración social, en la reputación y, por tanto, en la capacidad de la asociación para generar confianza. Existe, entonces, una consecuencia negativa de carácter inmaterial que trunca sus perspectivas de éxito a futuro; se trata de la merma en esta capacidad de generar confianza entre los miembros de la comunidad que impide, en buen grado, la promoción de sus fines religiosos. Este perjuicio es extrapatrimonial.

La anterior, para los fines de este capítulo, es la mejor manera de aproximarse al fenómeno del daño moral como una categoría más amplia que el daño a los sentimientos.

### III. La justificación de la reparación de los daños morales

La reparación de los daños morales, que toma como caso paradigmático el daño a los sentimientos no ha sido pacífica. En este apartado veremos algunas de las razones que se ofrecen para no reconocer un derecho general a demandar la reparación de daños morales. A medida que las vayamos exponiendo, iremos haciendo alguna consideración crítica sobre ellas. Como se verá, no todos los argumentos aciertan en el blanco. Tomados en conjunto no ofrecen razones concluyentes para rechazar la indemnización por daño emocional. En última instancia es posible advertir que existen argumentos de mayor peso a favor de la indemnización por daño moral que en contra. Esta es la posición que, en términos generales, ha triunfado en la mayoría de los ordenamientos. Sin embargo, algunos de los temores expresados en estos argumentos subsisten en el discurso de las y los operadores jurídicos. En este sentido, vale la pena estudiar las posiciones críticas tanto para descartar las objeciones que carecen de fundamento, como para evitar un entusiasmo desmedido al definir los alcances del derecho a ser indemnizado por daños morales.

El Código napoleónico, en un primer momento, no permitía la indemnización de tales daños. Por extensión, los códigos civiles de tradición francesa normalmente no regulaban expresamente el daño moral, como todavía sucede en Colombia, Chile y España, por citar algunos ejemplos. Ello obedece, según explica Díez Picazo, fundamentalmente a tres razones:<sup>17</sup>

- En primer lugar, se asumía que la función de la reparación —pecuniaria— del daño era restablecer la situación patrimonial de la víctima y eso resultaba imposible respecto del daño moral porque, por definición, no se verificaba tal disminución patrimonial. Es verdad que no resulta sencillo apreciar qué sentido tiene intentar indemnizar un daño moral con dinero, ya que el dinero y los sentimientos —o, más

---

<sup>17</sup> Cf. Díez Picazo, *Derecho de daños*, p. 95.

bien, los intereses extrapatrimoniales— son inconmensurables. A partir de aquí, bien puede inferirse —como hace la crítica— que el cometido de la indemnización es restablecer la situación patrimonial de la víctima porque es *lo único que puede ser restablecido con dinero*.

Pese a todo, aun aceptando la tesis de la inconmensurabilidad entre los sentimientos y el dinero, hay dos hechos que son innegables. El primero es que el daño moral es un fenómeno real; constituye una genuina pérdida para quien lo padece. El sufrimiento emocional de las víctimas empeora sus vidas, normalmente más de lo que la empeora un daño patrimonial; por lo que no puede ser tomado a la ligera, ni menospreciada su importancia. El segundo hecho relevante es que la indemnización monetaria, aun cuando no pueda decirse que *repara* el sufrimiento —en el sentido de eliminarlo—, sí mejora en buena medida la posición de la víctima. Tal vez esto sea todo lo que pueda lograrse a efectos de reparar el daño moral o, al menos, de *compensar* por aquello que es irreparable. Después de todo, que la reparación plena del daño moral esté fuera de nuestras capacidades humanas, mal puede ser una razón para no mitigar en absoluto el sufrimiento de la víctima tanto como sea posible.

- En segundo lugar, se juzgaba escandaloso “discutir judicialmente el honor, los afectos más sagrados o los dolores más respetables y solo cuando esta discusión es admitida, es posible la reparación del daño moral”.<sup>18</sup> Este argumento debe ser entendido en su contexto histórico, hoy sería bastante extraño sostenerlo. La misma lógica precluiría abordar cualquier afrenta al honor mediante cualquier tipo de proceso o incluso el castigo de los delitos de abuso sexual o violación, pues también tienen por objeto cuestiones de las más íntimas —si se quiere “sagradas”— que involucran dolores de los más intensos y profundos.

---

<sup>18</sup> *Id.*

Se produciría la paradoja de que siendo estos dolores altos y “respetables”, como los califica la cita transcrita, quedan por esa razón excluidos de la tutela jurídica. El resultado de esta línea argumental es, al menos en nuestros días, incompatible con los valores sociales y la vigencia de los derechos humanos.<sup>19</sup>

- Por último, la cuantificación de estos daños no podía más que conducir a terribles arbitrariedades, dado que es imposible encontrar una cifra en dinero que repare el daño emocional. Cualquier valor que pueda estimar la persona juzgadora procedente carecerá de fundamentos y será, por ello, injustificable. Abordaremos este argumento más adelante.<sup>20</sup> Aquí solo cabe decir que el hecho de que el contenido monetario de la indemnización pertenezca a una categoría distinta del daño emocional, que es en esencia inmaterial, no impide intentar encontrar métodos de cuantificación que puedan ser racionalmente defendibles.

Otra serie de argumentos en contra de la reparación del daño moral provienen de la discusión en el *common law*. Generalmente en estos sistemas, el punto de partida es la exclusión de la reparación de los daños a los sentimientos, salvo que deriven de un daño a otro interés protegido por el derecho o que se satisfagan requisitos muy específicos.<sup>21</sup> Tal como han reconocido la Suprema Corte de Apelaciones Sudafricana y el Tribunal Supremo de Australia, juezas y jueces del *common law* han sido muy cautelosos en su aproximación a los daños emocionales.<sup>22</sup> Algunos de los argumentos que están detrás de esta jurisprudencia son los siguientes:

---

<sup>19</sup> En este rubro puede estar en juego el derecho a la reparación integral, V. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 63.1 y el derecho a la integridad personal; *ibid.*, art. 5.

<sup>20</sup> V. apartado IV de este capítulo.

<sup>21</sup> V. Crump, “Evaluating Independent Torts Based upon Intentional or Negligent Infliction of Emotional Distress”, en *Arizona Law Review*, p. 445; Goldberg y Zipursky, “Unrealized Torts”, en *Virginia Law Review*, pp. 1660-1664.

<sup>22</sup> Suprema Corte de Apelaciones Sudafricana, *Rosina Mankone Komape vs. Minister of Basic Education* (754/2018 and 1051/2018), p. 14 y Tribunal Supremo de Australia, *Tame vs. New South Wales* [2002] HCA 35, p. 8.

- *Una responsabilidad abrumadora*: se argumenta que un deber general de reparar esta clase de daños haría que el número de víctimas de un hecho ilícito fuera indeterminado y, en ocasiones, ilimitado o muy elevado.<sup>23</sup> Piénsese, por ejemplo, en un accidente aéreo en el que muchos de las personas a bordo resultan heridas. El accidente no solo causaría daños a estas, sino también a todos los familiares, amistades o personas que estaban en el aeropuerto en el momento de su producción. En casos que tengan un impacto social significativo, como lo fue el ataque a las Torres Gemelas del 11 de septiembre, que sigue tan presente en nuestra memoria colectiva, esta situación se expandiría al infinito.<sup>24</sup> Sobre estas bases, se ha sostenido que la regla no es justa, porque el deber de reparar del victimario no es proporcional a su negligencia.<sup>25</sup>

Ciertamente, un derecho indemnizatorio ilimitado por todo perjuicio que una persona pueda sufrir generaría el tipo de consecuencias que asume el argumento. Pero esto es verdad también del daño patrimonial. La clave está en entender que del mismo modo en que no todas las personas que sufran una disminución patrimonial a raíz de un hecho ilícito podrán reclamar una indemnización, no todas las personas que sufran una afectación emocional estarán legitimadas para reclamar un resarcimiento. Existen varias normas en el derecho de la responsabilidad extracontractual que tienen por función limitar los reclamos indemnizatorios.<sup>26</sup> Del mismo modo, esas normas aplicarán también a los casos de daños emocionales.

En el fondo, no hay ninguna razón para temer que la reparación del daño moral vaya a generar una responsabilidad desbordante si, al igual

---

<sup>23</sup> Cf. Keating, "The Ambiguous Standing of Suffering in Negligence Law" en *Knowing the Suffering of Others*, pp. 97-99.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>25</sup> Cf. Rabin, "Emotional Distress in Tort Law: Themes of Constraint", en *Wake Forest Law Review*, pp. 1202-1203.

<sup>26</sup> V. al respecto, capítulo I, apartado II.2.B; y capítulo IX, apartado IV de este mismo manual.

que con el daño patrimonial, se aplican reglas que limitan el derecho a recibir una indemnización. Por ejemplo, cuando el daño moral sufrido deriva de la afectación de un interés o derecho propio de la víctima del ilícito extracontractual, parece que las limitaciones son menos procedentes que cuando el interés afectado es ajeno. Si Axileas sufre un dolor emocional porque Xenofonte fue atropellado, la norma podría sujetar su derecho a ser indemnizado a diversas condiciones. En algunos casos del *common law* se ha supeditado el derecho a ser resarcido a la condición de que la persona demandante tenga una relación personal de algún tipo con la víctima, y a que haya estado presente en el momento del accidente.<sup>27</sup> Hay una gran cantidad de alternativas. Podría exigirse un grado de consanguinidad o, por el contrario, optar por criterios más laxos que permitan evaluar en el caso concreto la relación que mantenía la persona demandante con la víctima.

En España, la ley 35/2015 establece categorías bastante amplias de terceras personas perjudicadas en caso de muerte de la víctima del ilícito extracontractual. Se incluye obviamente a la o el cónyuge viudo, a las personas descendientes y ascendientes, pero también a la pareja de hecho estable, y hasta a las personas allegadas de la víctima cuando estas tuvieran una convivencia familiar con ella. A su vez, las y los abuelos de la víctima, en tanto ascendientes, también asumen la categoría de perjudicados en caso de premoriencia del padre o la madre, según corresponda, de la víctima. Mismo criterio se aplica a nietas y nietos.<sup>28</sup> Más allá de la específica regulación española, nótese que existen muchas maneras de extender o limitar la cantidad de personas que pueden reclamar daño moral indirecto, es decir, derivado del daño sufrido por otra persona. Por lo tanto, no es verdad que la categoría

---

<sup>27</sup> Cf. por ejemplo, Pearson, “Negligent Inflicted Emotional Harm-A Comment on the Nature of Arbitrary Rules”, en *University of Florida Law Review*, p. 490. También *Dillon vs. Legg*, 68 Cal. 2d 728 (1968); *Alcock and Others vs. Chief Constable of South Yorkshire Police*, HL 28 Nov 1991.

<sup>28</sup> V. sobre las categorías de perjudicados en la ley española, Martín-Casals, “Categorías de perjudicados por muerte en el nuevo baremo: familiares nominados, allegados y perjudicados por analogía”, en *Culpa y responsabilidad*.

del daño moral necesariamente permita a *cualquier persona* reclamar por *cualquier daño*; los sistemas jurídicos suelen precisar quiénes pueden reclamar este tipo de daños y con qué extensión.

Otra cuestión relevante es que, este argumento en contra de la indemnización del daño moral asume que el remedio debe guardar alguna proporción con la gravedad de la culpa. Esto, sin embargo, no es así. En la responsabilidad civil algunos descuidos leves pueden generar daños de considerable magnitud; y otras acciones gravemente negligentes causan daños mínimos o son inocuas. La responsabilidad civil toma inicialmente el valor del daño como parámetro para fijar la indemnización y no la gravedad de la falta.<sup>29</sup> Como se vio en el capítulo I, apartado II.2.B, el factor de atribución aplicable puede ser uno de los criterios para determinar el alcance de la reparación, pero no para juzgar la proporcionalidad con la reprochabilidad de la conducta. Esto último es irrelevante para la justificación de la responsabilidad civil, aunque no lo sea para la responsabilidad penal.

- *Una responsabilidad inasumible*: este argumento está vinculado con el anterior, ya que también parte de una preocupación por el gran número de demandas que podría generar un solo acto. Sin embargo, en este caso lo que se enfatiza no es la desproporción entre la gravedad del acto y la consecuencia jurídica —cuya relevancia ya hemos descartado—, sino la incapacidad económica de las personas demandadas de poder hacer frente a todas las reclamaciones. Esto no solo parece demasiado severo para las personas causantes del daño, sino que podría traer consecuencias perjudiciales para las víctimas de daños más graves. En los casos de contaminación por asbestos,<sup>30</sup> por ejemplo, es posible que un gran número de personas hayan sido expuestas a una sustancia que con alta probabilidad causa cáncer. Sin embargo,

<sup>29</sup> Cf. Papayannis, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, pp. 123 y ss.

<sup>30</sup> Cf. Stapleton, “Uncertain Causes: asbestos in UK courts”, en *Uncertain Causation in Tort Law*, p. 87 y ss.

no todas las personas expuestas al riesgo contrajeron la enfermedad. En este tipo de casos, el problema es que si se permite demandar la reparación tanto a las personas que efectivamente enfermaron de cáncer como a aquellas que solo sufrieron la angustia derivada del miedo de contraerlo, el demandado podría no tener la capacidad económica para indemnizar a todos los afectados, por lo que solo los primeros en demandar con éxito obtendrían una reparación. En este contexto, se argumenta que el derecho debería dar prioridad a las personas que más merecen una indemnización, esto es, las personas que efectivamente contrajeron la enfermedad.<sup>31</sup>

El problema de este argumento es evidente. Su fuerza descansa sobre un falso dilema, reparar el daño moral de quién no enfermó o el daño patrimonial —y moral— de quién sí lo hizo. Se ha explicado que los sistemas jurídicos desarrollan reglas para limitar el alcance del derecho a ser indemnizado. En el ejemplo concreto, está bastante asentada la norma conforme con la cual no son indemnizables las meras exposiciones al riesgo, aunque generen sufrimiento emocional. La cuestión podría merecer un tratamiento distinto si el sufrimiento derivase de una conducta dolosa que pretendiese infligir ese perjuicio emocional o que, por ser gravemente negligente, demostrase una indiferencia por la víctima.<sup>32</sup> Pero más allá de esto, si una clase de daño moral es suficientemente grave o significativa como para merecer compensación, el hecho de que las personas causantes del daño tengan un presupuesto limitado para hacer frente a sus deudas de responsabilidad no puede contar como una razón para no indemnizarlos. El único aspecto de este argumento que no debe ser ignorado es que una responsabilidad demasiado amplia —ya sea por daño patrimonial o por daño moral—

<sup>31</sup> Cf. Rabin, *op. cit.*, pp. 1202-1202.

<sup>32</sup> V. para más sobre daños morales intencionales Givelber “The Right to Minimum Social Decency and the Limits of Evenhandedness: Intentional Infliction of Emotional Distress by Outrageous Conduct”, *Columbia Law Review*. Cf. Crump, *op. cit.*, p. 446-460; Kontorovich “The Mitigation of Emotional Distress Damages”, en *The University of Chicago Law Review*, p. 494-495; y Bauman, “Emotional Distress Damages and the Tort of Insurance Bad Faith”, en *Drake Law Review*, p. 722-728.

termina socavando la libertad de acción e incrementando los gastos de administración de justicia de modo desmedido. Este es un punto que debe tenerse en cuenta para definir la amplitud del daño resarcible en general, mas no un argumento en contra de la indemnización del daño moral. Asimismo, en términos de motivación de la conducta, si el daño moral es un daño real y el sistema jurídico no lo hace indemnizable, entonces los incentivos para tomar precauciones a fin de evitar esa clase de perjuicios disminuyen, generándose así resultados ineficientes.<sup>33</sup>

- *Litigios fraudulentos*: los daños emocionales son hechos psicológicos, internos, por lo que existen en la mente de quien los sufre.<sup>34</sup> Aunque puedan manifestarse en algunos hechos externos, su existencia e intensidad no pueden ser comprobados de la misma manera que un daño material, como el daño a la propiedad o a la integridad física. Ello hace que sea más fácil simular o exagerar un sufrimiento emocional que una enfermedad o un daño material. Por lo tanto, preocupa que la reparación de daños emocionales deje en manos de los tribunales la tarea imposible de determinar qué sufrimientos son reales y cuáles no.<sup>35</sup> Como corolario, la tasa de error judicial podría cargar indebidamente a las personas demandadas con indemnizaciones que, de ser todas las víctimas absolutamente sinceras, no tendrían el deber de pagar.

Aquí corresponde evaluar las consecuencias de negar la indemnización por daño moral debido al peligro de fraude. Estas son fundamentalmente las siguientes: (i) se produce, como acabamos de decir, una infra disuasión de daños, pues al no

<sup>33</sup> Cf. Shavell, "Liability for Accidents", en *Handbook of Law and Economics*, p. 173.

<sup>34</sup> Cf. Papayannis, "Responsabilidad por el Dolor Causado y Sufrido" en *Dañar, Incumplir y Reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*, pp. 147-148.

<sup>35</sup> Cf. Schuurman y Sinel, "Matter over Mind: Tort Law's Treatment of Emotional Injury", en *Private Law in the 21st Century*, p. 446, así como *Dillon vs. Legg... cit.*; aunque en la sentencia se desestima este argumento, se manifiesta que es el argumento tradicional para negar la procedencia de este tipo de daños.

ser indemnizables los agentes encuentran pocas motivaciones para evitarlos; (ii) la agencia humana resulta socavada, por dos razones:

- Si los daños emocionales no estuviesen protegidos jurídicamente, las personas no tendrían poder de decisión sobre las experiencias que viven. Es cierto que reconocer un señorío absoluto a las personas sobre sus experiencias vitales carece de sentido; nadie desea experiencias negativas y, sin embargo, aceptamos que muchas de ellas sean toleradas por la persona que las sufre, sobre todo las que resultan de dinámicas sociales, prácticas o reglas que son esenciales para nuestro modo de vida social. La idea no es esa, sino que la negación de una protección contra el daño moral despoja a la persona de un mínimo de capacidad, control o poder de decisión en relación con las experiencias que desea vivir. El daño emocional supone claramente una injerencia en la autonomía individual.
- Por otra parte, debe notarse que los dolores emocionales son, con distinto grado de incidencia según su gravedad, invalidantes.<sup>36</sup> El dolor emocional impide la concentración, que es necesaria para cualquier actividad intelectual, incluyendo las actividades laborales, y el disfrute y aprovechamiento del resto de derechos con que cuentan las personas. El dolor se proyecta desde lo más trivial reduciendo el disfrute de experiencias puntuales —como una buena comida, una salida al cine, etcétera— que no tienen el mismo valor puesto que son empañadas por un dolor emocional o físico; llegando hasta la incapacidad de vivir una vida normal, en los supuestos más graves. En este caso, el dolor emocional puede privar a la persona de sus recursos sociales más básicos y minar su capacidad de interactuar, relacionarse con otros y progresar. Además, existen diversos estudios sobre la incidencia del dolor emocional en el desarrollo de dolor físico crónico.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Cf. Papayannis, “Responsabilidad por el dolor causado...*cit.*”, p. 157.

<sup>37</sup> Cf. al respecto Papayannis, “¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?”, en *Derecho y pobreza*, p. 122.

Como puede apreciarse, los efectos negativos de rechazar la indemnización por daño moral son de una considerable envergadura. Por lo tanto, no puede descartarse su indemnización por simple temor a reclamos infundados y a cuantificaciones descontroladas. Habrá que evaluar cuán graves son estos problemas. En los siguientes tres apartados se abordarán estas cuestiones, pero es necesario destacar que en este capítulo se sigue la opinión de que es posible gestionar estos temas racionalmente.

#### IV. ¿Cómo racionalizar los contornos del daño emocional indemnizable?

En este apartado queremos poner de manifiesto lo siguiente: el temor a que los límites del daño moral resarcible sean incontrolables tiene su origen en una comprensión deficiente de los derechos y deberes que tienen las partes en sus interacciones. Si se cuenta con una buena conceptualización del daño moral *injusto*, entonces ya no tiene sentido preocuparse porque *cualquier molestia emocional* sufrida por cualquier persona pueda servir para fundar un reclamo indemnizatorio; en la medida en que no toda molestia será jurídicamente injusta. Esto no equivale a afirmar que los contornos del daño moral injusto vayan a ser absolutamente precisos. Como todo concepto jurídico, tendrá un margen de vaguedad y ello conllevará la responsabilidad para los jueces de argumentar sus decisiones, a fin de que la discreción no se confunda con una tosca arbitrariedad.<sup>38</sup>

El primer paso en la construcción de la noción de daño moral injusto es reconocer que la vida en sociedad nos expone a un sinfín de disgustos, molestias, sinsabores, aflicciones, decepciones y contrariedades que, aunque desagradables o incluso dolorosas a veces, son parte de la cotidianidad de toda persona en toda comunidad. La mayoría de las veces, estas molestias no son obstructivas para la persona que las padece; aun con ellas es posible vivir una vida plena o feliz. Existen razones tanto pragmáticas como de principio para no resarcir estas molestias.

---

<sup>38</sup> V. sobre vaguedad y discrecionalidad, Endicott, "Raz on Gaps- the Surprising Part", en *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Cf. sobre para la diferencia entre discreción y arbitrariedad, Hart, *The Concept of Law*, 204-205 y 273.

Las pragmáticas tienen que ver con el hecho de que estas molestias emocionales suelen ser *menores, recíprocas y equivalentes*, lo que implica que en el ciclo completo de vida un individuo habrá sufrido tanta molestia a *de otros* como la habrá causado a *otros*. En un contexto semejante, todas las personas están mejor soportando dichas afectaciones que destinando recursos a cobrar y pagar indemnizaciones permanentemente. Asimismo, ningún sistema de justicia podría tratar eficientemente tal volumen de demandas. Las razones de principio, en cambio, tienen que ver con que un deber de no causar ese tipo de molestias socava la libertad de acción de una manera inadmisiblemente, tal como ya se sugirió con anterioridad en el apartado III.

Además, muchas prácticas o actividades sociales valiosas no podrían existir sin algún grado de estrés o sufrimiento emocional: las competencias deportivas son imposibles de llevar adelante sin causar algún grado de perjuicio emocional a otros, pues en toda competencia alguien pierde de tanto en tanto y a nadie le gusta perder; no es posible para un profesor impartir clases sobre temas sensibles —como la relación entre el Estado y la religión, la libertad de expresión, el aborto o la eutanasia—, o someterlos a exámenes sin que esto implique que algunas o algunos de sus estudiantes sientan presión y estrés; tampoco, por ejemplo, el cine o la literatura de terror, suspenso o drama sería posible sin generar en su audiencia algún grado de tensión o malestar emocional; por último, las relaciones afectivas no son imaginables sin un riesgo de daño emocional. El daño emocional es un corolario necesario del valor de lo que está en juego cuando se trata de cultivar nuestros sentimientos hacia otros, en lugar de vivir una vida solitaria y desprendida de ataduras emocionales.

Por estas razones, no toda molestia o daño emocional —si se prefiere— puede ser indemnizable. Sin importar cuán profundo sea el sufrimiento, el daño moral no es compensable si no deriva, como mínimo, de una interacción injusta, tal como se definió en el capítulo I. Es decir, el daño debe resultar de la violación de los términos que regulan las relaciones entre las partes. Estos términos están definidos por las reglas de diligencia, en la responsabilidad subjetiva, conforme con las cuáles deben tomarse precauciones razonables para no dañar a otros, y las normas de responsabilidad objetiva que amplían la tutela de los intereses legítimos

al ámbito de las actividades lícitas pero señaladas por la autoridad jurídica como *riesgosas*.<sup>39</sup> Ello implica que es condición necesaria —pero todavía no suficiente— para la compensación del daño moral que este se produzca por culpa de la persona demandada o en el marco de una actividad sujeta a responsabilidad objetiva.

Como se mencionó, el factor de atribución es necesario, pero no suficiente. ¿Qué más se requiere? El segundo elemento del daño moral resarcible es que el sufrimiento debe ser *razonable*. Esta apelación a la razonabilidad puede suscitar alguna decepción inicial, puesto que evaluar lo razonable en materia de sufrimiento emocional parece dar pie a las máximas discrepancias entre las personas juristas. Pero conviene recordar que el carácter bilateral de la responsabilidad civil implica que al establecer un derecho a que se repare el daño, también se impone un deber correlativo de repararlo. Por lo tanto, la perspectiva de tener que indemnizar a otros por molestias caprichosas o arbitrarias supondría un límite injustificado a nuestra libertad de acción.

Por lo anterior, para que sea razonable, un dolor emocional propiamente dicho ha de tener alguna entidad y ha de ser significativo. No puede consistir, entonces, en incomodidades mínimas o molestias menores, como la que sufre Axileas cuando habiendo reservado restaurante para las ocho de la noche llega y el *maitre* demora 15 minutos en darle su mesa. Esa experiencia ordinaria habitualmente genera poco más que un disgusto si acaso, pero no representa para Axileas un sufrimiento emocional con el potencial para frustrar su noche de restaurante.

Ahora, ¿qué ocurriría si Axileas se tomase realmente mal la espera de 15 minutos, como si fuera una tremenda humillación y una falta de respeto supina sobre su persona? ¿Estaríamos ante un dolor emocional suficientemente significativo en este caso? Parecería que, tratándose de un incumplimiento trivial, existe una expectativa social de que las personas adultas sean capaces de gestionar sus emociones en lugar de intentar trasladar a otros los efectos de una mala educación emocional. Las personas no pueden intentar responsabilizar a otros por sus caprichos, extravagancias, pruritos, pudores o inhibiciones. Corresponde a cada

---

<sup>39</sup> V. al respecto capítulo IV.

uno controlarlas o, en caso de no poder hacerlo, soportarlas sin pretender hacer a otros partícipes de los propios problemas y limitaciones para asumir los pequeños contratiempos de la vida. En otras palabras, el dolor emocional exagerado —aunque sea sincero— tampoco es razonable ni, por tanto, jurídicamente atendible.<sup>40</sup>

El análisis no se aplica únicamente a los eventos triviales —como la demora del *maitre* en el restaurante o la pisada que sufre Axileas al subir al transporte público y que le ensucia el zapato recién lustrado—, se extiende también a eventos más serios que generan consecuencias emocionales que, pese a todo, a partir de cierto punto dejan de ser razonables. Piénsese en una infidelidad sufrida por Axileas, aunque la doctrina más moderna aboga por el repliegue de la responsabilidad civil del ámbito de las relaciones familiares,<sup>41</sup> supongamos que el ordenamiento jurídico recepta la posibilidad de recibir compensación por daño moral derivado del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad. Aun en este escenario, si Axileas reclama una cuantiosa indemnización porque su dolor es insoportable, se siente humillado y ofendido, incapaz de transitar el resto de su vida con una mínima dignidad, al punto que —según manifiesta expresamente— “hubiese preferido que mueran mis tres hijos antes de que mi mujer me sea infiel”, parece que su dolor emocional es irrazonable y que no debería ser compensado, al menos no en la magnitud pretendida. Al igual que en los casos de daños triviales, la dimensión desproporcionada de su dolor obedece más a su incapacidad para gestionar sus emociones —posiblemente a su concepción machista del mundo, entre otras cosas— que a la seriedad del agravio sufrido. El derecho de daños siempre debe procurar que las pérdidas patrimoniales y emocionales recaigan sobre quienes son responsables por ellas,<sup>42</sup> y en este ejemplo tiene sentido concluir que Axileas tiene más responsabilidad por su propio sufrimiento de la que tiene su cónyuge en la causación.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Cf. Papayannis, “Responsabilidad por el dolor causado...*cit.*”, pp. 163 y ss.

<sup>41</sup> Cf. Martín-Casals y Ribot Igualada, “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, en *ADC*, p. 530.

<sup>42</sup> Cf. Coleman, *Risks and Wrongs*, p. 324.

<sup>43</sup> Esta es una de las tesis centrales de Papayannis, en su texto “Responsabilidad por el dolor causado...*cit.*”, el cual intenta poner de manifiesto el rol de las víctimas en su propio sufrimiento.

Una cuestión fundamental es determinar hasta dónde llega la responsabilidad por las propias emociones. Evidentemente, esa responsabilidad no puede extenderse hasta el punto de la deshumanización. Axileas no podría argumentar ante Xenofonte que el sufrimiento que padece por la muerte de su hijo es su responsabilidad, ya que podría haber tenido menos apego con él. Exigirle semejante cosa sería exigirle que se deshumanice o, al menos, que desnaturalice su relación padre-hijo, ya que la única manera en que Xenofonte podría protegerse contra ese tipo de dolor es "cultivando una indiferencia hacia el niño".<sup>44</sup> El dolor humaniza cuando se sufre lo que se tiene razones para sufrir, pero deshumaniza cuando no se sufre lo que se tiene razones de peso para sufrir o cuando se sufre por las razones incorrectas. Por ello, existe un límite a lo que podemos exigir a otros en la gestión de su dolor emocional.

En el derecho comparado existen ejemplos en los que los tribunales han denegado la compensación de daños morales irrazonables. En Canadá, en el caso *Mustapha vs. Culligan*,<sup>45</sup> una persona llevaba 15 años tomando agua de una única empresa. Un buen día, descubrió que al final de la botella de agua había una mosca muerta y que había partes de otra mosca en otra botella. A partir de esos hechos desarrolló un cuadro depresivo serio relacionado con una ansiedad y fobia. En ese caso, la Suprema Corte de Canadá sostuvo que no procedía la acción porque una *persona de fortaleza ordinaria* no hubiese sufrido ese cuadro depresivo ante esos hechos, por lo que no se cumplía con el requisito de *previsibilidad* de los ordenamientos del *common law*. Asimismo, en el caso *Tame vs. New South Wales* el Tribunal Supremo de Australia aplicó una regla similar para el caso de una mujer que sufrió daño psiquiátrico porque un policía completó mal su informe dejando asentado que había conducido su vehículo en estado de ebriedad, aunque al día siguiente el policía corrigió su error y no se instó ninguna acción legal en contra de ella.

El análisis de la razonabilidad del dolor, del mismo modo que cuando se juzga la razonabilidad de las diligencias en sede de culpa, se nutre inicialmente de un fuerte componente empírico relativo a las convenciones sociales, pero no se agota

<sup>44</sup> Cf. Keating, *op. cit.*, p. 103.

<sup>45</sup> *Mustapha vs. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27 (CanLII), [2008] 2 SCR 114.

en él. El tipo de perjuicios por los cuales la mayoría de las personas sufren dolor emocional es un punto de partida ineludible al momento de evaluar si el reclamo de la víctima es razonable. No obstante, como se explicó en el capítulo III, las convenciones sociales pueden estar profundamente equivocadas y no justificar tampoco el daño emocional. En ciertos lugares de Estados Unidos durante la vigencia de las leyes segregacionistas, la convención social hubiera dictado que una mujer blanca podría haber sentido una alta indignación y sufrimiento emocional en caso de ser invitada a salir por un hombre negro. No obstante, pensamos que en ningún caso un tribunal, ni siquiera en esa época, debería condenar a una persona sobre la base de una convención ciertamente irrazonable.

Por lo tanto, las juezas y los jueces deben ir más allá de este conocimiento compartido, casi intuitivo, y determinar si en el caso concreto está justificado trasladar la responsabilidad a otra persona. Ello equivale a un juicio conforme con el cual la mayoría de las personas que se encontrasen en las mismas circunstancias que el demandante sentirían dolor emocional y, además, que tienen razones para sentirlo —está justificado que lo sientan—. Este juicio no depende de que el daño sea tremendamente severo o que suponga una privación permanente de un bien valioso, como la integridad física o la pérdida de un familiar. Así, una experiencia puntual, efímera, que sea humillante y estresante para la víctima bien puede causar un dolor razonable y, en caso de que concurra el factor de atribución correspondiente, constituir un daño injusto merecedor de una compensación monetaria. Ello, conviene reiterar, pese a que sus efectos sobre la vida de la persona sean transitorios. En el capítulo siguiente se explican en detalle algunos casos que satisfacen estas condiciones y que la jurisprudencia argentina ha sujetado a compensación de daños morales.<sup>46</sup> Son casos en los cuales incluso una persona bien educada emocionalmente sufriría como consecuencia de la acción injusta del demandado.

---

<sup>46</sup> V. el interesante análisis del caso JCCConc. 1a Nom. de Villa María (Córdoba), *Baysre vs. Chiabrando y otros-Ordinario 2004*, sentencia núm. 247, en Martínez Alles, “¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión optima”, en *Responsabilidad civil y seguros*, p. 65; y en el capítulo 11 de este manual.

En conclusión, el dolor emocional injusto, el que amerita una respuesta por parte de la persona causante del daño, debe satisfacer dos condiciones: (i) debe resultar de una violación a las normas que regulan la interacción —normas de culpa o responsabilidad objetiva—; y (ii) debe tratarse de un dolor que sea razonable que la otra parte sufra. Esto último implica que el dolor debe tener cierta entidad o significación; y que no corresponde a quien lo sufre la responsabilidad de gestionarlo. Esto es claro en tanto el sistema jurídico no debería cargar al demandado con el dolor que es exigible que la víctima mitigue mediante un análisis crítico-racional de los fundamentos de sus emociones. Solo esta concepción del dolor injusto puede encajar en la estructura normativa de la responsabilidad civil. Forjado de esta manera, el deber de evitar daños emocionales no es absurdamente amplio ni el deber de indemnizar es intolerablemente opresivo para nuestra libertad.

## V. Prueba de los daños morales

La dificultad probatoria en materia de daño moral es una de las preocupaciones más acuciantes para las y los juristas que, junto con la falta de criterios en la cuantificación, generan desconfianza hacia la posibilidad de gestionar estas indemnizaciones con un mínimo de racionalidad y seguridad jurídica. Sobre la cuantificación se abundará en el próximo apartado, aquí se aborda la cuestión probatoria.

En el apartado II vimos que la categoría del daño moral o extrapatrimonial comprende fenómenos de naturaleza diversa. Algunas afectaciones extrapatrimoniales, más allá de cuán complicado o costoso sean de constatar, son un fenómeno externo a la víctima; la pérdida de reputación es un buen ejemplo. Una persona puede sufrir un daño en su buen nombre y honor o imagen pública con independencia de que sea consciente de ello; por el contrario, puede que no lo haya sufrido, aunque crea que sí. En el mundo empresarial esto es claro; en la medida en que los estudios muestren que la fidelidad de sus clientes no ha variado, que la empresa sigue ocupando posiciones similares en los *rankings* relevantes, que los informes técnicos de agencias reguladoras —si fuera el caso— sigan siendo positivos, etcétera, no podrá decirse que la empresa ha sufrido pérdida de reputación.

Pero otras afectaciones extrapatrimoniales, como el daño a los sentimientos, tienen un componente interno y subjetivo que dificulta mucho más la constatación de la existencia de dolor y su intensidad. En este ámbito, la persona que sufre tiene una posición epistémica privilegiada y exclusiva. Solo ella sabe si sufre dolor emocional y en qué grado. Esto es así porque el dolor —ya se trate de dolor físico o a los sentimientos— es un dato puramente sensorial.

Un dato puramente sensorial se caracteriza porque su existencia depende de que sea percibido. Un objeto físico, como una banqueta, existe con independencia de que alguien lo vea o lo toque. Si debajo de la mesa hay una banqueta que desde la posición en que se encuentra Axileas es imposible de ver, el hecho de que Axileas no sea capaz de percibirla mediante el sentido de la vista no implica que la banqueta no exista. En cambio, si Axileas siente dolor emocional necesariamente lo percibe y, por ello, existe. Nótese que, si Axileas niega que haya una banqueta en la habitación, uno puede corregirlo pidiéndole que se agache para ver debajo de la mesa, este podría luego reconocer que estaba equivocado y que su creencia de que no había una banqueta en la habitación era falsa. Esto, sin embargo, no es posible con el dolor. Quien lo sufre es incorregible en cuanto sus creencias, tiene una autoridad epistémica única en la cuestión. Uno no podría pedirle a Axileas que examine ni revise los hechos de su vida a efectos de cambiar su opinión respecto de que siente dolor emocional. Aserciones del tipo “en realidad no sientes dolor, solo crees que lo sientes” nos parecen tan absurdas como su contraria “en realidad sí que te duele, pero no te das cuenta”. Incluso si uno instase a Axileas a reflexionar sobre lo injustificado de su sufrimiento y eso terminase por aplacar su dolor, ello no significaría que en realidad estaba equivocado respecto del hecho de que sentía dolor emocional. Lo más sensato es considerar que su dolor existía, que era real, y que ahora ha desaparecido o se ha atenuado.

Así, las afirmaciones sobre el dolor que uno siente nunca refieren a nada externo al individuo, sino a la experiencia íntima, privada, subjetiva y, por consiguiente, se asume que quien las profiere es autoridad exclusiva e inapelable al respecto. Ello explica que los casos de dolores sin causa aparente, o los casos de “miembro fantasma” que sienten algunas personas que fueron amputadas —un dolor en la parte del cuerpo que les falta—, sean tratados como genuinos dolores en la

medicina. Si el dolor tuviese un referente externo, estos casos serían supuestos de error en quien habla; sería imposible que a Axileas le duela la pierna que no tiene. La concepción que más se ajusta a nuestra experiencia compartida relativa al dolor es que su existencia y magnitud dependen de la percepción de la persona que lo sufre. La persona evidentemente puede mentir sobre su dolor, pero no estar equivocada sobre si siente o no dicho dolor.<sup>47</sup>

Esto marca una diferencia entre el daño a los sentimientos y otros tipos de daño extrapatrimonial, como la afectación del honor de las personas jurídicas, el daño corporal y, sobre todo, respecto del daño patrimonial. En lo que hace a estos tres últimos tipos de daño la víctima puede estar equivocada. Ella puede creer que perdió una determinada cantidad de dinero como consecuencia de un acto de competencia desleal, pero un análisis más preciso puede mostrarle que perdió más o menos de lo que piensa. Lo mismo vale para las lesiones físicas. Si Axileas sufre una lesión en su pierna en un accidente y cree que su carrera deportiva ha acabado, los médicos pueden corregir su creencia explicándole que siguiendo determinados tratamientos y un proceso de rehabilitación podrá volver a jugar voleibol en seis meses. Por último, ya fue mencionado, la pérdida de reputación también puede ser abordada de idéntica manera.

Los problemas de prueba especialmente preocupantes, entonces, se limitan a los casos de daños a los sentimientos. ¿Cómo comprobar si alguien sufre dolor emocional y en qué medida? Una vez que se reconoce que la víctima tiene una autoridad incuestionable sobre el conocimiento de su dolor, ¿deberíamos creerle sin más o exigirle que lo pruebe de manera concluyente? Creerle sin más supone que las víctimas podrán exagerarlo a fin de incrementar el monto de la indemnización, lo cual abre camino al fraude y la arbitrariedad. Por otra parte, si se le exige al demandante que pruebe el dolor emocional como si se tratase de un hecho externo, el resultado sería un rechazo sistemático de las demandas, lo que privaría a las víctimas de ejercer su legítimo derecho a ser indemnizadas. ¿Cómo se debe proceder? ¿Qué intereses deben prevalecer?

---

<sup>47</sup> Cf. Papayannis, "Responsabilidad por el dolor causado...*cit.*", p. 153.

Este planteo en realidad ignora dos cuestiones. La primera es que la posibilidad de magnificar el dolor sufrido de poco servirá a la víctima porque uno de los requisitos para cobrar una indemnización es que el dolor sea razonable —como se vio en el apartado anterior. Un dolor exagerado, aunque fuese verdad que la víctima lo sufre, tampoco sería merecedor de indemnización en una buena variedad de casos. Pero es posible que en ciertos supuestos, si el dolor fuese verdadero, la víctima debería tener derecho a recibir un resarcimiento por él. Aquí es pertinente una segunda consideración: que el dolor sea un hecho interno, improbable mediante la mera observación, no significa que no pueda ser *inferido* de otros hechos que sí son directamente observables.<sup>48</sup>

Conviene aquí reiterar el esquema que se expuso en el capítulo III, apartado IX.1 sobre la prueba del dolo. La prueba del dolor sufrido no es diferente de la prueba de cualquier otro hecho interno o psicológico. Si la prueba de estados mentales fuese imposible, entonces no podría nunca condenarse por delitos *dolosos*, ni juzgarse la posesión de *mala fe*, el *ánimo de lucro* o el *error excusable* —entre muchísimos otros supuestos tanto del derecho público como del derecho privado—. El dolor no es comprobable mediante la mera observación, pero puede ser *inferido* a partir de otros hechos que sí podemos observar directamente. El conocimiento del dolor es indirecto.<sup>49</sup>

Su constatación depende, entonces, de una inferencia inductiva realizada a partir de otros hechos y algunas máximas de experiencia. Esta forma de proceder no es exclusiva de la prueba de los estados mentales. También los hechos externos de los que no somos testigos directos son comprobados mediante un mecanismo inductivo análogo. Axileas aparece con el cuerpo bañado en sangre de Telémaco y con un cuchillo en su mano; luego observamos que el cuerpo de Telémaco tiene diversas heridas de arma blanca, compatibles con el cuchillo que se encontró en poder de Axileas; la cámara de seguridad captó a Axileas entrando en el edificio en que vivía Telémaco, y lo registró saliendo 15 minutos más tarde, ya con manchas de sangre en su ropa. Resulta indiferente cuánta información se agregue y cuán

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 160-161.

<sup>49</sup> Cf. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, pp. 71-72.

alto sea el grado de fiabilidad aportado por cada elemento adicional; al final, la conclusión de que Axileas mató a Telémaco no estará probada directamente, sino que será el resultado de una inferencia a partir del conjunto de elementos de prueba y algunas máximas de experiencia, incluyendo también leyes científicas.<sup>50</sup> El razonamiento probatorio nos permitirá atribuir un grado de confirmación a la premisa fáctica, más alto o más bajo, según el caso, pero nunca certeza.<sup>51</sup> Si en los enunciados sobre hechos externos se acepta que su verdad pueda ser inferida de otros hechos directamente observables, ¿por qué exigiríamos algo más que esto para la prueba del dolor?

Resulta de esencial importancia comprender correctamente la noción de máximas de experiencia. Es cierto que muchas veces las llamadas máximas de experiencia involucran en realidad un conjunto de prejuicios o creencias injustificadas.<sup>52</sup> Pero ello no supone que la noción de *máxima de experiencia* deba ser descartada; por el contrario, no puede prescindirse de ella en el razonamiento probatorio en general. Más bien, el hecho de que algunas opiniones generales tengan muy baja fiabilidad como generalización fáctica nos advierte que hay que elegir con cautela qué se tomará como una máxima de experiencia y qué opiniones, juicios o “conocimientos” comunes, tal vez por prejuiciosos o apresurados, deben resistirse en la prueba del dolor. En principio, solo debería confiarse en máximas sobre las que exista un *amplio consenso* en la cultura media del lugar y del momento en que se tomará la decisión.<sup>53</sup> En lo que hace a las máximas de experiencia relativas al dolor emocional sufrido, el momento en que ocurrieron los hechos que se juzgan también es relevante para inferir si un determinado evento pudo haber causado el tipo de dolor alegado por la víctima.

Imaginemos que Axileas se machaca el dedo pulgar con un martillo haciendo tareas de carpintería. Podemos inferir que Axileas siente un dolor considerable. La inferencia se apoya en los hechos que hemos observado y en nuestras experiencias previas con accidentes similares. Lo mismo si nos enteramos de que el

<sup>50</sup> Cf. González Lagier, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, pp. 61 y ss.

<sup>51</sup> Cf. entre otros, *ibid.*, pp. 71-72; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, pp. 26 y ss; Gascón Abellán, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

<sup>52</sup> Cf. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, p. 75.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 425.

padre de Axileas murió ayer al mediodía. A partir de nuestro conocimiento de algunos hechos como que Axileas y su padre tenían una excelente relación, que se veían todas las semanas y compartían una serie de actividades, podemos inferir que Axileas ha sufrido un fuerte dolor emocional al enterarse. Por descontado, estas conclusiones son relativas a un contexto informativo y, por ello, son derrotables. Vemos como Axileas se machaca el dedo de un violento martillazo, inferimos que está sintiendo un fuerte dolor del cual no se queja; nuestra inferencia es, de momento, que Axileas tiene una gran tolerancia al dolor. Siente dolor, pero contiene toda expresión de malestar. Luego, Axileas nos comenta que tiene el brazo completamente anestesiado. Esta nueva información, sobre la base de otra máxima de experiencia, hace que nuestra inferencia sobre el fuerte dolor sufrido por Axileas sea derrotada.<sup>54</sup> En un caso de dolor emocional, por ejemplo, la inferencia de sufrimiento por la pérdida de la o el cónyuge puede ser derrotada por la acreditación de que la pareja había terminado su relación sentimental y que llevaban años sin saber el uno del otro.<sup>55</sup>

Asimismo, las máximas de experiencia también nos permiten inferir al menos una graduación aproximada de la intensidad del dolor sufrido y ello, a su vez, allana el camino para una ordenación de su gravedad. La pérdida de familiares normalmente causa un intenso dolor emocional, aunque no todos los casos son idénticos. Hay un consenso bastante amplio sobre la especial relevancia que tiene el bienestar de las y los hijos para sus padres. Ello permite inferir que la pérdida de una hija o un hijo es más grave que la pérdida de un progenitor; que la de un progenitor es *normalmente* más grave que la de un tío, etcétera.

Finalmente, el dolor emocional es una experiencia profundamente humana que, como se dijo, todos sentimos en algún momento de nuestras vidas. Por lo tanto,

---

<sup>54</sup> Cf. De Vignemont, "Can I See Your Pain? An Evaluative Model of Pain Perception", en *The Routledge Handbook of Philosophy of Pain*, p. 263.

<sup>55</sup> Del hecho de que las máximas de experiencia sean derrotables, es decir, que su aplicación carezca de justificación en un caso concreto, no puede implicarse la tesis radical de que "[n]o existen daños morales evidentes, ni aun respecto de víctimas directas". Diez Schwerter, *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina*, p. 146. Más razonable es entender esta tesis como un llamado de atención sobre la fragilidad de las generalizaciones contenidas en las máximas de experiencia. Siempre podemos encontrar una máxima más específica que constituya una excepción a la máxima genérica.

podemos sentir empatía y entender la experiencia de otra persona que está sufriendo por haber vivido una experiencia similar. El hecho de haber amado y haber terminado una relación con una persona amada nos permite tener empatía, y saber que quien vive la muerte de su pareja siente, por lo general, un dolor enorme.

Las inferencias probatorias no deben confundirse con las presunciones jurídicas.<sup>56</sup> A diferencia de las inferencias probatorias, cuyo fundamento es epistémico, las presunciones jurídicas son normas —ya sean legales o jurisprudenciales— que *ordenan* a quien decide a incorporar cierta premisa fáctica en su razonamiento una vez que se prueba un hecho base. La SCJN ha estimado que cuando se prueba la muerte de un hijo o hija —hecho base— debe *presumirse* el daño moral —hecho presumido—.<sup>57</sup> Para desvirtuar esta presunción debe probarse que no ocurrió el hecho base, para lo cual se requiere probar que no murió la persona en cuestión o que la persona demandante no tiene la relación de parentesco pertinente, o que no ocurrió el hecho presumido, es decir, que no existe sufrimiento emocional. Esto último, sabemos, será bastante difícil de probar, aunque no imposible.

En cambio, las inferencias probatorias son diferentes. No se trata de la aplicación de una norma jurídica sino del despliegue de un razonamiento teórico. En el Amparo Directo 35/2014, la SCJN tuvo por acreditado el daño moral de un niño que fue víctima de *bullying*, lo que había tenido un impacto psicológico reflejado en informes periciales. Esta inferencia probatoria supone concluir que el enunciado fáctico según el cual el niño sufrió daño emocional goza de suficiente respaldo como para considerarlo verdadero a la luz de las pruebas aportadas en la causa —los hechos constitutivos de *bullying* y los informes periciales—. <sup>58</sup>

Pese a todo lo anterior, no deberíamos esperar que las máximas de experiencia resuelvan todo el problema, ajustándose con precisión a todos y cada uno de los

---

<sup>56</sup> V. para una explicación más detallada de las presunciones legales, véase el capítulo III, apartado IX.2, y la bibliografía que allí se cita.

<sup>57</sup> SCJN, Amparo Directo 30/2013, p. 78.

<sup>58</sup> En este capítulo únicamente se está exponiendo la estructura de la inferencia probatoria. Para mayor referencia sobre el tratamiento y la fiabilidad de las pruebas periciales, v. Vázquez, *Manual de prueba pericial*.

casos de sufrimiento emocional que puedan presentarse en los tribunales. Más bien, las inferencias sobre la intensidad deben valerse de máximas generales que pueden ser derrotadas con información adicional y solo deberían servir para conformar una ordenación que permita racionalizar las sumas monetarias que se concederán como indemnización en cada tipo de caso, de modo que los daños más graves no reciban compensaciones más leves que otros daños considerados de mayor entidad. Aquí, como es obvio, se acaban los problemas de prueba y comienzan los de cuantificación que tienen una naturaleza completamente diferente, como se abordará en el siguiente apartado.

## VI. Cuantificación del daño moral

La cuantificación del daño moral enfrenta a las y los juristas a dos grandes dificultades, al menos. En primer lugar, no es claro cuál es el sentido de entregar una suma de dinero a quien ha sufrido un perjuicio inmaterial. ¿De qué sirve a quien se ha visto socavado emocionalmente que le entreguen dinero? En esa línea, podría dejarnos perplejos la propia idea de que el derecho ofrezca como solución la transferencia de una suma de dinero cuando la naturaleza del daño sufrido se proyecta sobre nuestras más profundas sensibilidades. El ofrecimiento podría incluso ser considerado ofensivo para la víctima. En segundo lugar, aun superando este escollo, ¿qué método debe utilizarse para cuantificar, para determinar una suma de dinero adecuada? Ambas dificultades se tocan en los siguientes subapartados.

### 1. El dinero frente al daño moral

El dinero y los sentimientos están en planos distintos. Precisamente se clasifican como daños extrapatrimoniales porque no tienen un sustituto en el mercado. Podría pensarse que ello revela por qué se considera obvio que una pérdida material pueda ser reparada con dinero, pero que en cambio dudemos seriamente del sentido de otorgar dinero a una víctima que ha sufrido un daño sobre algún bien inmaterial, como su integridad física o sus sentimientos. Sin embargo, el problema más difícil no deriva del medio normalmente empleado por la responsabilidad civil —es decir, del dinero—, sino del hecho de que ciertos daños

morales son irreparables —lo cual, por su naturaleza, nunca pasa con los daños patrimoniales—. Hay daños cuya reparación es imposible. De ser así, va de suyo que ni el dinero, ni tampoco ningún otro bien o acto de la persona que lo causó podrá repararlo. De ahí que ofrecer dinero a la víctima como forma de reparación nos parezca decepcionante. Debe quedar claro que el problema no está en el medio empleado —el dinero—, sino en el daño mismo, cuya reparación escapa a las capacidades humanas.<sup>59</sup>

Pensemos en los siguientes casos:

- a. *Axileas roba el teléfono de Xenofonte y una hora más tarde se lo devuelve.*
- b. *Axileas rompe el teléfono de Xenofonte y lo reemplaza por otro idéntico.*
- c. *Axileas rompe el teléfono de Xenofonte y le paga el dinero necesario para comprar uno idéntico.*
- d. *Axileas insulta a Xenofonte y luego se disculpa sinceramente.*
- e. *Axileas difama a Xenofonte haciéndole perder casi todos sus clientes y luego se disculpa públicamente y le paga una indemnización por el menoscabo económico.*
- f. *Axileas le cercena accidentalmente una pierna a Xenofonte y paga por los gastos médicos, una prótesis y una suma de dinero en concepto de daño moral.*
- g. *Axileas mata al hijo de Xenofonte conduciendo negligentemente y paga una suma de dinero en concepto de daño moral.*

En cada uno de estos ejemplos el remedio indemnizatorio resulta cada vez más insatisfactorio porque nos alejamos paulatinamente del ideal en el cual el daño no ocurre.<sup>60</sup> Pero ¿cómo podríamos acercarnos más al ideal en los casos (f) o (g)?

---

<sup>59</sup> Aunque otros remedios distintos de la indemnización dineraria pueden contribuir a enmendar el agravio sufrido por la víctima, siempre quedará un dejo de insatisfacción en lo que hace a los daños irreparables. V. sobre la pertinencia de otros remedios como las disculpas, las garantías de no repetición, los homenajes públicos y los daños punitivos Vargas Tinoco “Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado”, en *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado*, pp. 60 y ss.; Pino Emhart, “The Value of Apologies in Law and Morality”, en *REI. Revista Estudos Institucionais*, pp. 1410 y ss.

<sup>60</sup> V. al respecto el capítulo I de este mismo manual.

Si la respuesta es que es imposible, ni aun añadiendo unas disculpas u otro remedio, entonces, el problema no deriva del hecho de que la respuesta jurídica sea transferir una suma de dinero.

De manera que, habrá que encontrar alguna justificación para el remedio dinerario en estos casos. Para aproximarnos a esta justificación, analicemos rápidamente los casos. En el caso (a), la restitución nos acerca tanto como es posible al estado ideal de no daño. Esperar algo más que esto de un remedio es un error. Por definición, el remedio será normativamente subóptimo. Nunca puede ser equivalente la restitución o la reparación a la indemnidad inicial de la persona afectada.<sup>61</sup> Siempre será mejor el mundo en el cual el daño no se produce. Efectivamente, una vez que se incumple el deber de no dañar, el remedio apunta a lograr la segunda mejor alternativa al cumplimiento del deber originario.<sup>62</sup> Por lo tanto, la crítica basada en el hecho de que en el caso (a) el remedio no restablece perfectamente la situación anterior al daño está desencaminada.<sup>63</sup> Prácticamente lo mismo puede decirse de los casos (b) y (c). También en ellos la reparación es tan buena como puede ser en las circunstancias.

Ahora bien, aunque los tres primeros ejemplos están bastante próximos entre sí, en algún punto los casos siguientes comienzan a ser menos satisfactorios porque entendemos que el remedio deja cada vez más cosas sin reparar. Entonces, la pregunta relevante cuando llegamos al caso (g) no es qué quedó sin reparar, sino si el dinero logró reparar algo; la respuesta es que no. Hablar de “reparación” en estos casos ya no tiene sentido. Sin embargo, podemos hablar de “compensación”, pues el remedio intenta compensar por aquello que es irreparable.

---

<sup>61</sup> Cf. Papayannis, *Comprensión y justificación...cit.*, pp. 161 y ss; Papayannis, *El derecho privado como cuestión pública*, pp. 77-78; y Vargas Tinoco, “El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención”, en *Filosofía del Derecho privado*, p. 348.

<sup>62</sup> Cf. Gardner, *From Personal Life to Private Law*, pp. 101-102.

<sup>63</sup> Cf. Hershovitz, “Corrective Justice for Civil Recourse Theorists”, en *Florida State University Law Review*, pp. 112-113, 126; donde se han manifestado serias dudas respecto de la idea de que las transacciones injustas puedan ser realmente revertidas. Cf. sobre el sentido del remedio indemnizatorio, los argumentos de Radin, “Compensation and Commensurability”, en *Duke Law Journal*, pp. 68 y ss.; y Lazar, “Corrective Justice and the Possibility of Rectification”, en *Ethical Theory and Moral Practice*, pp. 356 y ss.

La *compensación* por lo irreparable no tiene el sentido de devolver a la víctima aquello de lo que se la privó. Pero tampoco tiene un mero propósito general de beneficiar a la víctima. Eso podría lograrse también mediante la seguridad social. Alguna doctrina asume que en estos casos estamos ante la siguiente disyuntiva: o se llega a la *reparación* —entendida como el tendencial restablecimiento de la situación previa al daño—, o el remedio constituye un *subsidio* económico dirigido a aliviar la situación posterior de la víctima.<sup>64</sup> Este modo de entender la cuestión obvia que no toda transferencia monetaria de una parte a la otra que no pueda ser justificada en términos del restablecimiento de la situación anterior es un *subsidio*. Sería más apropiado conceder un subsidio sobre la base de consideraciones generales de justicia distributiva y mediante instituciones de derecho público. En cambio, estos daños y la necesidad de que la persona causante del daño haga algo respecto de ellos siguen siendo incumbencia de la responsabilidad civil, del derecho privado, porque la justicia interpersonal requiere que sea la persona moralmente responsable del evento que devastó la vida del otro quien tome medidas para que la víctima cuente con una cantidad razonable de recursos para reconfigurar su vida como mejor considere. Además, como se explicó en el capítulo I, apartado III.7, hay un valor en que la víctima tenga la potestad normativa de exigir responsabilidad a la persona causante del daño. La compensación no es un subsidio, sino la manera en que el derecho hace cumplir a quien dañó su deber de preocuparse por la víctima cuando nada puede hacer para repararla en sentido estricto. Que no pueda volver las cosas al estado anterior, ni acercarse remotamente a ese estado del mundo, no significa que no haya nada que pueda hacer *por ella*.

Entonces, el propósito de la indemnización por daño moral, *cuando este es irreparable*, no está vinculado a la mitigación del daño sino al fortalecimiento de la víctima en sus nuevas circunstancias. Sea cual fuere la manera que la víctima encuentre para salir adelante y seguir con su vida, contar con una cantidad razonable de recursos materiales le servirá para ampliar sus opciones. Esa es la justificación del dinero en la generalidad de los casos, para los cuales el derecho regula.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Cf. Alpa, *op. cit.*, p. 852.

<sup>65</sup> Por supuesto, si la víctima es inmensamente rica, ya cuenta con recursos para intentar rearmar su vida. Pero esta clase de contraejemplos no invalidan la justificación que estamos ofreciendo para un

El remedio en dinero, a diferencia de otros remedios como las disculpas o los homenajes, confiere a la víctima un recurso que es útil para cualquier plan de vida. Es la víctima que, en ejercicio de su autonomía, debe decidir qué hacer con esos nuevos recursos a su disposición.<sup>66</sup>

Pero ¿es todo daño moral irreparable? Creemos que no. En muchas situaciones unas disculpas o una cantidad determinada de dinero son suficientes para mitigar el daño. Supongamos que Axileas es el jefe de Xenofonte y un día pierde los estribos y delante de todos sus compañeros de trabajo humilla a Xenofonte imputándole una serie de errores y descuidos que en realidad Xenofonte no había cometido. Al día siguiente, Axileas se presenta y se disculpa con Xenofonte delante de todo el mundo y le ofrece una semana de vacaciones adicionales con salario completo. ¿Es acaso absurdo pensar que Xenofonte ha sido reparado, que su daño ha sido contrarrestado o mitigado?

Por lo tanto, no todos los daños morales tienen la misma naturaleza, algunos son reparables y otros irreparables. Esto, como se verá en el próximo subapartado, define el método adecuado para calcular el monto indemnizatorio.

## 2. Los criterios de cuantificación en la dogmática mexicana

En el sistema jurídico mexicano se debe partir del artículo 1919 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone lo siguiente:

Artículo 1919. [...] El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

---

remedio compensatorio por daño moral, por dos razones: (i) de ordinario cumplirán la función que estamos defendiendo; y (ii) incluso cuando una víctima ya cuente con recursos materiales, el remedio le permite implementar la justicia interpersonal, reivindicar sus derechos frente a la persona causante del daño.

<sup>66</sup> Cf. Ripstein, *Private Wrongs*, p. 234.

La SCJN en los amparos directos 30/2013, 31/2013, 35/2014, 40/2015, 13/2017 y el Amparo Directo en Revisión 5490/2016 ha interpretado este artículo y ha establecido un conjunto de criterios de cuantificación que toman en cuenta algunas características referidas a la víctima y otras relativas a la persona causante del daño:

[...]respecto a la víctima: A) El aspecto cualitativo del daño o daño moral en sentido estricto, el cual se compone a su vez de la valoración de: i) el tipo de derecho o interés lesionado, ii) la existencia del daño y iii) la gravedad de la lesión o daño. B) El aspecto patrimonial o cuantitativo derivado del daño moral. En este aspecto el juez deberá valorar: i) los gastos devengados derivados del daño moral, y ii) los gastos por devengar. En cuanto a la responsable: i) su grado de responsabilidad y ii) su situación económica.<sup>67</sup>

En cuanto a los *elementos relativos a la víctima*, se comienza por cuantificar *el daño moral propiamente dicho*. En este rubro, debe considerarse primero el tipo de derecho o interés lesionado. Como hemos visto, el daño moral protege muchos intereses, por lo que en este supuesto se intenta evaluar la importancia de ese interés. Por ejemplo, la afectación a la vida de una hija o hijo supone un daño moral más severo que el causado a una amiga o un amigo del trabajo.<sup>68</sup> En segundo lugar, debe estimarse la intensidad del daño sufrido por la persona, si una persona sufre una depresión que le impide disfrutar la vida el daño será *grave*; en cambio, si la víctima sufre el duelo que ordinariamente se sigue de los hechos, el daño es *normal*.<sup>69</sup>

Por otra parte, de acuerdo con la SCJN, también deben tomarse en cuenta las *consecuencias patrimoniales del daño*. Sobre el problema de si estos son realmente daños patrimoniales y no morales remitimos al análisis que hemos realizado en el apartado II de este capítulo. Así, en este rubro se incluyen los gastos consecuentes —terapia, gastos funerarios, etcétera— o futuros.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Los siguientes son casos en los que se ha usado el criterio del Mayan: SCJN, Amparo Directo 13/2017; Amparo Directo 35/2014, p. 90; Amparo Directo 40/2015, p. 107; Amparo Directo en Revisión 5490/2016.

<sup>68</sup> SCJN, Amparo Directo 30/2013, p. 94.

<sup>69</sup> SCJN, Amparo Directo 30/2013, pp. 94-96.

<sup>70</sup> V. para profundizar sobre este tema el capítulo IX de este mismo manual.

Por lo que hace a los elementos relativos a la persona causante del daño, en el capítulo I, apartado II.1.B se explicó que una de las pautas para determinar la intensidad de la protección de la víctima en sus intereses legítimos o derechos es el factor de atribución aplicable. Así, ante conductas dolosas es posible que el ordenamiento confiera una mayor protección, expresada en este caso en una indemnización que pueda exceder lo estrictamente previsible si, por ejemplo, el demandado obró con dolo.

El otro criterio relevante es la posición económica del demandado. En materia de remedios indemnizatorios, solo muy excepcionalmente se toma en cuenta la capacidad económica de quien causó el daño. Algunas legislaciones contemplan expresamente la reducción de la indemnización por razones de equidad,<sup>71</sup> pero en todo caso esta es improcedente cuando el agente obra con culpa grave o dolo —por coherencia con el criterio anterior referido al grado de responsabilidad—. Distinta es la situación de los daños punitivos, en los cuales tanto la gravedad de la conducta de quien causó el daño, como la situación económica privilegiada son criterios fundamentales para graduar la cuantía del remedio.<sup>72</sup>

Huelga aclarar que estos criterios no arrojarán de ninguna manera una cantidad exacta como indemnización, como tal vez sí podría hacerlo un cálculo actuarial en otro tipo de daños. Cualquiera sea el método que se utilice para cuantificar los daños morales, este enfrentará un problema de incommensurabilidad entre la intensidad del dolor emocional —o de la afectación inmaterial de que se trate— y la cantidad de dinero que se pretende transferir a la víctima a efectos de mitigar su daño o de compensar por aquello que no puede mitigarse. Por lo tanto, no debe esperarse que la teoría aporte una técnica para determinar con exactitud una cifra concreta, inobjetable, que sea reparadora o compensatoria para la víctima. Pese a cualquier esfuerzo por evitarlo, habrá divergencias razonables que deberán aceptarse simplemente porque en algún punto las personas juzgadoras tendrán que tomar decisiones. Así, ningún sistema brindará pautas para saber si una indemnización de \$500 000.00 es más apropiada que una de \$520 000.00 o una de

<sup>71</sup> V. *ibid.*, capítulo I, apartado II.3.E.

<sup>72</sup> V. *ibid.*, capítulo XI, *passim*.

\$480 000.00. Sin embargo, es probable que los criterios de cuantificación nos brinden elementos de crítica cuando las cifras sean excesivas o demasiado exiguas.

Estos criterios de cuantificación pretenden llamar la atención sobre los aspectos que han de incidir en cada caso para incrementar o disminuir el monto indemnizatorio. Observarlos o, mejor dicho, argumentar con base en ellos dará cierta uniformidad a las sentencias a lo largo del tiempo. En el siguiente apartado, se exponen otros criterios que se aplican en otras latitudes, pues algunos de ellos podrían servir también para nutrir la práctica jurídica mexicana, ampliando el conjunto de razones que justifican la cifra indemnizatoria concedida.

### 3. Criterios para cuantificar el daño moral en otras latitudes

Siguiendo a Juárez Ferrer,<sup>73</sup> vale la pena analizar tres sistemas de cuantificación: (i) cuantificación puramente discrecional de la jueza o el juez; (ii) utilización de precedentes judiciales; y (iii) cuantificación a través de placeres compensatorios. A estos sistemas añadiremos un cuarto: (iv) sistema de baremos legislativos. En lo que sigue, explicaremos cada uno de ellos.

#### A. Cuantificación puramente discrecional del juez

En este método —que según Martín Juárez es probablemente el más utilizado en Argentina— la persona juzgadora asigna una cantidad sin ofrecer explicaciones de cómo surge el monto al que arriba.<sup>74</sup> Este método —si es que puede considerarse que la mera decisión discrecional constituya genuinamente un método— tiene los siguientes problemas obvios: (i) imposibilita su revisión en segunda instancia; (ii) probablemente tiene una tendencia a consagrar graves arbitrariedades; y (iii) termina por generar inseguridad jurídica. Por estas razones, dejar plenamente en mano de los jueces esta cuestión parece una opción poco atractiva.

<sup>73</sup> Cf. Juárez Ferrer, “Cuantificación del daño moral por escalas”, en *Cuantificación del daño*, p. 303.

<sup>74</sup> *Id.*

## B. Precedentes judiciales

Este método se basa en una suerte de mandato para que las personas juzgadoras comparen el caso a decidir con otros resueltos en el pasado a fin de hacer *coherente* la indemnización con dichas sentencias. Con esto se busca alcanzar una igualdad horizontal.<sup>75</sup> Si a una persona cuya hija o hijo murió en un accidente se le otorgó una indemnización de \$10 000.000, sería incongruente concederle a otra que perdió a su mascota más de esa cantidad o negarle una cantidad similar —o concederle una muy superior— a una tercera persona cuyo caso comparta con el precedente un grado suficiente de propiedades relevantes. El sistema de cuantificación adoptado por la SCJN antes descrito probablemente esté basado en estas aspiraciones uniformadoras.

En nuestra opinión, este método también enfrenta dificultades importantes, entre ellas: (i) puede generar inequidades entre las indemnizaciones que se conceden en diferentes estados o circuitos; y (ii) el proceso de ajuste y corrección es lento y con ello pueden consagrarse injusticias sistemáticas derivadas de un conjunto inicial de decisiones que cuantifican de modo inapropiado —ya sea al alza o a la baja— el daño sufrido por la víctima.<sup>76</sup>

## C. Placeres compensatorios

El método de los placeres compensatorios fue implementado por la jurisprudencia argentina y recientemente receptado en el artículo 1741 del Código Civil y Comercial de ese país.<sup>77</sup> Su principal virtud es que permite responder la objeción de que el dinero —un bien instrumental— no puede contrarrestar el dolor emocional —un mal intrínseco—. Ante este desafío, el método de los placeres compensatorios asume que el dolor, que es un mal, puede ser compensado por un bien que pertenece a la misma categoría, el placer.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 304.

<sup>76</sup> Otras objeciones a este método pueden consultarse en Pizarro, *Daño Moral. Reparación, prevención y punición de las consecuencias no patrimoniales*, pp. 48 y ss.

<sup>77</sup> Código Civil y Comercial, art. 1741; Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. “[...] El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

La idea de que el dolor y el placer están íntimamente relacionados tiene una fuerte raigambre filosófica. La primera y contundente línea con que Jeremy Bentham abre su obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* es muy elocuente al respecto. Allí dice: “La naturaleza ha situado a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos, el *dolor* y el *placer*”.<sup>78</sup> El estado general de una persona, su bienestar, es la resultante de un balance entre las cosas que le causan placer y aquellas que le causan dolor. El dinero es capaz de generar placeres hasta cierto punto. Compensar dolores con placeres es una idea más plausible que la alternativa de entender que el dinero puede operar directamente en la reparación o compensación del dolor. Parece ser una sutileza, en tanto que si el dinero genera placer y el placer compensa el dolor, por carácter transitivo, el dinero compensa el dolor; esto no es así. Al incorporar el placer en la ecuación, debería ponerse de relieve que existen dolores emocionales reparables y dolores irreparables. El dolor reparable es aquel que puede ser mitigado mediante otras experiencias positivas y placenteras. Recién cuando uno puede imaginar qué clase de placer sería apropiado para reparar el tipo de dolor sufrido por la víctima, puede comenzar a preguntarse qué cantidad de dinero es necesaria para generar ese placer. Si la respuesta es que ningún placer puede reparar ese dolor, entonces, la respuesta jurídica apropiada no puede basarse en este método.<sup>79</sup>

Pese a todo, hay otra gran gama de casos de daños morales que sí son reparables. Piénsese en todos los supuestos de trato irrespetuoso en general, como las humillaciones, los insultos o el sometimiento negligente o doloso a situaciones estresantes y frustrantes. En la jurisprudencia argentina hay muchos casos de este tipo. En uno de ellos, la demandante había solicitado a su banco una tarjeta de crédito. Aunque nunca la recibió, sin notificarlo, el banco abrió una cuenta corriente para debitar los gastos. Al poco tiempo, la cuenta estuvo en rojo y comenzó a generar intereses. Finalmente, la clienta fue puesta en una lista de morosos. Una vez que advierte la situación, es sometida a una epopeya reclamatoria. Luego de años de esfuerzo y preocupación, y habiendo tenido que acudir a la vía judi-

<sup>78</sup> Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 1 (traducción propia, énfasis en el original).

<sup>79</sup> Cf. Papayannis, “Responsabilidad por el dolor causado...*cit.*”, p. 176.

cial, la demandante obtiene una indemnización por daño moral en segunda instancia.<sup>80</sup>

La condena por daño moral en estos casos parece resarcir el sufrimiento y la angustia padecidos. Al menos es imaginable una suma —más allá de la efectivamente otorgada— que sea realmente indemnizatoria, capaz de revertir el estado dañino de la víctima. Qué suma sea adecuada depende, entre otras cosas, de la intensidad del dolor padecido y de las condiciones particulares de la víctima. En ese caso, las personas juzgadoras consideraron que el dinero equivalente para cubrir el coste de un hospedaje de tres días en un hotel de lujo sería suficiente para esa víctima. De este modo se puede cuantificar el coste del placer necesario para compensar el dolor que quien juzga tiene ante sí. La idea de que las condiciones de la víctima, entre las que se cuenta su estado patrimonial, sean relevantes puede parecer controvertida. No obstante, es evidente que una persona rica obtendrá poco placer de una cantidad de dinero suficiente para comprarse un televisor justo antes del mundial de fútbol, pero una persona pobre puede que obtenga un enorme placer de esa misma cantidad. Si el propósito es generar el placer necesario para compensar el dolor padecido, la cantidad que se requiere en cada caso no puede prescindir del efecto que el dinero tiene en las personas y, dado el conocido fenómeno de la utilidad marginal decreciente, mientras menos recursos tenga la víctima más impacto tendrá el dinero en su bienestar.

Respecto a la aplicación de este método en México, debe tomarse en consideración lo sustentado en el Amparo Directo 30/2013, en el cual la SCJN resolvió que es inconstitucional tomar en cuenta la situación económica de la víctima para cuantificar el daño moral ya que “[l]a condición social de la víctima no incide, aumenta o disminuye, el dolor sufrido. Lo contrario llevaría a afirmar que una persona con mayores recursos sufre más la muerte de un hijo que una persona con menores recursos o, que una persona con bajos ingresos merece una mayor indemnización que una persona económicamente privilegiada”.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> V. entre muchos otros, Sala II de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, C., M. C. vs. *Banco de Galicia y Bs. As. S.A. s/ Nulidad de acto jurídico*, del 28 de agosto de 2014; la Ley del 08/10/14.

<sup>81</sup> SCJN, Amparo Directo 30/2013, pp. 107-108.

Ahora, en nuestra opinión, respecto de la *aplicabilidad* de este precedente a los *placeres compensatorios*, deben tenerse en cuenta dos cuestiones:

- La tesis de los placeres compensatorios solo tiene sentido, hemos argumentado, para casos de daños reparables. La corte parece estar pensando en daños severos e irreparables, dado que pone como ejemplo la pérdida de una hija o hijo; pero, una razón más fundamental es que;
- El método de los placeres compensatorios no presupone que el dolor sufrido por la víctima varía según la condición social; más bien, lo que se asume sobre la base de una teoría económica ampliamente aceptada en este punto es que el dinero genera *distinto grado de placer en las distintas personas*. Este último presupuesto no parece estar alcanzado por el precedente. Es una realidad empírica.

En este sentido, la conjugación de ambos argumentos arroja como resultado una tesis que difícilmente puede verse en contradicción con el Amparo Directo 30/2013; cuando un daño moral es reparable, un mismo tipo de dolor puede verse compensado por un determinado nivel de placer. Esos niveles de placer pueden ser generados a distintas personas con distintas cantidades de dinero. Lo que podría ser inconstitucional, en todo caso, es otorgar por el daño moral reparable idénticas cantidades aun cuando ellas resulten infra o sobrecompensatorias.<sup>82</sup>

#### D. Baremos legislativos

Este método requiere que el Poder Legislativo establezca de antemano las cantidades que corresponderán en concepto de daño moral. Este sistema ha sido adoptado, por ejemplo, en España en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma

---

<sup>82</sup> Lo que realmente preocupa aquí es que a fin de cuentas el método implica que los pobres son más fácilmente compensables que los ricos; pero ha de observarse que este problema también se presenta en el daño patrimonial, ya que sus bienes valen menos y, por lo tanto, compensar a una persona pobre cuesta menos que compensar a una persona rica —cf. Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, pp. 40, 51, 68-69. El derecho de daños, por sí mismo, es incapaz de resolver todos los efectos de las desigualdades sociales.

del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Los baremos favorecen ampliamente la sostenibilidad del sistema de seguros y, por lo tanto, contribuyen a garantizar la efectiva compensación de las víctimas. A la vez, promueven la seguridad jurídica, en tanto capacidad de prever las consecuencias del normal funcionamiento del sistema jurídico y en tanto protección de los derechos individuales. Ahora bien, estas legislaciones suelen requerir tanto un considerable desarrollo técnico para establecer el cálculo de la multiplicidad de daños que pueden llegar a los tribunales, como un esfuerzo importante para conciliar los intereses de las víctimas con los de otros agentes implicados, como las compañías de seguros.<sup>83</sup>

En México no existe una normativa semejante y sería deseable que la legislación la sancionase en algún momento, sobre todo en lo que hace al daño moral derivado de afectaciones a derechos como la vida y la integridad corporal. Pese a todo, los principios que deben inspirar al sistema pueden servir de pauta, con amplio margen de vaguedad, por cierto, para que las personas juzgadoras determinen una indemnización razonable por daño moral irreparable. Ni el baremo, ni la jueza o el juez al intentar establecer la compensación relevante, debería tener en miras la ilusión de la indemnización justa, porque por hipótesis no estamos en un supuesto de daño moral reparable. Ante el daño irreparable solo es posible compensar por aquello que no se puede reparar. La idea, según dijimos más arriba, es dotar a la víctima con una cantidad de recursos razonable para reconfigurar su nueva vida. De ordinario, cualquiera sea el modo en que la víctima decida reorientarse encontrará útil una cierta cantidad de recursos materiales.

En esa línea, al fijarse la cuantificación debe procurarse que las cantidades concedidas (i) supongan una dotación significativa que refleje la gravedad del daño sufrido, (ii) tengan la entidad suficiente para servir a la persona a rediseñar su nueva vida y, (iii) garanticen la viabilidad del sistema de responsabilidad civil. Conviene reiterar que este método no tiene por qué extenderse a todos los casos

---

<sup>83</sup> V. sobre el baremo en España, Martín-Casals, “La triple racionalización del nuevo sistema español de valoración del daño corporal o ‘baremo’”, en *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*.

de daño moral, sino solo al irreparable, donde la idea de otorgar cifras acordadas convencionalmente, en el sentido de que no hay una cifra que constituya una respuesta correcta ante el daño emocional causado no es tan problemática. El resto de los criterios, como los utilizados por la SCJN o el método de los placeres compensatorios, podrían seguir vigentes para todos aquellos supuestos no regulados expresamente en la ley.<sup>84</sup>

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la SCJN ha declarado la inconstitucionalidad de varias disposiciones legales que establecían montos máximos para la indemnización. El asunto se discutió por primera vez en el Amparo Directo en Revisión 1068/2011. Allí se estudió la constitucionalidad del artículo 62 de la Ley de Aviación Civil el cual limitaba la responsabilidad de los concesionarios de transporte aéreo frente a los pasajeros al triple de lo previsto en el artículo 1915 del Código Civil Federal,<sup>85</sup> lo cual en ese momento correspondía a \$553 581.00. La Primera Sala argumentó que el derecho a una justa indemnización suponía que una norma que impidiese el acceso a una reparación integral debía ser (i) admisible dentro del ámbito constitucional; (ii) necesario; y (iii) proporcional. Según la corte, dicho tope no cumplía con ese estándar porque

---

<sup>84</sup> Cf. sobre la necesidad de contar con métodos distintos para tratar el daño moral reparable y el irreparable, Papayannis, “Responsabilidad por el dolor causado...*cit.*”, p. 188.

<sup>85</sup> Ley de Aviación Civil, art. 62. “Para los daños a pasajeros, el derecho a percibir indemnizaciones se sujetará a lo dispuesto por el artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, salvo por lo que se refiere al monto que será el triple de lo previsto en dicho artículo. Para la prelación en el pago de las indemnizaciones, se estará a lo dispuesto en el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo”.

Código Civil Federal, art. 1915:

Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.

*no persigue una finalidad constitucionalmente válida*, puesto que no contribuye a la mejora en el servicio, a la eficiencia o la competitividad, tampoco actualiza el marco jurídico conforme a la regulación internacional, no persigue la seguridad de los pasajeros, ni el equilibrio en beneficio del público usuario, solo contribuye a la falta de cuidado e irresponsabilidad de los concesionarios y de sus dependientes y empleados, puesto que les asegura una limitación en su responsabilidad, independientemente de su conducta y de los daños causados, en detrimento de la integridad física y de la salud de los pasajeros.<sup>86</sup>

Este precedente, por sí solo, no implica la inconstitucionalidad de cualquier baremo, ya que sería posible construir un esquema compensatorio que satisfaga estos criterios. Para ello, debería estar justificado por la necesidad de perseguir algún valor constitucionalmente protegido y debería ser preciso en cuanto a su aplicación, lo cual tratándose de daños morales irreparables parece ser siempre el caso.

Aun así, posteriormente, la propia corte ha entendido que su criterio es que “el derecho a la reparación integral no es compatible con la existencia de topes, tarifas o montos máximos que impidan que la cuantificación de una indemnización atienda a las características específicas de cada caso”.<sup>87</sup>

Si esa afirmación se toma de manera literal, cualquier sistema de baremos sería inconstitucional y dejaría de ser un mecanismo disponible para el Poder Legislativo mexicano. No obstante, los sistemas de baremos no son simples límites a la indemnización. Establecen a veces pisos mínimos y topes máximos atendiendo precisamente a las particularidades del caso. Lo hacen mediante distintos indicadores. Por ejemplo, en el caso de la muerte de una hija o un hijo, se tiene en cuenta la edad de la persona fallecida, si tenía hermanas, hermanos o no, etcétera. Incluso tratándose de un baremo con suficiente amplitud —a efectos de compensar a los diversos tipos de víctimas— si alguien piensa que este, en sí mismo, atenta contra el principio de reparación integral, simplemente se está olvidando

<sup>86</sup> SCJN, Amparo Directo en Revisión 1068/2011, p. 83.

<sup>87</sup> SCJN, Amparo Directo en Revisión 5826/2015, p. 30; lo cual se repite también en el Amparo Directo en Revisión 5490/2016.

de que el problema que enfrentamos es el del daño moral irreparable, respecto del cual, por definición, no existe un criterio para evaluar si se satisface la reparación integral. No se trata de reparar, sino de compensar razonablemente aquel daño que no puede ser integralmente reparado.

Por lo tanto, consideramos que un encuadre correcto del problema del daño moral irreparable permite justificar el uso de un baremo legislativo, siempre que satisfaga los criterios enunciados por la SCJN en el Amparo Directo en Revisión 1068/2011.

## VII. El daño al honor

El daño al honor tiene la particularidad de que con frecuencia —aunque no siempre— entra en tensión con la libertad de expresión. Ello es así ya que el contexto de la publicación de información, ideas y opiniones es propicio para la generación de este tipo de daños. En este sentido, la SCJN ha realizado ajustes y modificaciones a las reglas que rigen el derecho de daños para conciliar los derechos de las partes. Además, en la Ciudad de México, la reparación de esta clase de daño no se rige por las reglas generales del Código Civil, sino que está regulada en la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal —actualmente Ciudad de México—.

Doctrinalmente se entiende que el daño al honor comprende afectaciones a la intimidad —o vida privada—, honor en sentido estricto y propia imagen. Para exponer las reglas jurisprudenciales que ha desarrollado la SCJN distinguiremos entre: (i) casos de inexactitud fáctica que afecta el honor; (ii) casos en que se afecta la vida privada o la intimidad; y (iii) las opiniones o juicios de valor. No se trata de categorías que pretendan agotar todas las afectaciones posibles de este derecho, ni arrojar luz sobre las características esenciales del daño al honor. Simplemente nos parece una clasificación útil para analizar la doctrina de este tribunal sobre el tema.

## 1. Inexactitud fáctica que afecta el honor

Según la SCJN, el honor comprende el concepto que la persona tiene de sí misma y el que los demás se han formado de ella, en virtud de su proceder o de la expresión de su calidad ética y social.<sup>88</sup> Por lo tanto, el derecho al honor protege la forma en la que nos proyectamos y se nos *reconoce* en sociedad. Su vulneración se produce, entonces, cuando se cuestiona nuestra dignidad o se difunde una imagen distorsionada de nuestra persona. De ahí la relevancia de las afirmaciones falsas. Si se publicaran infundios sobre Axileas y, por ejemplo, se le señalara incorrectamente como autor de un delito o de una falta moral grave, su consideración social quedaría distorsionada; en los casos más severos, la persona podría ser estigmatizada, lo que condicionaría sus interacciones con otros, situándolo en una posición desaventajada. En consecuencia, sus perspectivas de integración se reducirían notablemente.

Es evidente que la difusión de informaciones ciertas que se refieren a temas de interés público —como se verá más adelante— no deben dar lugar a responsabilidad.<sup>89</sup> No obstante, las afirmaciones incorrectas también *pueden* estar amparadas por la libertad de expresión. Así, aunque los reportajes con contenido falso pueden afectar el honor, una responsabilidad demasiado amplia por esa afectación supondría un gravamen excesivo sobre la libertad de expresión. En este sentido, la Primera Sala ha sostenido que la Constitución protege la información “veraz”, entendiendo por ello la información que se obtiene mediante un *razonable* ejercicio de investigación y comprobación encaminado a determinar si lo que quiere difundirse tiene suficiente asiento en la realidad.<sup>90</sup> No se exige infalibilidad, sino una diligencia razonable.

Como es habitual en el derecho comparado, existe una excepción a esta regla general de diligencia razonable cuando la información se refiere a *personas con proyección pública*. En el Amparo Directo 28/2010 se sostuvo que las personas

<sup>88</sup> SCJN, Amparo Directo 28/2010, p. 59.

<sup>89</sup> Cf. Bianchi y Gulco, *El Derecho a la libre expresión: análisis de fallos nacionales y extranjeros*, pp. 130-131.

<sup>90</sup> SCJN, Amparo Directo en Revisión 2044/2008, p. 32.

que se dedican a actividades públicas o que desempeñan una función relevante en una sociedad democrática deben tolerar una mayor intromisión en su derecho al honor. Por ello, cuando la información se refiera a personas servidoras públicas —funcionarias o personas que ostentan un cargo público—, para que se incurra en responsabilidad civil, es necesario que la persona demandada haya obrado con “malicia efectiva”.<sup>91</sup>

El concepto de *malicia efectiva* fue popularizado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en *New York Times vs. Sullivan*.<sup>92</sup> El caso derivó de una nota publicada por el New York Times en el que se reportaban los atropellos que algunos alumnos negros habían sufrido en el *Alabama State College*, el cual contenía varias imprecisiones —no se había cerrado todo el comedor, no se les había prohibido comer a los estudiantes en la cafetería por su manifestación sino por otras razones, no habían arrestado a Martin Luther King siete veces sino cuatro, etcétera—; razón por la cual L.B. Sullivan, quien era comisionado de Montgomery y encargado de la policía de esa ciudad, demandó al periódico al estimar que la nota afectaba su honor.

Conforme con la ley aplicable en Alabama, una publicación era difamatoria contra una persona funcionaria pública si esta le imputaba una mala conducta. La única defensa que tenían los demandados era demostrar que las afirmaciones eran verdaderas.<sup>93</sup> La Suprema Corte de ese país consideró que esa regla violaba la libertad de expresión, ya que inhibía un debate sobre cuestiones públicas y el quehacer de las y los funcionarios, por lo que estimó que, para que cediera la libertad de expresión, era necesario que el actor demostrara que las aseveraciones se habían realizado “con *malicia efectiva*, esto es, con el conocimiento de que [la información] era falsa o con un temerario desinterés [*reckless disregard*] por su veracidad”.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> SCJN, Amparo Directo 28/2010.

<sup>92</sup> *New York Times vs. Sullivan*, 376 US 254 (1964).

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>94</sup> *Ibid.*, pp. 280-281.

Se ha explicado con algún detalle esta sentencia para enfatizar que, en los Estados Unidos, el estándar de malicia efectiva establece para que proceda la reparación del daño al honor que se haya actuado con dolo o, alternativamente, con un temerario desinterés por la verdad.

El traslado de este estándar de diligencia/responsabilidad al derecho mexicano ha sufrido algunas alteraciones que podrían dar lugar a confusiones y que, por ello, conviene explicar. La Ley de Responsabilidad Civil Para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en [la Ciudad de México] regula la responsabilidad civil por afectación al honor según las víctimas sean: servidoras públicas —artículo 30—, figuras públicas —artículo 31— o particulares —artículo 32—. Se reproduce el articulado porque es importante para entender los inconvenientes que surgen de su redacción:

**Artículo 30.-** Los servidores públicos afectados en su patrimonio moral por opiniones y/o informaciones, conforme al artículo 33 de la ley, difundidas a través de los medios de comunicación e información, deberán probar la existencia de la malicia efectiva demostrando:

- I. Que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad;
- II. Que la información fue difundida con total despreocupación sobre si era falsa o no; y
- III. Que se hizo con el único propósito de dañar.

**Artículo 31.-** En el caso de las figuras públicas, la acción procederá siempre y cuando se pruebe la fracción I del artículo anterior.

**Artículo 32.-** En los demás casos bastará que se demuestre la negligencia inexcusable del demandado.

La SCJN en el Amparo Directo 28/2010 sostuvo que: “El estándar de ‘real malicia’ requiere, para la existencia de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, *que hayan sido expresados con la intención de dañar,*

para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención”.<sup>95</sup> Posteriormente, aplicando el artículo 30 de la ley, sostuvo que la condena por el daño moral causado a personas servidoras públicas requiere mostrar que la información se publicó: (i) a sabiendas de su falsedad; (ii) con total despreocupación sobre su veracidad; y (iii) con el único propósito de dañar. Debe observarse que los requisitos están enunciados como si fuesen copulativos y no alternativos, de tal forma que deben concurrir las tres condiciones y no solo una de ellas.

Es evidente que las condiciones (i) y (ii) no cazan bien como requisitos independientes. Ello en la medida en que toda persona que difunda información a sabiendas de su falsedad obra necesariamente con despreocupación por su veracidad. Por esa razón, el Amparo Directo 3/2011 interpretó los requisitos (i) y (ii) como una disyunción y reformuló el estándar de la malicia efectiva para que procediera la condena siempre que: (i) la información fuera publicada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación sobre su veracidad; y (ii) que la difusión se haya hecho con el único propósito de dañar.<sup>96</sup>

De esta manera, la SCJN ofrece una formulación más elegante que soluciona la falta de independencia entre las condiciones (i) y (ii) pero, para el caso de daño moral causado a personas servidoras públicas, todavía requiere la demostración de que la difusión se hizo *con el único propósito de dañar*. Esto eleva considerablemente el estándar establecido en *New York Times vs. Sullivan*, que de por sí ya es bastante favorable a la libertad de expresión e información. En efecto, la prueba de que el demandado actuó con la sola intención de dañar supone descartar cualquier otra motivación para publicar una información que se sabe falsa. Esto complica mucho las cosas porque a menudo podrá construirse otra explicación para haber difundido esa información. No es descabellado asumir que los medios obran en general inspirados por el principal propósito de incrementar la venta de ejemplares de su periódico o que, dado que todos los medios lo estaban

<sup>95</sup> SCJN, Amparo Directo 28/2010, p. 76.

<sup>96</sup> SCJN, Amparo Directo 3/2011, p. 100.

por publicar, la persona demandada solo pretendía publicarlo primero. De ahí que el estándar resultante de la ley, luego de la interpretación de la corte, puede conducir a una virtual ausencia de responsabilidad por la publicación de *información que se sabe falsa*, cuando esta se refiere a personas servidoras públicas. La conveniencia de un estándar tan exigente, como se verá más adelante, es dudosa.

Distinta es la cuestión cuando se trata de figuras con trascendencia pública o social que no ostentan un cargo público. En términos del Amparo Directo 6/2009, estas personas son:

[aquellas] que, por ciertas circunstancias, que pueden ser de índole personal o familiar, social, cultural, artística, deportiva, etcétera, son públicamente conocidas o de notoriedad pública y, por ende, pueden denominarse `personajes públicos´ y que, derivado de dicha notoriedad, tienen injerencia, influencia o generan un interés legítimo en la vida comunitaria de conocer de información relacionada con dichas personas.

En estos casos, la mencionada ley hace depender la responsabilidad civil de que la información haya sido difundida a sabiendas de su falsedad. La misma interpretación se realiza en el Amparo Directo 3/2011.

Finalmente, para el resto de los casos —es decir, de personas que no son ni servidoras públicas, ni personas de trascendencia pública—, el artículo 32 de la ley dispone que, a fin de obtener una reparación, basta con mostrar la negligencia inexcusable de la persona demandada.

Sistematizando los materiales jurídicos reseñados, puede afirmarse que se establece una relación coherente entre los tres estándares de diligencia/responsabilidad formulados y las tres categorías de personas cuyo honor se intenta proteger, puesto que se correlaciona el estándar que exige conductas más graves a efectos de la responsabilidad civil con la categoría de personas que goza de menor protección.

Víctima	Conducta que genera responsabilidad civil
Servidoras públicas	Difundir información que se sabe falsa —o respecto de la cual se tiene una total indiferencia sobre su veracidad— con la única intención de dañar
Figuras públicas	Difundir información a sabiendas de su falsedad
Particulares	Difundir información obtenida con negligencia inexcusable

Nótese que, del lado de las víctimas, ellas están ordenadas desde las que gozan menor protección hacia quienes gozan de mayor protección. En cuanto a las conductas que generan responsabilidad, van desde las más graves hacia las más leves. Así, los particulares gozan de la protección más amplia, puesto que para ellos el derecho a la indemnización nace con la mera omisión de las diligencias razonables en la obtención y contraste de la información, si concurren el resto de los presupuestos de la responsabilidad. *A fortiori*, también tendrán derecho si la conducta del medio es más grave. Las figuras públicas, en cambio, no están protegidas contra la mera conducta negligente. Su derecho a ser indemnizadas depende de que el medio haya publicado la información a sabiendas de su falsedad. Por último, las y los servidores públicos no están protegidos ni siquiera cuando se prueba que el medio difundió información falsa a sabiendas de que era falsa. Para ellos, el derecho a ser indemnizado depende, además, de que la publicación haya estado motivada por el único propósito de dañar a la víctima.

Como se anticipó más arriba, tenemos dudas sobre la conveniencia del estándar aplicable al caso de los servidores públicos. La casi nula protección de las personas servidoras públicas no solo permite vulneraciones de su derecho al honor, sino que es probable que sea incompatible con un adecuado ejercicio de la libertad de expresión e información, fundamental en nuestros sistemas democráticos. Las dificultades para responsabilizar a quien difunde información falsa a sabiendas de su falsedad pueden favorecer que mediante falsedades se desplacen a buenas personas funcionarias. Aunque es cierto que las personas servidoras públicas deben tolerar aún más las afectaciones al honor que las figuras públicas, también es cierto que *el derecho a difundir falsedades a sabiendas de que lo son* no

resguarda ningún valor digno de tutela jurídica y, probablemente, contribuye a la degradación de los sistemas democráticos.

## 2. Afectación a la vida privada o a la intimidad

La intimidad exige que haya ciertos ámbitos de nuestra vida que no sean del conocimiento público. Es un derecho conectado con la autonomía, ya que los estándares de comportamiento público son diferentes de los que rigen nuestros ámbitos privado y familiar. La invasión de la intimidad nos expone públicamente de una manera inapropiada. Si estas intromisiones estuviesen permitidas, entonces, perderíamos la libertad de determinar nuestra vida privada del modo que consideremos conveniente. Esto último es de capital importancia en una sociedad liberal.

Sin embargo, como ya se dijo, dichas intromisiones también están amparadas en algún grado por la libertad de expresión e información, por lo que también se han desarrollado estándares para resolver esta tensión. Puede haber casos en los que se reporten elementos de la vida privada y que dicha conducta se encuentre *justificada*. En ese sentido, en el Amparo Directo 3/2011 se sostuvo que el *interés público* es el criterio que puede justificar la legitimidad de una invasión a la vida privada.<sup>97</sup> Dicho de otra manera, el interés público elimina el carácter ilícito de la intromisión en la intimidad.

No obstante, según ese precedente y el Amparo Directo 24/2016 existe un problema para definir qué es de interés público. Existe aquí una ambigüedad bien conocida. Una aproximación *descriptiva* —o sociológica— entiende que es de interés público aquello que de hecho interesa a la mayoría de personas en la sociedad; en contraste, una aproximación *valorativa* sostiene que es de interés público lo que *debería* interesarle a la sociedad, es decir, aquellas cuestiones sobre las cuales existen razones de peso para que la sociedad esté informada.

---

<sup>97</sup> SCJN, Amparo Directo 3/2011, p. 84.

Según la SCJN ambos extremos son insatisfactorios, por lo que se adoptó una posición *intermedia* entre ambos; según la cual “una información se vuelve de interés público cuando miembros de la comunidad [sic.] pueden justificar razonablemente un interés legítimo en su conocimiento y difusión [...]”. Siguiendo luego al Tribunal Constitucional español, se afirma que “una información es de interés público cuando versa sobre hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva” (STC, 105/1983, fundamento jurídico 11).<sup>98</sup>

Finalmente, el Amparo Directo 6/2009 descarta que “la curiosidad o el interés morboso” encuentre cabida en la noción de “asuntos de interés general”, al distinguir nítidamente entre interés público e interés *del* público —lo que al público interesa de hecho—. En definitiva, la posición intermedia implica que no basta con mostrar que el público consume ese tipo de información, sino que se requiere argumentar que tiene un interés *legítimo* en obtenerla, pues de lo contrario sería un mero interés morboso. Ello implica que la intromisión sobre una cuestión que no tiene interés en el público no puede justificarse alegando meramente que el público debería tenerlo. De ahí que la posición sea intermedia, ya que conforme con la SCJN el interés real de la comunidad es un elemento necesario, pero no suficiente para justificar la intromisión en la intimidad.

Por otra parte, se ha dicho que el interés público puede ser *directo* o *indirecto*. En el primer caso el interés se determina por el *contenido* de la información que se relaciona con el ámbito por el cual una persona es conocida. Esto ocurre, por ejemplo, con el periodismo de espectáculos o deportivo. Las imágenes e informaciones de figuras artísticas y deportistas en lugares públicos, espacios privados de acceso público —como cines y teatros—, o en eventos privados de interés público —como las entregas de premios o conferencias— son de interés público directo. No existe en estos casos una expectativa justificada de privacidad.<sup>99</sup> En cambio, el interés público es indirecto cuando la información o imagen difundida tiene una *conexión* o *relación* con la actividad profesional de la persona afectada.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> SCJN, Amparo Directo 6/2009, p. 79; y Amparo Directo 24/2016, p. 35.

<sup>99</sup> SCJN, Amparo Directo 3/2011, p. 89; y Amparo Directo 24/2016, p. 38.

<sup>100</sup> SCJN, Amparo Directo 3/2011, p. 89; y Amparo Directo 24/2016, p. 39.

La doctrina constitucional también ha reconocido que los periodistas deben tener un *margen de apreciación* al determinar si cierta información es o no de interés público.<sup>101</sup>

Naturalmente, para que la conducta sea lícita, la invasión a la intimidad debe ser *proporcional* al interés público de la información.<sup>102</sup> Una intromisión muy grave a la intimidad no se justificaría si el interés público en la información es muy bajo.

Por último, también en esta categoría de casos se ha sostenido que las *personas con proyección pública* deben tolerar una mayor intromisión en su intimidad. De ello se sigue que resulta aplicable el *estándar de malicia efectiva* antes referido.<sup>103</sup> Sin embargo, añade la SCJN, el hecho de que el requisito de veracidad de la información no resulte aplicable cuando se trata de invasiones a la vida privada, hace que el criterio de imputación de la malicia efectiva deba ser adaptado. El ajuste que realiza la corte consiste en exigir que la intromisión en la intimidad tenga el único propósito de dañar.<sup>104</sup>

### 3. Las opiniones o juicios de valor

Las opiniones suponen un problema interesante. Por una parte, están protegidas por la libertad de expresión y, por la otra, pueden causar daños morales. Así, la denigración de una persona por su raza, la religión que profesa o su orientación sexual, implica desconocer su dignidad, lo cual afecta su honor y su reconocimiento pleno como una persona con igual valor. Ahora bien, las opiniones no son ni verdaderas, ni falsas, razón por la cual no pueden estar sometidas al estándar de “veracidad” antes referido. En una sociedad democrática cada quien puede expresar su opinión, porque el debate público se nutre de ellas. Nos enriquecemos recíprocamente cuando podemos intercambiar puntos de vista y cada uno puede contrastar sus opiniones con las de los demás, sin mayores restricciones. De ahí la dificultad en lograr un equilibrio con el derecho al honor.

<sup>101</sup> SCJN, Amparo Directo 3/2011, p. 89; y Amparo Directo 24/2016, p. 40.

<sup>102</sup> SCJN, Amparo Directo 3/2011, p. 91.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>104</sup> *Ibid.*, pp. 102-103. La SCJN, en realidad, simplemente expresa que el requisito de veracidad ya no es aplicable, de lo cual se infiere que la intención de dañar es el único elemento que queda en pie.

En el debate público real, no obstante, difícilmente nos encontramos ante opiniones o afirmaciones de hechos en estado puro. En este sentido, la Primera Sala de la SCJN ha afirmado que para determinar si una expresión constituye una información o una opinión debe atenderse a si el elemento fáctico o el valorativo es predominante.<sup>105</sup>

Aun así, existen límites a las opiniones. En el Amparo Directo 28/2010 y el Amparo Directo en Revisión 2806/2012 se sostuvo que *las expresiones absolutamente vejatorias* no están protegidas por la libertad de expresión. Dichas expresiones fueron conceptualizadas como: (i) aquellas ofensivas u oprobiosas, según el contexto; e (ii) impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado. Ciertamente se trata de un concepto muy abierto que deja a las personas juzgadoras un margen de discreción para valorar qué tipo de opiniones no estarían protegidas por la libertad de expresión.

Al igual que en el resto de los casos, las personas con proyección pública deben tolerar una mayor afectación de su honor, por lo que deben soportar expresiones más ofensivas que el resto de la población.

El otro límite a las opiniones es el discurso de odio. En el Amparo Directo en Revisión 2806/2012 se sostuvo que dicho discurso deliberadamente genera el ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos en situación de vulnerabilidad. Asimismo, se argumentó que ese discurso genera un clima de hostilidad hacia los grupos minoritarios. En concreto, en el Amparo Directo en Revisión 2806/2012 se consideró que las expresiones homófobas no están protegidas por la libertad de expresión.

Como siempre, es importante resaltar que para que proceda la indemnización no es suficiente con que se demuestre que el hecho es *ilícito* —esto es, que se emitió excediendo los límites de la libertad de expresión y afectando el honor—, sino que también es necesario que se acrediten los demás elementos de la responsabilidad civil.

---

<sup>105</sup> Cf. en este sentido, SCJN, Amparo Directo 3/2011, p. 79.

## Bibliografía

- Alpa, G., *La Responsabilità Civile. Parte generale*, Utet Giuridica, Turin, 2010.  
Citado por la traducción de Moreno More, C., *La responsabilidad civil. Parte general*, tomo 2, Ediciones Legales, Lima, 2016.
- Barrientos Zamorano, M., “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, *Revista Chilena de Derecho*, 35(1), 2008, pp. 85-106.
- Barros Bourie, E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020.
- Bauman, John H., “Emotional Distress Damages and the Tort of Insurance Bad Faith”, *Drake Law Review*, núm. 717, 1998.
- Bianchi, E.T. y Gullco H., *El Derecho a la libre expresión: análisis de fallos nacionales y extranjeros*, Librería Editorial Platense, La Plata, 1997.
- Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1789.
- Coleman, J., *Risks and Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 1992.
- Crump, D., “Evaluating Independent Torts Based upon Intentional or Negligent Infliction of Emotional Distress”, *Arizona Law Review*, 1992, pp. 34, 439.
- De Vignemont, F., “Can I See Your Pain? An Evaluative Model of Pain Perception”, en Corns, J. (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Pain*, Routledge, Londres-Nueva York, 2017, pp. 255-265.
- Diez Schwerter, J.L., *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- Diez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_, *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Madrid, 1998.

Endicott, T., “Raz on Gaps-the Surprising Part”, en Meyer, L., Paulson, S., and Pogge, T. (coords.), *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

\_\_\_\_\_, “Proportionality and Incommensurability”, en Huscroft, Miller, B., and Webber, G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 311-342.

Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Tercera edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.

Gardner, J., *From Personal Life to Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Goldberg, J.C.P. y Zipursky, B. C., “Unrealized Torts”, *Virginia Law Review*, vol. 88, núm. 8, 2002, pp. 1625-1719.

Givelber, D., “The Right to Minimum Social Decency and the Limits of Evenhandedness: Intentional Infliction of Emotional Distress by Outrageous Conduct”, *Columbia Law Review*, vol. 82, núm. 1, 1936, pp. 42-75.

González Lagier, D., *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

Hershovitz, S., “Corrective Justice for Civil Recourse Theorists”, *Florida State University Law Review*, 39, 2011, 107-128.

Juárez Ferrer, M., “Cuantificación del daño moral por escalas”, en Juárez Ferrer, M. (ed.), *Cuantificación del daño*, Parte General, La Ley, Buenos Aires, 2017.

Keating, G. C., “The Ambiguous Standing of Suffering in Negligence Law” en Austin, S. (coord.), *Knowing the Suffering of Others*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2014.

Keren-Paz, T., *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Ashgate, Hampshire, 2007.

Kontorovich, E., “The Mitigation of Emotional Distress Damages”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 68, núm. 2, 2001, pp. 491-520.

Lazar, S. R. M., “Corrective Justice and the Possibility of Rectification”, *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 11, núm. 4, 2008, pp. 355-368.

Martín-Casals, M., y Solé, J., “El daño moral”, en Cámara Lapuente, S. (Coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 857-881.

Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J., “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. II, 2011, pp. 503-561.

Martín-Casals, M., “Categorías de perjudicados por muerte en el nuevo baremo: familiares nominados, allegados y perjudicados por analogía”, en Prats Albentosa, L. & Tomás Martínez, G. (coords.), *Culpa y responsabilidad*, Aranzadi, Madrid, 2017.

\_\_\_\_\_, “La triple racionalización del nuevo sistema español de valoración del daño corporal o “baremo””, en Dias Pereira, A.G, Albuquerque Matos, F.M., Barceló Doménech, J., y Rosenvald, N. (coords.), *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, 2021, pp. 341-361.

\_\_\_\_\_, “¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión optima”, *Responsabilidad civil y seguros*, XIV (5), 2012, pp. 55-100.

Papayannis, D. M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.

\_\_\_\_\_, *El derecho privado como cuestión pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

\_\_\_\_\_, “Responsabilidad por el Dolor Causado y Sufrido” en García Amado, J.A. y Papayannis, D.M. (eds.), *Dañar, Incumplir y Reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*, Palestra, Lima, 2020.

\_\_\_\_\_, “¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?”, en Fernández Blanco, C. & Pereira Fredes, E. A. (eds.), *Derecho y pobreza*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2021, pp. 81-128.

Pearson, R.N., “Negligent Inflicted Emotional Harm-A Comment on the Nature of Arbitrary Rules”, *University of Florida Law Review*, vol. 34, núm. 477, 1982.

Pino Emhart, A., “The Value of Apologies in Law and Morality”, *REI. Revista Estudos Institucionais*, 6(3), 2020, pp. 1396-1416.

Pizarro, R. D., *Tratado de la responsabilidad objetiva*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

\_\_\_\_\_, *Daño Moral. Reparación, prevención y punición de las consecuencias no patrimoniales*. 3ra ed. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021.

Rabin, R. L., “Emotional Distress in Tort Law: Themes of Constraint”, *Wake Forest Law Review*, vol. 44, núm. 1197, 2009.

Radin, M.J., “Compensation and Commensurability”, *Duke Law Journal*, vol. 43, núm. 1, 1993, pp. 56-86.

Ripstein, A., *Private Wrongs*, Harvard University Press, Cambridge, 2016.

Schuurman, A. y Sinel, Z., “Matter over Mind: Tort Law’s Treatment of Emotional Injury”, en Barker, K, Fairweather, K y Grantham, R. (eds.), *Private Law in the 21st Century*, Hart Publishing, Oxford, 2018.

Shavell, S., “Liability for Accidents”, en Polinsky, A. M y Shavell, S. (eds), *Handbook of Law and Economics*, vol. 1. Elsevier, Amsterdam, 2007, pp. 139-182.

Stapleton, J., “Uncertain Causes: asbestos in UK courts”, en Martín-Casals, M. & Papayannis, D.M., *Uncertain Causation in Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Taruffo, M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milán, 1992. Citado por la traducción de Ferrer Beltrán, J., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2005.

Taruffo, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Latenza, Bari, 2009. Citado por la traducción de Accatino, D., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.

Vargas Tinoco, A., “El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención”, en Papayannis, D.M. & Pereira Fredes, E. (eds.), *Filosofía del Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 327-358.

\_\_\_\_\_, “Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado”, en García Amado, J.A. & Papayannis, D.M. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado*, Palestra Editores, Lima, 2020, pp. 57-106.

Vázquez Rojas, C. (ed.), *Manual de prueba pericial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

Visintini, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 2005.

Von Bar, C. y Drobnig, U., *The Interaction of Contract Law And Tort And Property Law in Europe. A Comparative Study*, Sellier, Múnich, 2004.

## Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Amparo Directo 6/2009.

Amparo Directo 28/2010.

Amparo Directo 3/2011.

Amparo Directo 8/2012.

Amparo Directo 30/2013.

Amparo Directo 31/2013.

Amparo Directo 35/2014.

Amparo Directo 40/2015.

Amparo Directo 24/2016.

Amparo Directo 13/2017.

Amparo Directo en Revisión 1068/2011.

Amparo Directo en Revisión 2806/2012.

Amparo Directo en Revisión 5490/2016.

## Suprema Corte de Apelaciones Sudafricana

*Rosina Mankone Komape vs. Minister of Basic Education* (754/2018 y 1051/2018).

## Tribunal Supremo de Australia

*Tame vs. New South Wales* [2002] HCA 35.

## Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica

*New York Times vs. Sullivan*, 376 US 254 (1964).



## La dimensión sancionadora del derecho de daños. Los daños punitivos

María Guadalupe Martínez Alles\*

\* Doctora en derecho por la Universidad de Yale. Profesora a tiempo completo en IE University de Madrid. Todas las traducciones del inglés fueron realizadas por la autora.

**La dimensión sancionadora del derecho de daños. Los daños punitivos.** I. Introducción; II. Fisonomía del debate teórico en torno al moderno derecho de daños; III. Derecho de daños y sanción; IV. Deslinde conceptual entre sanción y compensación; V. Deslinde conceptual entre sanción y disuasión; VI. Aristas de diseño institucional; VII. Conclusión.

## I. Introducción

En la tradición continental moderna se ha activado la discusión sobre la función sancionadora del derecho de daños en las últimas décadas, junto con los intensos debates sobre la (in)conveniencia de incorporar la figura de los daños punitivos y su (in)compatibilidad con los sistemas de responsabilidad civil existentes.<sup>1</sup> La respuesta general ha sido más bien de resistencia a la figura y, a medida que la discusión ha ido avanzando, se han ensayado argumentos de distinta índole para intentar justificar su rechazo.

Uno de los principales argumentos en contra del daño punitivo esgrime que la naturaleza eminentemente sancionatoria del mismo es propia del derecho penal y que, por ende, resulta ajena al sistema de responsabilidad civil.<sup>2</sup> El rechazo se fundamenta en que los daños punitivos importan un apartamiento del tradicional

---

<sup>1</sup> V. Meurkens y Nordin, *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*. En esta compilación sobre los daños punitivos en el derecho europeo, se hace evidente cómo la (in)compatibilidad con los sistemas de responsabilidad civil existentes es la disputa que más se destaca en los debates sobre su incorporación en el derecho de daños continental moderno.

<sup>2</sup> Cf. Beaver, "The structure of aggravated and exemplary damages", en *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 87-100. De acuerdo con Beaver, los daños punitivos —o ejemplares— deberían ser abolidos, ya que se encuentran en grave tensión con la naturaleza de la responsabilidad civil.

principio rectificatorio propio de la responsabilidad civil; según el cual la indemnización no debe exceder el daño causado y la persona juzgadora no debe considerar la gravedad de la conducta de la persona agente causante del daño a la hora de determinar la cuantía de la indemnización.<sup>3</sup> Así, se ha entendido que la recepción de los daños punitivos en el derecho privado provoca más disfuncionalidades que soluciones reales al “mezclar ridículamente lo civil con lo penal y lo administrativo”,<sup>4</sup> al tiempo que se ha llegado a insistir en la conveniencia de recurrir a otros remedios más apropiados para cumplir esas funciones.<sup>5</sup> Vistos de esta manera, los daños punitivos representan una amenaza a ese orden tradicional entre lo “público” y lo “privado”.

A pesar de esa actitud de resistencia generalizada, al mismo tiempo es posible observar movimientos relevantes recientes que hacen precisamente lo contrario. En América Latina, países como Argentina, Chile y México se han mostrado más receptivos a la inclusión de los daños punitivos en sus sistemas jurídicos locales. En 2008, Argentina se convirtió en la primera jurisdicción de corte continental en introducir los daños punitivos en el ámbito de las relaciones de consumo.<sup>6</sup> Por su parte, Chile se sumó recientemente a dicha tendencia al incorporarlos también dentro del marco de su Ley de Protección a los Derechos del Consumidor.<sup>7</sup> El caso

<sup>3</sup> Cf. Coderch, “Punitive damages”, en *InDret*, p. 3; y Mayo, “La inconsistencia de los daños punitivos”, en *Diario La Ley*, p. 1270. Coderch afirma que: “los *punitive damages* no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias veces [...] superior al de la indemnización puramente compensatoria”. Por su parte, Mayo manifiesta que la reparación debe tener como límite al daño sufrido, ya que “todo lo demás es demagogia jurídica, y puede dar lugar a especulaciones o maniobras malsanas”.

<sup>4</sup> Mayo y Crovi, “Penas civiles y daños punitivos”, en *Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni*, p. 19.

<sup>5</sup> Cf. Bueres y Picasso, “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos”, en *Revista de Derecho de Daños Rubinzal Culzoni*, p. 73. Siguiendo con esta línea de destacar instituciones alternativas, los autores comparten la conclusión de un informe del senado francés, que señala “que el desarrollo de la acción colectiva se revela como un instrumento mucho más adecuado para lograr las finalidades que teóricamente se asocian a los «daños punitivos»”.

<sup>6</sup> V. Ley núm. 24.240, arts. 8bis y 52bis (texto según Ley núm. 26.361, B.O. 07/04/2008, Anales de Legislación Argentina, 2008-B-1295).

<sup>7</sup> V. Ley de Protección a los Derechos del Consumidor, art. 53 (c) (Ley núm. 21.081 del 13 de Septiembre de 2018). Aunque cabe aclarar que la ley no lo denomina expresamente como “daño punitivo”. V. también Gamonal Contreras y Pino Emhart, “La dignidad humana en el derecho privado. Una lectura desde el concepto de dignidad como estatus”, en *Revista de Derecho Privado*, p. 60. Para los autores, dicha regulación presenta más bien elementos que se asemejan a las indemnizaciones agravadas del derecho inglés.

de México presenta aristas particulares, ya que los daños punitivos fueron introducidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— bajo el paraguas del daño moral.<sup>8</sup> En Europa continental, también se pueden identificar algunas recientes señales —aunque quizás más tímidas— que indican una actitud más receptiva de la figura. Lo cierto es que la *discusión* se ha revitalizado en los últimos tiempos; a través del entendimiento de que la cuestión sobre los “daños resarcibles” está reservada al ámbito interno de cada jurisdicción. Por lo anterior, en principio, no habría obstáculo alguno para la incorporación de daños punitivos en las distintas jurisdicciones de la Unión Europea.<sup>9</sup> Bajo dicha lógica, en Francia se propuso introducir, en el marco del reciente *Projet de Réforme de la Responsabilité Civile*, una forma de punición —*amende civile*— con el objetivo de atacar supuestos de ilícitos lucrativos.<sup>10</sup> A su vez, la Corte de Casación italiana modificó radicalmente su posición original, reconociendo que la ejecución en Italia de una condena punitiva ordenada en una sentencia extranjera no es contraria al orden público, ya que la función sancionatoria no es incompatible con el derecho privado italiano como se había argumentado algunos años atrás.<sup>11</sup>

El daño punitivo es ciertamente una figura controvertida que despierta muchas y variadas cuestiones no solo conceptuales, sino también de implementación práctica. Siempre que este daño es entendido como esas condenas pecuniarias extracompensatorias que las juezas y los jueces imponen a pedido de parte con el objeto de *sancionar* a la persona demandada y de *disuadir* a esta —y tal vez a terceros— de incurrir en conductas similares en el futuro, al introducir la idea de *sanción* en el derecho privado.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Con base en una interpretación teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal —actualmente Ciudad de México— que regula el daño moral, la SCJN introdujo el daño punitivo al considerar que el artículo referido no busca solo la reparación del daño, sino también el reproche y castigo del responsable. V. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 30/2013, pp. 87-88; en donde se sostiene que “mediante la compensación el derecho desaprueba a las personas que actúan ilícitamente” y “la compensación es una expresión social de desaprobación hacia el ilícito y si esa punición no es dada, el reconocimiento de tal desaprobación prácticamente desaparece”.

<sup>9</sup> V. Büyüksagis, *et al.*, “Punitive damages in Europe and plea for the recognition of legal pluralism”, en *European Business Law Review*.

<sup>10</sup> V. *Projet de Réforme de la Responsabilité Civile*, art. 1266-1.

<sup>11</sup> V. Sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, núm. 16.601.

<sup>12</sup> V. Pizarro, “Daños punitivos”, en *Derecho de Daños: Libro Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas*, t. II.

Con base en lo anterior, en el siguiente capítulo se ofrecerá primero una breve descripción de la fisonomía actual del moderno derecho de daños continental y de los debates al respecto, para luego poder avanzar en la discusión teórica sobre la relación entre derecho de daños y sanción; argumentando que la dimensión sancionadora del moderno derecho de daños debe replantearse en términos relacionales. Esto es lo que se denominará “retribución relacional”. Esta particular manera de concebir dicha dimensión propone, básicamente, entender a la sanción como un modo de comunicación que conecta a la víctima con la persona agente que causó el daño. Una vez dilucidada la dimensión sancionadora del derecho de daños, cabe ahora demarcar aquellos deslindes conceptuales —particularmente entre *sanción* y *compensación*, y entre *sanción* y *disuasión*—, esenciales por tres razones: (i) para poder comprender la figura de los daños punitivos; (ii) para poder participar de manera efectiva en el debate sobre la (in)conveniencia de su incorporación en un sistema jurídico determinado y; (iii) para poder canalizar de la mejor manera posible las discusiones sobre las posibles alternativas de diseño legal y las aristas prácticas de su implementación, esto último analizado, particularmente, en el último apartado.

## II. Fisonomía del debate teórico en torno al moderno derecho de daños

Es importante, en primer lugar, entender la fisonomía del moderno derecho de daños para poder comprender el marco teórico en el que tienen lugar las discusiones sobre la relación entre derecho privado y sanción y, en particular, sobre el espacio de los daños punitivos en los sistemas continentales.

### 1. Reparar, prevenir y sancionar

El actual debate teórico sobre el derecho de daños continental gira básicamente alrededor de dos cuestiones: por un lado, sobre el reconocimiento de la insuficiencia de los marcos teóricos dominantes que entienden al derecho de daños como un mecanismo privado exclusivamente rectificatorio (o compensatorio); y por el otro, sobre la determinación de las circunstancias y maneras de dar cuenta de las dimensiones preventiva y punitiva. Es decir, el debate actual se centra en

la tensión, si se quiere, y en la necesidad de identificar y deslindar conceptualmente estas tres funciones: reparación, prevención y sanción.<sup>13</sup>

Lo cierto es que el derecho de daños está menos orientado a la reparación de lo que se afirma;<sup>14</sup> por otro lado, este tiene en cuenta la reprochabilidad de la conducta de la persona demandada en mayor medida de lo que se reconoce.<sup>15</sup> De manera que, se ha demostrado en reiteradas oportunidades, en general, el derecho de daños ofrece respuestas infracompensatorias a las víctimas de daños serios. La gran mayoría de los daños son irreparables —por ejemplo, daño moral, daño a la integridad física, invasiones a la dignidad y privacidad, etcétera—, y difícilmente pueden ser considerados en términos puramente monetarios. Lo que lleva a reconocer que el objetivo rectificatorio de colocar a la víctima en la situación anterior —o una cercana— al acaecimiento del daño es una ilusión en la gran mayoría de los casos.<sup>16</sup>

Por ejemplo, en los supuestos de daños a la imagen o a la privacidad por publicaciones en las redes sociales, la respuesta adecuada para la víctima no será necesariamente la reparación mediante una suma de dinero, sino a través de respuestas preventivas que eviten la continuidad del daño o su agravamiento —dígase, solicitando a la persona juzgadora que ordene la baja de los contenidos que afectan su dignidad o reputación—. Las disculpas también son muchas veces respuestas más adecuadas para cierto tipo de daños.<sup>17</sup> Es decir, la respuesta rectificatoria clásica de sumas de dinero, si bien puede ser suficiente y adecuada en algunos

---

<sup>13</sup> Cf. Papayannis, *Comprensión y Justificación de la Responsabilidad Extracontractual*, pp. 271-348. Incluso, más recientemente, la idea de distribución también está presente en las discusiones en torno al derecho de daños y al derecho privado en general. Papayannis, por su parte, argumenta que la justicia correctiva solo puede operar en un marco de interacción definido por la justicia distributiva.

<sup>14</sup> Cf. Keating, “Is the role of tort to repair wrongful losses?”, en *Rights and Private Law*, p. 405.

<sup>15</sup> V. Pereira Fredes, “Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado”, en *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*. El autor argumenta que las prácticas jurisprudenciales presentan fracturas al principio de reparación integral del daño.

<sup>16</sup> Cf. Hershovitz, “Tort as a substitute for revenge”, en *Philosophical Foundations of Tort Law*, p. 93. V. también Pino Emhart, “Restaurar para corregir: La dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual”, en *Filosofía del Derecho Privado*.

<sup>17</sup> V. Vargas Tinoco, “Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado”, en *Dañar, Incumplir y Reparar. Ensayos de Filosofía del Derecho Privado*.

supuestos —pensemos, por ejemplo, en un accidente simple de automotores, o en otros supuestos donde el daño es meramente patrimonial— es altamente insatisfactoria en un número importante de casos. Lo que demuestra, al menos, una especie de crisis del principio de rectificación como exclusivo.

Asimismo, se ha demostrado que la reprochabilidad de la conducta de la persona demandada es tenida en cuenta por el derecho de daños con mayor regularidad de la que se reconoce. Así, se advierte cómo condenas por daños eminentemente compensatorias, como las que se aplican en casos de daño moral, presentan elementos extracompensatorios —sancionatorios o punitivos— que pretenden dar cuenta de la gravedad o reprochabilidad de la conducta de la persona demandada y que, de algún modo, hacen evidente que una respuesta puramente rectificatoria es insuficiente para dar adecuada respuesta a las víctimas de dichas conductas agravadas.<sup>18</sup> Al fin de cuentas, esas respuestas denominadas “compensatorias” son de hecho respuestas que hacen “más que compensar”.

Tal vez un ejemplo de la jurisprudencia argentina, en el que un juez ordena una suma generosa en concepto de daño moral teniendo en cuenta la gravedad de la conducta de la persona demandada, nos permita apreciar mejor este fenómeno.<sup>19</sup> Se trata de Daniel, un cliente de un supermercado. En una ocasión, Daniel se acerca a realizar las compras, al ingresar al local extrañamente escucha sonar la alarma de los arcos detectores de seguridad antirrobo ni bien atraviesa la puerta. Daniel se sorprende, pero inmediatamente el guardia de seguridad le hace una seña cordial para que ingrese tranquilo, como queriendo implicar que es un problema del aparato. Daniel hace sus compras y cuando se retira la alarma antirrobo vuelve a sonar, pero esta vez un guardia distinto del que lo vio ingresar se acerca y le pide las compras. Primero las pasa él mismo por el detector, comprobando que no acusa nada y después le solicita a Daniel que pase sin las bolsas, momento en el cual la alarma se dispara nuevamente. De inmediato, el guardia le increpa de manera violenta exigiendo que “deje lo que se ha robado”. Daniel le contesta que está cometiendo un error e intenta explicarle que ocurrió algo similar al entrar,

<sup>18</sup> Cf. Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, p. 309.

<sup>19</sup> V. JCCCConc. 1a Nom. de Villa María (Córdoba), *Baysre vs. Chiabrando y otros*, sentencia núm. 247.

pero el guardia no le presta atención. Este, le vuelve a indicar que pase por el detector y, ante una nueva señal sonora, se genera una escena conflictiva en la cual el agente de seguridad se dirige de manera muy irrespetuosa a Daniel, elevando el tono frente a los demás clientes del supermercado y acusándolo de haber sustraído algo. El guardia le dice que no va a dejarlo ir hasta que venga la policía, demore el tiempo que sea, y le indica que le acompañe a un cuarto en la parte trasera del local. Daniel, superado por la situación e intentando evitar que tal humillación pública continúe, accede y cruza el salón de ventas custodiado por un guardia de seguridad, ante la mirada de decenas de clientes y personal del supermercado. Una vez en el cuarto de seguridad, los agentes le insisten que no van a dejarlo ir si no devuelve lo que tiene guardado y, ante la nueva negativa de Daniel, le sugieren que se deje revisar por ellos para evitar tener que esperar a la policía. Daniel se niega al principio pero después accede, los guardias no encuentran nada. Seguidamente ingresa el gerente del supermercado a la habitación, ya enterado de lo ocurrido, y le pregunta a Daniel si utiliza una dentadura postiza de cromo-cobalto. Daniel asiente y el gerente le requiere mostrársela. Daniel se saca la dentadura y el gerente les explica a todos que debió ser esto lo que activó la alarma, puesto que el sistema había sido ajustado ese día y lo habían dejado demasiado sensible. Daniel apenas recibe una disculpa y es autorizado a marcharse, pero le niegan el libro de quejas. Durante los próximos días, el caso adquiere repercusión pública y es comentado por los medios de comunicación locales, a veces jocosamente —especialmente por la cuestión de la dentadura postiza—.

Ante la humillación vivida, Daniel no solo entabla una acción civil para que se le compense el daño moral sufrido —la cual prosperó—, sino que recurre en búsqueda de una respuesta adicional al derecho penal, entablando una denuncia por privación ilegítima de la libertad —aunque sin éxito—. Ello demuestra que Daniel intuitivamente pensó que la particular manera en que fue tratado exigiría una respuesta del derecho que, además de la compensación de su daño, dé cuenta en cierta forma de la particular gravedad de la conducta desplegada por el demandado hacia su persona. Quizás es esa misma intuición la que conduce a la persona juzgadora a otorgarle una condena por daño moral más abultada; teniendo en cuenta, de algún modo, la reprochabilidad de la conducta de la persona deman-

dada y lo reprochable del trato dispensado a la víctima.<sup>20</sup> La intuición básica indica que una condena por conceptos resarcitorios, por cuantiosa que fuere, no alcanza a responder adecuadamente a la gravedad de la conducta desplegada en contra de la persona vulnerada; pues carece, al menos, de algún componente de reproche. De allí, que la cuestión a resolver es si el derecho civil de daños nos permite atender aquellos supuestos de conductas particularmente gravosas que no se encuentran cubiertos por el derecho criminal, y en los cuales, intuitivamente, nos parece que la solución meramente resarcitoria es de algún modo inadecuada.

Todo lo anterior revela no solo la crisis de la exclusividad del principio rectificatorio, sino también que la idea de sanción no es ajena al derecho de daños. También manifiesta que aquella división tajante entre lo “público” y lo “privado”, que estamos tan acostumbrados a escuchar, es bastante menos nítida de lo que teóricamente se proclama.<sup>21</sup> Muestras elocuentes del proceso de desdibujamiento de la frontera entre lo “público” y lo “privado” se manifiestan en los recientes movimientos experimentados por el derecho penal hacia lo privado<sup>22</sup> y por el derecho privado hacia lo público.<sup>23</sup>

A grandes rasgos, en las últimas décadas el derecho penal se ha mostrado permeable para conceder un mayor espacio a la víctima del delito al proponer, por ejemplo, estrategias restaurativas en el marco de los procesos criminales.<sup>24</sup> Por su parte, el derecho privado ha comenzado a mostrar cierta sensibilidad ante los

---

<sup>20</sup> Situaciones de este tipo serían algunas de las que darían lugar hoy a la imposición de daños punitivos en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, art. 8bis; donde expresamente se indica que aquellas conductas de la persona proveedora demandada que signifiquen un trato indigno o inequitativo o que coloquen a las y los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias, podrán ser pasibles de daños punitivos, sin perjuicio de los resarcimientos que correspondieren a la o el consumidor.

<sup>21</sup> Cf. Honoré, “The morality of tort law—Questions and answers”, en *Philosophical Foundations of Tort Law*, p. 74. El autor arguye que ambos, el derecho civil y el derecho penal, apuntan a eliminar o reducir comportamientos indeseables, contemplan sanciones a ser impuestas sobre aquellos cuyas conductas son indeseables, y plantean complejos interrogantes acerca de las condiciones para imponer sanciones y el grado de responsabilidad de los autores de actos ilícitos.

<sup>22</sup> V. Dyson, *Comparing Tort and Crime: Learning from Across and Within Legal Systems*.

<sup>23</sup> Cf. Kysar, “The public life of private law: Tort law as a risk regulation mechanism”, en *European Journal of Risk Regulation*.

<sup>24</sup> V. Fletcher, “The place of victims in the theory of retribution”, en *Buffalo Criminal Law Review*.

aspectos públicos de su operatoria bilateral clásica. Lo que invita a replantear el entendimiento tradicional del derecho de daños —pensado como un mecanismo eminentemente privado—, para repensarlo en clave de articulación con la parte reguladora —por ejemplo, las agencias administrativas del Estado— y con el Poder Legislativo.<sup>25</sup> Es decir, este enfoque nos invita a pensar en una *dimensión pública* del derecho de daños, en el sentido de que la mirada deja de estar exclusivamente en la relación bilateral entre la persona agente que causa el daño y la víctima. Con el fin de advertir, que el conflicto privado individual puede tener también, en ciertos supuestos, un efecto amplificador más allá de las partes en cuestión. Por ejemplo, cuando la imposición judicial de una sanción expresa reprobación social; o cuando la información probada en el marco de un proceso de daños genera conocimiento de la peligrosidad de un producto determinado, o de una práctica fraudulenta desconocida que bien puede llamar la atención del Poder Legislativo y de las agencias regulatorias de control, etcétera. Todo ello indica que se hace difícil seguir pensando en el derecho de daños como exclusivamente rectificatorio, privado y en aislamiento. Se hace también difícil afirmar que la sanción es completamente ajena al derecho de daños y exclusiva del derecho público, ya sea penal o administrativo.

Evidentemente, la lógica y operatoria del derecho de daños se ha complejizado.<sup>26</sup> La reparación, prevención y sanción conviven muchas veces de manera encubierta o solapada; entonces el desafío consiste en identificar y deslindar los aspectos conceptuales de cada una de ellas y dilucidar la posible autonomía, interacción o articulación de estas funciones entre sí. Distintos sistemas jurídicos brindan distinto espacio a estas funciones —ello ciertamente será una cuestión en los acuerdos presentes en una comunidad jurídica determinada, así como en los asuntos de política legislativa—. Por ejemplo, en el caso argentino —a partir de la reciente reforma del Código Civil que entró en vigencia en 2015— por primera vez se regula de manera sistemática las reglas de responsabilidad civil —a partir del art. 1708 en adelante—. La reparación y la prevención son funciones

<sup>25</sup> Cf. Kysar, *op. cit.*, p. 50.

<sup>26</sup> V. sobre la multiplicidad de funciones que, en ciertas condiciones, puede desempeñar la responsabilidad civil, el capítulo I, apartado III de este mismo manual.

autónomas que coexisten simultáneamente en un litigio de daños y a ellas se agrega la función sancionadora en el ámbito del derecho del consumo.

La fisonomía de una sentencia de daños en el contexto del consumo hoy en Argentina puede contener, al mismo tiempo, elementos de reparación, prevención y sanción. Para que pueda tenerse una idea de cómo funcionaría esto en la práctica, veamos un ejemplo que se sustanció en Argentina hace unos años, de un litigio individual sencillo contra una compañía de telefonía celular.<sup>27</sup> Un consumidor individual reclama a una empresa de telefonía celular la devolución de cobros indebidos realizados por gestión de cobranzas que, de hecho, no se realizaban en concepto de *reparación*. Solicita también al juez que ordene, en concepto de *prevención*, que la empresa de telefonía deje de realizar esa conducta abusiva en el futuro. Por último, solicita en concepto de *sanción* la imposición de daños punitivos por la gravedad de la conducta desplegada. Evidentemente, en este contexto el deslinde conceptual entre reparación, prevención y sanción se hace todavía más prioritario, debido a que la actividad argumental y procesal de cada uno de estos elementos exige cuestiones bien diferentes —tanto de parte de la persona juzgadora como de las partes litigantes—. Nos detendremos en algunos de estos aspectos más adelante.

### III. Derecho de daños y sanción

En ciertos supuestos, las clásicas condenas compensatorias por daños resultarán suficientes para rectificar el daño causado, sobre todo cuando la conducta de la persona demandada no haya sido grave o reprochable o cuando haya implicado pérdidas exclusivamente económicas. Sin embargo, no hay razones de peso suficiente como para asumir que dicha respuesta compensatoria general sea la apropiada para cada caso particular. De hecho, lo apropiado de la respuesta dependerá directamente del tipo de conducta dañosa de que se trate —por ejemplo, si se ha afectado nuestra propiedad, integridad física, dignidad o autonomía—; de las circunstancias particulares del evento dañoso —por ejemplo, si la persona

---

<sup>27</sup> V. CcivCom. 6 Nom. (Córdoba), *Raspanti, Sebastián vs. AMX Argentina S.A.*

dañante ha sido meramente negligente, intencional o representado una grave indiferencia por los derechos de otros; y del *significado* que el comportamiento dañoso tiene para las partes involucradas —por ejemplo, si ha sido particularmente grave o reprochable—. <sup>28</sup>

De esta manera, se ha demostrado que cuando la conducta, práctica o esquema desplegado por la persona agente causante del daño es particularmente grave, reprochable o humillante, la víctima exige un “algo más” para remediar el evento dañoso. <sup>29</sup> Es decir, las víctimas de conductas deliberadas o particularmente reprochables que han sufrido un daño grave en su autonomía, integridad física o dignidad exigen respuestas del derecho de daños que exceden la estricta rectificación del daño causado; y exigen respuestas que sean capaces de capturar el *significado* que el evento dañoso ha tenido en sus vidas. <sup>30</sup>

En este contexto, la propuesta es que para avanzar en la reflexión teórica sobre el rol de la sanción en el derecho de daños debemos (i) abandonar el apego a una distinción dogmática y rígida entre derecho público y derecho privado; (ii) abandonar el foco predominante o exclusivo en la persona agente que despliega la conducta merecedora de sanción; y (iii) comenzar a considerar la perspectiva de la víctima dando cuenta de las motivaciones retributivas que demandan la imposición de la sanción —dígase, el daño punitivo— en primer lugar.

## 1. Retribución relacional: La perspectiva de la víctima

La retribución, en principio, no se preocupa por la rectificación del daño causado a la víctima; por el contrario, se concentra más bien en la imposición de una

---

<sup>28</sup> Cf. Kumar, “Why reparations?”, en *Philosophical Foundations of Tort Law*, p. 203.

<sup>29</sup> Cf. Zipursky, “Civil recourse, not corrective justice”, en *The Georgetown Law Journal*, p. 737. De acuerdo con este autor, lo que en muchas ocasiones motiva a la víctima individual a demandar por daños es un sentimiento de “venganza”.

<sup>30</sup> Cf. Martínez Alles, “Tort remedies as meaningful responses to wrongdoing”, en *Civil Wrongs and Justice in Private Law*, pp. 247-250.

sanción a aquella persona que despliega un comportamiento reprochable en base a un juicio de merecimiento.<sup>31</sup> La idea básica subyacente es que aquellas personas agentes que despliegan conductas reprochables deben ser castigadas porque así lo merecen. En esta lógica, las clásicas teorías retributivas del castigo ponen el foco en la reprochabilidad del comportamiento; sin prestar demasiada atención a la diferencia entre dicho comportamiento y el *significado* que tiene para la víctima, ni a la manera en que el daño sufrido por ella puede ser atendido.<sup>32</sup>

En esa línea, los teóricos del derecho penal se ocupan mayoritariamente de la retribución desde la perspectiva de la persona castigada y del rol del Estado en la imposición del castigo. Este foco unilateral en el comportamiento de la persona agente causante del daño, claramente colisiona con la estructura bilateral del derecho de daños.<sup>33</sup> Este enfoque es problemático, porque trata a la sanción como la merecida imposición de un sufrimiento en cabeza de la persona agente causante del daño, sin atribuir rol significativo alguno a la víctima del daño. Sin embargo, la víctima que ha sufrido el daño es quien tiene la potestad de activar el derecho de daños al entablar una acción judicial en contra de la persona agente causante del daño.<sup>34</sup> Esta decisión depende de la motivación de la víctima, el conflicto es entre ella y la persona demandada.<sup>35</sup> En consecuencia, la retribución —entendida en términos unilaterales como meramente la imposición de un castigo merecido a la persona demandada— no es adecuada para dar cuenta de forma satisfactoria de la dimensión sancionadora del derecho de daños. Dado que desconoce, como mínimo, el rol significativo de la víctima.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> V. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Hart ofrece un tratamiento general de la teoría retributiva del castigo como una imposición deliberada de sufrimiento en el ofensor basada en un juicio de merecimiento por haber cometido la ofensa.

<sup>32</sup> V. Duff, *Punishment, Communication, and Community*. Este autor es un exponente de recientes versiones retributivas que cuestionan las teorías clásicas del castigo como merecimiento.

<sup>33</sup> Cf. Owen, “Civil punishment and the public good”, en *Southern California Law Review*, p. 109. Esta es la clásica crítica a las consideraciones retributivas en el derecho de daños articuladas por parte de los exponentes de la justicia correctiva. Owen, por su parte, entiende que el análisis de merecimiento tiende a concentrarse de una manera muy estrecha en la conducta de la persona demandada.

<sup>34</sup> V. Goldberg y Zipursky, *Recognizing Wrongs*.

<sup>35</sup> V. Herstein, “How tort law empowers”, en *University of Toronto Law Journal*.

<sup>36</sup> Cf. Martínez Alles, “Moral outrage and betrayal aversion: The psychology of punitive damages”, en *Journal of Tort Law*, pp. 245-249.

En dicho contexto, se entiende que la dimensión sancionadora del derecho de daños debe replantearse en términos relacionales. Esta particular manera de concebirla propone, básicamente, entender a la retribución como un modo de comunicación que conecta a la víctima con la persona agente causante del daño. Esto es lo que en este capítulo se denomina *retribución relacional*.<sup>37</sup>

Ello implica un desdoblamiento del foco de atención, no solo se consideran las particulares características de la conducta del demandado que ameritan la imposición de una sanción —la naturaleza reprochable de la conducta, por ejemplo—, sino también las *correlativas motivaciones retributivas* de la víctima —dígase, la indignación moral— que solicita la imposición de la misma en primer lugar. Estos dos elementos se encuentran necesariamente interconectados, es decir, las motivaciones retributivas de la víctima están informadas por su particular situación en relación con la persona agente causante del daño. En otras palabras, se relacionan con el nivel de severidad de la conducta de la persona demandada y, por otro lado, con el valor atribuido por la víctima a los intereses conculcados por dicha conducta —por ejemplo, autonomía individual, integridad física, privacidad, dignidad, etcétera—.

De hecho, cuando somos confrontados con tipos de comportamientos particularmente graves, que son intuitivamente ofensivos de nuestras sensibilidades morales, una respuesta bien diferente de la compensatoria parece ser exigida por parte del derecho.<sup>38</sup> Tal que la imposición de una sanción se presenta como una respuesta apropiada para dar cuenta de la reprochabilidad de aquellos comportamientos para con la víctima.<sup>39</sup> De esta manera, el foco de atención se pone en el *significado* que dichos comportamientos tienen para las partes involucradas; esto es, en qué significan para ellas, cómo han afectado a la víctima y qué es

<sup>37</sup> Cf. Martínez Alles, La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima”, en *Dañar, Incumplir y Reparar. Ensayos de Filosofía del Derecho Privado*, pp. 120-126. Trabajo en el cual he desarrollado e introducido originalmente el concepto de *retribución relacional*.

<sup>38</sup> Cf. Ripstein, *Equality, Responsibility and the Law*, p. 150. Quien expresa que los daños punitivos “están reservados precisamente para aquellos casos en los cuales la conducta del demandado es tan reprensible que merece algo más que la mera compensación por los daños”.

<sup>39</sup> V. Hershovitz, “Corrective justice for civil recourse theorists”, en *Florida State University Law Review*.

necesario para normalizar esa situación.<sup>40</sup> Cuando una persona invade deliberadamente la autonomía individual, la integridad física o la dignidad de otra, esta es percibida como alguien que expresa menosprecio o superioridad respecto de la víctima; quien a su vez entiende dicha invasión como una afrenta directa a su igual valor moral como persona.<sup>41</sup> Todo esto forma parte de la *indignación moral* experimentada por la víctima, la cual provoca el pedido de una respuesta sancionadora —por ejemplo, la imposición de daños punitivos—.<sup>42</sup>

La *retribución relacional*, entonces, se ocupa no solo de la sanción como la imposición de un castigo merecido a la persona agente causante del daño, sino que también atiende al *significado* que el comportamiento reprochable tiene para la víctima. De esta manera captura las motivaciones retributivas —por ejemplo, la indignación moral— que constituyen serios actos de menosprecio hacia la autonomía, integridad física, privacidad y dignidad.<sup>43</sup> Por tanto, el conflicto que surge a partir del daño causado a la víctima por una conducta reprochable de la persona demandada integra debidamente a todas las partes involucradas, la demandada y la víctima.

Una vez que entendemos la respuesta retributiva de la víctima como *relacional*, es posible advertir la moralmente rica dimensión expresiva de la sanción. La imposición de la sanción punitiva otorga voz a la víctima y le permite expresar el significado moral del comportamiento dañoso.<sup>44</sup> Es una idea de retribución que entiende dicha imposición como un modo de comunicación moral entre la víctima, la persona agente causante del daño y la sociedad toda.<sup>45</sup> La víctima entiende a la

---

<sup>40</sup> V. Radzik, “Tort processes and relational repair”, en *Philosophical Foundations of the Law of Torts*. Radzik también pretende dar cuenta del significado del comportamiento dañoso para las partes involucradas, pero con el objetivo de lograr una reconciliación moral.

<sup>41</sup> Cf. Hampton, “Correcting harms versus righting wrongs: The goal of retribution”, en *UCLA Law Review*, p. 1684.

<sup>42</sup> Cf. Miller y Vidmar, “The social psychology of punishment reactions”, en *The Justice Motive in Social Behavior*, p. 155.

<sup>43</sup> Cf. Martínez Alles, “Moral outrage... *cit.*”, pp. 251-257; para un tratamiento específico de la idea de indignación moral en el contexto del derecho de daños.

<sup>44</sup> Cf. Van Prooijen, *The Moral Punishment Instinct*, p. 254. El autor arguye que las víctimas generalmente aprecian la oportunidad de expresar lo que les ha sucedido porque “hay un valor simbólico en tener voz, en el sentido de que contribuye a la percepción de la víctima de que está siendo tomada en serio y respetada por quien toma la decisión”.

<sup>45</sup> V. Martínez Alles, “Moral outrage... *cit.*”

sanción como un vehículo para expresar: (i) a la persona demandada que ella es merecedora de igual respeto y consideración moral; y (ii) a la comunidad toda, que la conducta del demandado es desaprobada y está sujeta a condenación moral porque viola el entendimiento básico respecto a cómo debemos tratarnos en sociedad.<sup>46</sup> Vistos desde esta perspectiva, los daños punitivos son entendidos como una forma apropiada que las personas tienen de tratarse y responderse entre sí; también, se concibe el proceso de daños como un medio legítimo para la expresión de dichos valores.<sup>47</sup>

Se advierte entonces de qué manera es posible entender la dimensión sancionadora del derecho de daños, patentizada en la figura de los daños punitivos. Pues, para esto es necesario superar la miopía que produce el foco unilateral en la reprochabilidad de la conducta de la persona demandada; y movernos hacia una mirada más integradora del conflicto que sea capaz de capturar el rico valor moral de las motivaciones retributivas de las víctimas que solicitan activamente la imposición de la sanción. La idea subyacente es que, como comunidad, deberíamos interesarnos más por dilucidar cómo los daños punitivos pueden ayudarnos a expresar los valores y convicciones sobre el mutuo respeto que deseamos para nuestra sociedad; y comprender que el fuerte rechazo de dichas conductas es revelador acerca del significado y el valor moral de cada uno de los miembros de esta representados en la víctima.<sup>48</sup>

La idea es que la compensación y la sanción son *respuestas relacionales* bien diferentes a algo que nos ha sucedido; por lo tanto tiene sentido preguntarnos por las motivaciones que autentican o dan sentido a esos distintos pedidos de respuesta por parte de las víctimas.<sup>49</sup> Bajo esta lógica, la exploración de las motivacio-

---

<sup>46</sup> V. Robbenolt, *et al.*, "Symbolism and incommensurability in civil sanctioning: Decision makers as goal managers", en *Brooklyn Law Review*.

<sup>47</sup> Kysar, *op. cit.*, p. 63. Este autor concibe al derecho de daños como un foro crítico para la articulación de entendimientos públicos de moralidad.

<sup>48</sup> *Cf.* Lamb, "The psychology of condemnation: Underlying emotions and their symbolic expression in condemning and shaming", en *Brooklyn Law Review*, pp. 931-934. Lamb explica la necesidad social y personal de expresar condenación cuando somos confrontados con graves transgresiones.

<sup>49</sup> V. Chamallas y Wriggins, *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law*. Estas autoras destacan la importancia expresiva de las condenas por daños como una señal del valor social de las víctimas individuales que demandan.

nes retributivas de las víctimas que reclaman, a través del litigio civil, la imposición de daños punitivos nos permitirá empezar a capturar la dimensión sancionadora del derecho de daños.<sup>50</sup>

## IV. Deslinde conceptual entre sanción y compensación

Para poder comprender el espacio de los daños punitivos en el moderno derecho de daños debemos ocuparnos, como primera medida, de deslindar conceptualmente la *sanción* de la *compensación*. Lo cierto es que los sistemas continentales han ofrecido —y siguen ofreciendo— resistencia al deslinde conceptual entre sanción y compensación; argumentando, principalmente, que los casos que se pretenden resolver mediante la imposición de daños punitivos ya reciben una respuesta satisfactoria de parte del derecho de daños compensatorio. Se abordarán estas afirmaciones con profundidad en lo que sigue.

### 1. Sancionar bajo velos compensatorios: una respuesta insatisfactoria

Se alega que la mayor cuantía de la condena por daño moral recibida por la víctima de una conducta grave representa una respuesta satisfactoria ante el tratamiento reprochable recibido, ya que la misma aparece en parte justificada en función de lo reprobable de la conducta del demandado. Habría dos formas de explicar por qué la respuesta que nuestro derecho civil brinda a estos casos ya resultaría satisfactoria. Por un lado, algunos exponen que las personas juzgadoras, en aquellos países que no cuentan con el instituto de los daños punitivos, utilizan el daño moral como una herramienta sancionatoria —aunque de manera encubierta, detrás de la retórica resarcitoria que es propia del daño moral—. Este fenómeno de sancionar bajo velos compensatorios ha sido documentado en reiteradas oportunidades en un gran número de sistemas legales de Europa

---

<sup>50</sup> Nótese que en este capítulo no se pretende ofrecer un tratamiento exhaustivo de las motivaciones retributivas de las víctimas. Para tal asunto v. Martínez Alles, “Moral outrage...*cit.*”, pp. 251-260.

—Francia, Alemania, Hungría, Italia, Suecia, Holanda, Dinamarca, Noruega, España, Suiza— y América Latina —Chile, Brasil, Colombia, México, Argentina—. <sup>51</sup>

Por otro lado, también podría sostenerse que en aquellos casos en que la conducta dañosa constituye también una violación particularmente grave de la dignidad de la víctima, simplemente se estaría generando un mayor menoscabo moral —en comparación con otros casos en que este aditamento no se encuentra presente—. Lo anterior redundaría en un mayor daño a resarcir, es decir, habría una especie de relación funcional entre la reprochabilidad de la conducta de la persona demandada y el menoscabo moral de la víctima; agravado por dicha conducta que lleva necesariamente a mayores indemnizaciones resarcitorias. Ahora bien, ¿podríamos concluir, a partir de ello, que los daños punitivos no aportarían nada nuevo al derecho privado? Estas críticas trivializan, lisa y llanamente, el aporte que los daños punitivos significarían para el derecho de daños.

El problema de quienes suscriben estas ideas es que, en el mejor de los casos, solo consideran el aspecto cuantitativo de la cuestión. Alegan, en definitiva, que la introducción de los daños punitivos quizás no importaría mayor variación en los montos indemnizatorios a otorgar a la víctima en este tipo de supuestos fácticos. Al final del día, la cuenta indemnizatoria final sería la misma, y el adicionar daños punitivos podría importar una duplicación indemnizatoria. Ambos argumentos soslayan, sin embargo, que el aspecto principal del problema que nuestro derecho de daños tiene para con tales casos es precisamente *cualitativo* o *conceptual*. Resulta relevante distinguir, y transparentar entre aquello que se le manda a pagar a la persona demandada para *resarcir* el daño causado en la persona y bienes de la víctima, de aquello que se le impone en concepto de *sanción* por su particular conducta reprochable.

Hay varias razones por las cuales esta distinción cualitativa entre *sanción* y *compensación* adquiere vital importancia.

---

<sup>51</sup> Cf. Borghetti, “Punitive damages in France”, en *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, pp. 62-67; Jansen y Rademacher, “Punitive damages in Germany”, en *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, pp. 77-85. V. Martínez Alles, “Punitive damages: Reorienting the debate in civil law systems”, en *Journal of European Tort Law*.

### A. Función expresiva de la sanción

Más allá de los montos de condena en juego, es importante enviar el mensaje de que la conducta en cuestión requiere ser sancionada en virtud de su particular reprochabilidad.<sup>52</sup> De lo contrario, dichas condenas por daños serían tratadas meramente como el “precio” que se paga por desplegar conductas reprochables, en vez de tratarlas como una genuina “sanción” por la gravedad del comportamiento en particular.<sup>53</sup> Aun en el caso en que las o los jueces pretendieran sancionar mediante la imposición de condenas generosas o abultadas por concepto de daño moral, la función expresiva de la sanción quedaría diluida al encontrarse solapada como parte de la cuenta resarcitoria. Gran parte de la idea de castigar implica el hacer saber qué es lo que se está castigando.<sup>54</sup> Es más, encubriendo la sanción no solo estaríamos obstaculizando la valiosa oportunidad de enviar un claro mensaje condenatorio de aquellas conductas reprochables —que son intolerables porque violan los estándares básicos de mutuo respeto y consideración que nos debemos unos a otros en sociedad—,<sup>55</sup> sino que también estaríamos clausurando una vía legítima para que la víctima pueda expresar el significado que dicho comportamiento deliberado ha tenido en su vida y, de ese modo, reafirmar su valor moral *vis a vis* con la persona agente causante del daño.

Incluso en aquellos supuestos en los que se proponga deslindar conceptualmente las facetas punitiva y resarcitoria del daño moral y brindarles un tratamiento diferenciado,<sup>56</sup> el problema persistiría. Debido a que la procedencia del daño punitivo sería parasitaria de la procedencia del daño moral, excluyendo su

---

<sup>52</sup> Kumar, *op. cit.*, p. 198. Este autor entiende que la compensación por el daño ocasionado puede dar cuenta de las consecuencias del comportamiento dañoso pero no puede dar cuenta de lo moralmente objetable de dicho comportamiento.

<sup>53</sup> Cf. Sebok, “What did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today”, en *Chicago-Kent Law Review*, p. 203.

<sup>54</sup> Cf. Feinberg, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, pp. 95-118.

<sup>55</sup> Cf. Murphy, “Forgiveness and resentment”, en *Forgiveness and Mercy*, p. 25. Para Murphy, la decisión de “no sancionar” es también expresiva, comunica a la víctima y a la sociedad en general la idea de que el tratamiento propiciado a la víctima y el estatus que la persona agente causante del daño se ha atribuido respecto de ella son apropiados.

<sup>56</sup> V. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 30/2013, pp. 87-91; donde se deslinda conceptualmente la sanción de la compensación, pero luego se concluye imponiendo una única condena por daño moral que engloba ambos conceptos.

potencial aplicación en aquellos supuestos dañosos que involucran conductas particularmente reprochables y merecedoras de sanción pero en las que únicamente se manifiesta un daño patrimonial o donde, por algún motivo, no procede el reclamo por daño moral. En suma, ligar el reclamo punitivo al reclamo resarcitorio por daño moral no solo diluye la distinción conceptual entre sanción y compensación, sino que también limita el ámbito de aplicación del daño punitivo, erosionando su función sancionadora expresiva principal.

### *B. Proporcionalidad de la sanción*

Para evaluar la procedencia y cuantía de los rubros resarcitorios, se debe considerar el impacto que la conducta de la persona demandada tuvo en la persona y bienes de la víctima. Lo cual adquiere un tinte subjetivo y depende de las circunstancias particulares de la víctima en cuestión; por ejemplo, una misma lesión que afecta la flexibilidad en un dedo no tendrá el mismo impacto para un pianista profesional que para una profesora de derecho. Por el contrario, en una situación en que las y los actores también reclamaran la imposición de daños punitivos, el planteo y la prueba de este segundo concepto se orientaría de manera bien distinta. En efecto, la conducta desplegada por la persona demandada —que es lo que se busca sancionar mediante la figura— resulta *objetivamente reprochable* y su sanción debe ser necesariamente evaluada por la persona juzgadora de manera separada de las características subjetivas de la víctima —las que solo deberá indagar para decidir sobre el paralelo reclamo por el daño moral sufrido—.

Así, la conducta de quien maneja alcoholizado o enviando mensajes de textos y lesiona a un peatón es objetivamente reprochable, independientemente de si la víctima era pianista, profesora de derecho o una persona famosa; debido a que todas ellas tienen igual valor moral y merecen ser tratadas con igual consideración y respeto por parte de la persona agente causante del daño. En cambio, en un sistema en que el daño moral cumple al mismo tiempo funciones resarcitorias y sancionatorias, se produce una confusión problemática en el planteamiento del daño, en su prueba y en la justificación de la condena por parte de la jueza o el juez. Cuando la víctima persigue la imposición de una condena punitiva, el proceso de daños debe reorientarse hacia la identificación de la gravedad de la

conducta del demandado. Ello representa el aspecto *cualitativo* de la sanción.<sup>57</sup> Una vez que se determina que la conducta de la persona demandada es merecedora de sanción, la persona juzgadora debe determinar la cuantía de la condena punitiva en proporción directa a la seriedad de la ofensa. Este es el aspecto *cuantitativo* de la sanción.<sup>58</sup>

Lo cierto es que cualquier sanción impuesta por el Estado, ya sea a través de la operatoria del derecho penal o del derecho de daños, debe ser proporcional a la gravedad de la conducta que se sanciona.<sup>59</sup> Entonces, la pretendida respuesta compensatoria —sancionar bajo velos compensatorios— es inconsistente con los requisitos de proporcionalidad exigidos para la imposición de sanciones. Debido a que son incapaces de dar cuenta de los referidos aspectos cualitativos —gravedad de la conducta— y cuantitativos —proporcionalidad de la sanción con la gravedad de la conducta— del castigo. Ciertamente, el clásico proceso de daños debe rediseñarse para poder canalizar apropiadamente aquellas demandas de imposición de sanciones; cuestiones como el castigo múltiple, el *ne bis in idem* y la necesidad de, tal vez, introducir estándares de prueba más estrictos deberán ser analizados.<sup>60</sup> Es decir, la introducción de los daños punitivos en un sistema jurídico dado podría requerir una adaptación de las reglas procesales civiles.

## 2. Algunas proyecciones prácticas

La diferencia conceptual entre sancionar una conducta y reparar un daño tiene, además, otras proyecciones prácticas de trascendencia. Por ejemplo, una sentencia judicial que ordene ambos conceptos tendría efectos declarativos para con el daño resarcible —puesto que la persona juzgadora reconoce la existencia de un menoscabo en el momento en que se produjo y ordena repararlo—; al tiempo

<sup>57</sup> Cf. Moore, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, p. 88.

<sup>58</sup> Cf. Feinberg, “The classic debate”, en *Philosophy of Law*, pp. 727-728.

<sup>59</sup> Cf. Cane, “Retribution, proportionality, and moral luck in tort law”, en *The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming*, p. 170. Cane afirma que “la desproporción en relación a la conducta dañosa es la única razón por la cual se podría afirmar que los daños punitivos no son propiamente parte del derecho de daños”.

<sup>60</sup> V. Martínez Alles y Nazareno, “Desafíos constitucionales de los daños punitivos: Los problemas del *ne bis in idem*”, en *Tratado de los Derechos Constitucionales*. La idea es garantizar al demandado un tratamiento respetuoso durante el litigio de daños; por ejemplo, en la justicia procedimental.

que asumiría un efecto constitutivo para con la condena punitiva —puesto que es el tribunal quien decide sancionar o no en virtud de lo acontecido—. Ello conlleva ciertas consecuencias importantes respecto de cuestiones accesorias, como por ejemplo desde cuándo se computarán los intereses.<sup>61</sup>

De mayor trascendencia aún es el impacto que la distinción conceptual entre sancionar y compensar implica para el proceso de daños, ya que el paradigma clásico de solución de conflictos que predomina en materia de acciones civiles por daños podría necesitar adecuaciones para poder posibilitar una respuesta sancionadora apropiada. En efecto, el proceso de daños podría precisar *desdoblarse*. Esto quiere decir que mientras por un lado conservaría los caracteres típicos de los procesos civiles para dar cabida a los reclamos resarcitorios, por el otro, debería adaptarse a los fines sancionatorios perseguidos a través de la imposición de daños punitivos.<sup>62</sup> De manera que, la presentación de un reclamo punitivo podría afectar significativamente los roles asumidos por las personas operadoras jurídicas en procesos por daños tradicionales, aunque únicamente respecto de la tramitación de dicho reclamo.

En cuanto a la o el abogado de la víctima, la acreditación de una conducta o práctica reprochable de causación de daños, desplegada por la persona demandada hacia aquella, podría requerirle de un esfuerzo probatorio superlativo. El cual probablemente implicaría tareas de investigación y producción de pruebas que exceden con mucho en complejidad e inversión de recursos a las típicamente desarrolladas en el marco de un proceso de daños resarcitorio. En lo que respecta a la persona juzgadora, podría ser deseable requerir de su parte una cierta proactividad en lo atinente al reclamo punitivo. Su tarea sería la de cerciorarse de la existencia de una conducta, esquema o práctica reprochable de causación de daños, identificando con precisión cuál es la conducta a sancionar y disuadir.

---

<sup>61</sup> Una sentencia que ordena reparar un daño mediante el pago de una suma de dinero computa intereses desde el acaecimiento del hecho, debido a su carácter meramente declarativo. V. al respecto el capítulo IX de este manual. Sin embargo, si la misma sentencia manda a pagar determinada cantidad en concepto de daños punitivos, esta suma solamente devengaría intereses a partir de la propia sentencia, en virtud de su carácter constitutivo.

<sup>62</sup> V. Martínez Alles, “¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se ha cuestionado si en estos casos en donde está en juego la imposición de una sanción, el estándar de prueba debería ser más riguroso que en el caso clásico de condena resarcitoria. En atención a ello, algunas jurisdicciones estatales en los Estados Unidos han decidido elevar el estándar de prueba para estos reclamos por daños punitivos, abandonando el clásico criterio de “preponderancia de la prueba” —típico de los reclamos resarcitorios—, por los más rigurosos de “evidencia clara y convincente” y “certeza”.<sup>63</sup> Quizás un estándar intermedio —algo más exigente que el de preponderancia de la prueba pero no tan estricto como el de certeza— sería más adecuado para dar cuenta de la función sancionadora y guiar la actividad procesal de las partes y los tribunales.

Cabe destacar, que la solicitud por parte de la víctima y —en su caso— la imposición de los daños punitivos por parte de la persona juzgadora exigen una actividad argumental y probatoria claramente distinta por parte de las y los abogados como de la o el juzgador. Se debe distinguir la reparación a la víctima individual —que se fundamenta en el impacto de la conducta del demandado en aquella— de la sanción a la persona demandada —que se fundamenta en la conducta reprochable desplegada por esta—. Desde este punto de vista, resulta claramente equivocado suponer que los daños punitivos vienen a “engrosar” las cuentas resarcitorias existentes, puesto que requieren algo bien diferente desde lo conceptual.

En la práctica jurídica argentina, por ejemplo, se advierte en repetidas ocasiones esta falta de claridad conceptual tanto por parte de las y los abogados como de las personas juzgadas, sobre todo en el marco de los procesos de daños en los que se solicitan simultáneamente indemnizaciones por daño moral y daños punitivos.<sup>64</sup> Esto ha generado innumerables confusiones, desgaste procesal innecesario.

<sup>63</sup> V. para un ejemplo del primer tipo de estándar, Alaska St. 09.17.020 (1991); para el segundo Colorado Rev. Stat. Ann. §13-25-127(2).

<sup>64</sup> La muy discutida sentencia de primera instancia —revocada en apelación y luego confirmada su revocación por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba— en el caso *Teijeiro o Teijeiro vs. Cerveceria y Malteria Quilmes SAICAyG*, es un buen ejemplo de ello. En el caso, se impuso una condena por daños punitivos de \$2 000 000 en favor de un consumidor de gaseosa que encontró un elemento extraño en el interior de un envase no abierto. Más allá de la atención generada por lo abultado de la condena, el caso resulta interesante porque el problema más notorio de dicho pronunciamiento es, quizás, que

sario, y de algún modo ha dificultado un avance más homogéneo en la aplicación de la figura.

## V. Deslinde conceptual entre sanción y disuasión

Una vez que logramos deslindar conceptualmente la sanción de la compensación, nos enfrentamos ante un nuevo desafío. Se trata del deslinde conceptual entre *sanción* y *disuasión*, que es la declarada doble función de los daños punitivos.

### 1. El problema de la doble función: sanción y disuasión

Pareciera que la mayoría de las personas autoras están de acuerdo en que los daños punitivos son condenas pecuniarias extracompensatorias que las y los juzgadores imponen a pedido de parte, con el objeto de *sancionar* a la persona demandada y a *disuadir* a esta —y tal vez a terceros— de incurrir en conductas similares en el futuro. Sin embargo, hay una gran disputa sobre cuál sería la mejor combinación entre sancionar y disuadir. De hecho, la circunstancia de que estas dos ideas se encuentren interconectadas, tal vez de manera indisoluble, no obsta a que una pueda ser entendida como el objetivo central de la institución en detrimento de la otra: perfectamente podría plantearse que la sanción es el efecto necesario de la disuasión, o bien viceversa, que la disuasión es el efecto secundario de la sanción.

La cuestión es que la discusión sobre la doble función de los daños punitivos en la comunidad jurídica continental se desarrolla a un nivel demasiado general o abstracto, lo que da lugar a un juego errático entre sanción y disuasión.<sup>65</sup> Ejemplos elocuentes de ello son las recientes defensas que algunas personas autoras

---

el tribunal no distinguió claramente el reclamo resarcitorio del punitivo, por lo que hizo extensivas al segundo las pautas que ordinariamente gobiernan el primero.

<sup>65</sup> Cf. Martínez Alles, “¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, p. 1405.

ofrecen de los daños punitivos, basadas exclusivamente en su función disuasiva, aunque sin mayor explicación sobre su particular concepción de esta última.<sup>66</sup> En concreto, estas autoras y autores entienden que la sanción en su faz retributiva es ajena a la cultura jurídica continental y, en particular, al derecho privado; pero que no habría obstáculo alguno si se entiende a la “sanción” como “disuasión” en el derecho de daños.<sup>67</sup> Esto resulta problemático por al menos dos razones. Primero, porque descartan rápidamente la idea de sanción como retribución, sin mayor discusión sobre la misma, lo que obstaculiza la reflexión teórica sobre la dimensión sancionadora de los daños punitivos. Segundo, porque omiten explicitar la particular concepción de “disuasión” que pretenden hacer avanzar. Lo que introduce ambigüedad en la discusión y complejiza aún más la comprensión de la figura, al tiempo que permite que ideas propias del análisis económico del derecho —que entiende a la “disuasión óptima” como la función principal de los daños punitivos— se cuelen de manera solapada, desapercibida y sin mayor comprensión.<sup>68</sup>

Esto no quiere decir que estas personas autoras no hayan desarrollado intuiciones básicas en torno a cómo deben darse la sanción y la disuasión, pero resulta evidente que la exposición sistemática de concepciones particulares es prácticamente inexistente y el debate sobre ellas brilla por su ausencia. El principal problema y una de las razones por las cuales la figura de los daños punitivos resulta tan controvertida, es que el concepto del instituto en torno a las funciones de sanción y disuasión da lugar a concepciones diametralmente diferentes. Lo cual, a la vez, acarrea implicancias prácticas y de diseño institucional que son significativas.

Por ejemplo, bajo el entendimiento de los daños punitivos en términos de “retribución relacional” que he defendido en el apartado III, la *sanción* cumple un rol

---

<sup>66</sup> Wagner, “Punitive damages”, en *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, p. 1405. Para Wagner, los daños punitivos no son incompatibles con el derecho de daños europeo siempre que cumplan una función disuasiva. En esa línea, propone denominarlos “daños preventivos”.

<sup>67</sup> Coderch, *op. cit.*, p. 14. Este autor manifiesta que “[l]a negativa, frecuente en la doctrina continental, a aceptar que el *civil law* pueda admitir esta institución olvida, demasiadas veces, que rechazar su aspecto sancionador no debería hacer olvidar sus funciones preventivas y simbólicas”.

<sup>68</sup> Este fenómeno se observa recurrentemente en los debates que se cursan en las jurisdicciones continentales, que se encuentran influenciadas predominantemente por las discusiones y práctica norteamericanas de imponer daños punitivos.

principal y la *disuasión* es necesariamente concebida como el efecto derivado —o accesorio— de la imposición de la sanción. De ello se sigue no solo la relevancia de la gravedad o reprochabilidad de la conducta de la persona agente causante del daño como elemento necesario de procedencia de los daños punitivos, sino también la necesidad de reconocer un espacio significativo a la víctima. Esta última se encuentra en una posición especial en relación a la primera para solicitar, mediante la activación del proceso civil de daños, la imposición de la sanción —el daño punitivo—. Con el fin de expresar su indignación moral respecto de la conducta reprochable desplegada hacia su persona, pero también de obtener la reivindicación de sus derechos *vis a vis* con la persona agente causante del daño. Así, siguiendo esta lógica sancionatoria relacional, la asegurabilidad de los daños punitivos debería prohibirse, y el monto de la condena punitiva debería ser proporcional a la gravedad de la conducta desplegada por la persona agente causante del daño y destinarse a la víctima. Esta es la única habilitada para solicitar la imposición judicial de la sanción en virtud de su especial posición relacional respecto de quien causó el daño.<sup>69</sup>

Ahora bien, si los daños punitivos son entendidos principalmente como un mecanismo para implementar un esquema particular de disuasión, la problemática se vuelve bien diferente; pensemos, por ejemplo, en aquellas propuestas del análisis económico que conciben a los daños punitivos como herramientas al servicio de la eficiencia.<sup>70</sup> Dentro de estas teorías que ponen el acento en la *disuasión óptima* como la función principal de los daños punitivos, se encuentra la ya clásica teoría normativa del multiplicador, elaborada por los autores estadounidenses Mitchell Polinsky y Steven Shavell.<sup>71</sup> Dichos autores entienden que, para alcanzar la disuasión óptima, la persona agente que causa el daño debería pagar por dicho daño en tanto lo ha generado su conducta, ni más ni menos. Si la

<sup>69</sup> Estos aspectos se analizarán con detenimiento en el apartado VI de este capítulo.

<sup>70</sup> V. Cooter, “Economic analysis of punitive damages”, en *South California Law Review*; Polinsky y Shavell, “Punitive damages: An economic analysis”, *Harvard Law Review*.

<sup>71</sup> El objetivo de los autores consiste en desarrollar un conjunto coherente y sencillo de principios que permitan determinar cuándo los daños punitivos deberían ser concedidos y, en las circunstancias en que son apropiados, cuál debería ser su escala. La metodología empleada es económica, en función de que analizan cómo agentes racionales responderán ante la amenaza de condenas por daños punitivos y si dichas respuestas contribuyen o no al bienestar social. Cf. Polinsky y Shavell, *op. cit.*, pp. 870-873.

persona que daña paga menos que el daño que causa, se generaría un problema de baja disuasión —es decir, las medidas preventivas que tome dicha persona serían inadecuadas, el precio de los productos sería muy bajo y habría cada vez más actividades que produzcan riesgos—. Al contrario, si quien daña paga más que el daño que causa, se generaría un problema de disuasión alta —es decir, se tomarían precauciones innecesarias, el precio de los productos sería demasiado elevado y las actividades riesgosas, que a la vez son socialmente beneficiosas, serían reducidas de manera indeseable—.

En dicho contexto, la pregunta crucial a considerar por los autores es la siguiente: ¿escapan a veces los sujetos a responder por los daños que causan? Si es que lo hacen, el *quantum* de la condena que se imponga sobre ellos —en los casos en que son encontrados responsables— debería necesariamente exceder los daños compensatorios, de manera que paguen por el daño que efectivamente causan. Polinsky y Shavell entienden que la no imposición de este *plus* extracompenatorio derivaría en una disuasión inadecuada. Por lo tanto, su propuesta es que se compute este “exceso” respecto de la condena resarcitoria bajo el rótulo de “daño punitivo”. En dicha inteligencia, si quien causa daños tiene cierta chance de escapar a responder por ellos —es decir, la probabilidad de que esta persona sea condenada por los daños que causa es inferior al 100%—, la cantidad adecuada de la condena a imponerle —una vez que se le encuentra responsable en el marco de un juicio por daños— debería ser equivalente al daño causado a la víctima multiplicado por la inversa de probabilidad de ser encontrada responsable.<sup>72</sup> De esta manera, en promedio, la persona que dañó estaría pagando por el daño que causa y ello conduciría a un comportamiento socialmente deseable en términos de las medidas preventivas que se adopten y la participación en actividades riesgosas.

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 874. Los autores introducen el siguiente ejemplo: si el daño a la víctima es de \$100 000 y existe solo una chance del veinticinco por ciento —25% o 0,25— de que la persona que dañó sea encontrada responsable por el daño total que causa, la condena a resarcir el daño causado debería ser multiplicada por 1/0,25 o 4 —es decir, el factor de detección—. De manera que la condena total alcance la suma de \$400 000 —compuesta de \$100 000 para compensar los daños sufridos por la víctima y \$300 000 en concepto de daño punitivo—. Debido a que la persona que dañó pagará esta suma una vez por cada cuatro veces que genere el daño, en promedio estará pagando \$100 000 por daño causado.

De acuerdo con Polinsky y Shavell, los daños punitivos son justificados solamente en un espectro limitado, es decir solo en las circunstancias en que quien daña tenga “chance de escapar a la responsabilidad” por los daños que causa. Es más, entienden que los tribunales se equivocan al considerar la reprochabilidad de la conducta de la persona demandada como factor relevante para determinar la imposición de daños punitivos; dicho factor es irrelevante si lo que se persigue mediante el instituto es la disuasión óptima.<sup>73</sup> Siguiendo esta lógica económica, hacer depender los daños punitivos de la reprochabilidad de la conducta de la persona demandada distorsiona la idea de disuasión óptima en dos sentidos: (i) cuando se imponen daños punitivos en exceso, en los casos en que la conducta de la persona demandada es reprehensible pero su chance de ser encontrado responsable es cierta; y (ii) cuando no se imponen daños punitivos debido a que la persona demandada ha desplegado una conducta dañosa no reprehensible —simple negligencia—, sin considerarse si tiene chances de escapar a su responsabilidad.

Se advierte así, claramente, que el factor que los autores consideran relevante para determinar la imposición de daños punitivos es la “chance de evadir responsabilidad” que tenga la persona demandada, independientemente de la reprochabilidad de su conducta.<sup>74</sup> Asimismo, se hace evidente de qué manera, bajo esta

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 904. A los fines de esclarecer la teoría del multiplicador y de que se comprenda el factor de detección al que refieren Polinsky y Shavell, considero ilustrativo presentar uno de los ejemplos que ellos mismos utilizan. Para mostrar un caso claro en donde, pese a lo reprochable de la conducta, no deberían imponerse daños punitivos debido a que no hay chances de escapar a la responsabilidad. El caso es el del accidente náutico considerado en *Exxon Shipping Company et al. vs. Baker*, 128 S. Ct. 2605, que causó un derrame de 42 millones de litros de petróleo y contaminó más de 1 600 kilómetros de la costa de Alaska. En el caso se demostró que el accidente se debió en parte a la conducta del capitán, quien se encontraba alcoholizado y se retiró a dormir, dejando al mando a un inexperimentado subalterno en una zona peligrosa. Se pudo demostrar tanto que la compañía Exxon conocía el problema de alcoholismo de su dependiente, como la ausencia de un tratamiento serio para el mismo. Los autores explican que, dadas las características del accidente, no existía chance alguna de que la corporación Exxon pudiera escapar a su responsabilidad: un accidente de esta magnitud es conocido por todos; la identidad del dañador es evidente; y hay incentivos suficientes para demandar debido a la magnitud de los daños compensatorios. Así concluyen que, de acuerdo con su análisis, los daños punitivos no resultan necesarios o apropiados en este caso particular, debido a que el demandado no podría escapar a su responsabilidad por daños compensatorios, independientemente del carácter eminentemente reprochable de su conducta.

<sup>74</sup> Ello, por supuesto, no implica desconocer la utilidad de considerar el particular estado mental subjetivo de la conducta de la persona demandada —por ejemplo, evidencia de ocultación del defecto, etcétera— cuando aquel contiene información indiciaria de extrema relevancia para determinar dicha chance de escapar a la responsabilidad.

mirada, la víctima es concebida como una o un *actor racional* que desempeña un rol *contingente*. En el sentido de que no es la especial posición relacional respecto de la persona agente causante del daño lo que motiva la solicitud y justifica la imposición judicial de la sanción —el daño punitivo—, sino más bien el objetivo agregado de lograr comportamientos eficientes mediante su imposición. Bajo el predominio de la disuasión óptima se sigue que, si bien no es necesario, tiene sentido otorgar los montos de las condenas punitivas a las víctimas para generar los incentivos suficientes para que demanden —es decir, para que ejerciten su rol de “fiscales del mercado”—. Por consiguiente, se sigue también que no hay en principio obstáculo alguno para promover la asegurabilidad de dichas condenas; y que el monto de los daños punitivos debe ser el adecuado para alcanzarla —ni más, ni menos—. De manera que la calibración para lograr esto debe estar necesariamente informada por al menos dos parámetros: (i) el “daño experimentado por el actor”, que es la base sobre la cual se aplica la fórmula matemática del multiplicador —ya que se lo toma como indicativo del “daño típico” o “promedio” experimentado por la víctima de la conducta dañosa de la persona demandada—<sup>75</sup> y; (ii) la “chance que tiene el demandado de escapar a la responsabilidad” por los daños causados —la inversa de la probabilidad de ser encontrado responsable—, que es el factor por el cual se multiplica la primera variable.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Cf. Galligan, “Disaggregating more-than-whole damages in personal injury law: Deterrence and punishment”, en *Tennessee Law Review*, p. 133. Galligan considera que el multiplicador de daños punitivos contiene un problema metodológico, en el sentido de que no parece ser adecuado tomar los daños compensatorios de la víctima que demanda exitosa como base para aplicar el multiplicador. El punto es que el daño a esta puede estar muy por arriba o muy por abajo del “promedio” de daño que la conducta de la persona demandada causa. Polinsky y Shavell toman el daño compensatorio de la víctima que demanda como si el mismo representara el “típico” daño causado por la o el demandado. Galligan propone, en cambio, que en su lugar se utilice el criterio del “daño potencial” o “promedio de daño” derivado de la conducta de la persona demandada.

<sup>76</sup> Adviértase que la demostración y apreciación precisa de la posibilidad de que el demandado escape a su responsabilidad, lo que resulta ser el factor relevante para determinar la procedencia y calcular el *quantum* que permita disuadir de manera óptima, requiere de un esfuerzo probatorio muy significativo. En algunos casos, ello podrá inferirse parcialmente de la reprochabilidad de la conducta de la persona demandada — por ejemplo, en casos de ocultamiento del defecto del producto—. Pero, en general se requerirán medios de prueba más complejos, tendientes a acreditar parámetros específicos, como la cantidad de demandas entabladas por la misma conducta por sobre la cantidad estimada de personas afectadas, los incentivos económicos de cada víctima para demandar el resarcimiento, etcétera. Obviamente, la combinación de estos factores en un índice único de “probabilidad de escapar a la responsabilidad” agrega una dificultad superlativa para las y los abogados y tribunales, especialmente cuando

Por todo ello, el debate sobre los daños punitivos debe reencauzarse en un nivel distinto, mucho más concreto que el actual. La tarea que debe ocupar a las autoras y autores es la presentación, justificación y defensa de interpretaciones específicas de las funciones del instituto —dígase, la sanción y disuasión— y las consecuencias prácticas que de ellas se derivan. De allí que la propuesta de reducir “sanción a disuasión” o “disuasión a sanción”, sin mayor especificación sobre las particularidades de estos términos que están en juego, difícilmente puede ser considerada satisfactoria; al tiempo que ciertamente dificultará la construcción de una práctica coherente de adjudicación de daños punitivos.

Particularmente, en Argentina esta problemática se advierte con claridad, debido a que la discusión se mantuvo siempre en un alto nivel de generalidad respecto de la interacción entre sanción y disuasión, y los conceptos en juego. Las personas juzgadas y operadoras del derecho juegan simultáneamente con diferentes entendimientos de sanción y disuasión de manera errática e incoherente, dificultando así que se logre una sana práctica de adjudicación de daños punitivos. De hecho es posible observar, de un reciente paneo informal de la jurisprudencia argentina, que si bien la gran mayoría de las sentencias aluden a la función sancionatoria como prioritaria, hay algunas otras que aluden a la función disuasiva como tal —aunque sin mayor especificación sobre de qué hablan cuando hablan de disuasión—.

Incluso se advierten grandes inconsistencias internas en algunas sentencias —aunque son minoritarias y se han sucedido por el momento en una única jurisdicción del país—, en las que se alude a la función sancionatoria como prioritaria a los fines de determinar la procedencia de la imposición de los daños punitivos; es decir, se enfatiza la gravedad de la conducta en cuestión. Sin embargo, en las que luego se abandona ese foco en la reprochabilidad de la conducta de la persona demandada al momento de determinarse su monto. Dicho de otra manera, en vez de concentrarse en cuestiones de proporcionalidad de la sanción respecto a la gravedad de la conducta para determinar su cuantía, optan por seguir parámetros propios de lo que es la *disuasión óptima* de los daños punitivos

---

la precisión en este cometido juega una función crítica para que la disuasión que se logre con la cuantía de la condena resulte efectivamente “óptima”.

—tienen en cuenta, por ejemplo, la “probabilidad de escapar a la responsabilidad civil” de la persona agente causante del daño—. <sup>77</sup>

## VI. Aristas de diseño institucional

Una vez que logramos dilucidar la dimensión sancionadora del derecho de daños y los principales deslindes conceptuales en juego, además de hacer evidentes las implicancias que se derivan de ellos, nos encontramos en mejores condiciones para participar de manera más efectiva en las discusiones sobre la (in)conveniencia de la incorporación de los daños punitivos en un sistema jurídico determinado, y también en los debates específicos sobre los aspectos relevantes que hacen a decisiones de diseño institucional de la figura. En lo siguiente, se analizarán algunos de estos puntos señalados desde el entendimiento de los daños punitivos en términos de *retribución relacional* —postura que se ha defendido a lo largo del capítulo—; pues esta otorga a la *función sancionadora* un rol principal, a la vez que entiende a la disuasión como el efecto derivado —o accesorio— de la imposición de la sanción —daños punitivos—.

### 1. Reprochabilidad de la conducta

La función principal de la sanción exige poner especial acento en que, la conducta desplegada por la persona demandada hacia la víctima sea merecedora de sanción. Para que proceda la imposición de daños punitivos, se requiere necesariamente identificar conductas, prácticas o esquemas particularmente graves o especialmente reprochables que denoten un menosprecio o indiferencia por los derechos ajenos y por las consecuencias dañosas que de ellas se derivan. <sup>78</sup>

<sup>77</sup> V. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, *Castelli, María Cecilia vs. Banco Galicia y Buenos Aires S.A.*

<sup>78</sup> Cf. Martínez Alles, “Daños punitivos: ¿Cómo sancionar malas prácticas empresariales?”, en *Diario La Ley*, p. 534. Argumentando que las partes, en el ámbito del consumo, en vez de obsesionarse con identificar el “elemento subjetivo”, deben concentrar sus esfuerzos en identificar y probar la práctica o esquema reprochable puesto en marcha por la corporación. Ya que aquel se presenta como inseparable de esta última. En esta línea, v. el Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, art. 118; “se aplicará una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio, dolo o culpa grave hacia los derechos del consumidor”.

Algunos de los parámetros a seguir, al momento de realizar los juicios cognitivos, para determinar si la conducta de la parte demandada es de aquellas que dan lugar a la imposición de daños punitivos podrían ser los siguientes: (i) si la persona demandada tiene plena consciencia de que las consecuencias de su actuar generarán un probable peligro grave para terceros; (ii) si la persona demandada muestra una consciente indiferencia respecto del peligro de daño que su conducta genera para terceros; (iii) si la conducta desplegada por la persona demandada importa un desvío grosero respecto de lo que se considera un nivel ordinario de cuidado.<sup>79</sup>

Ciertamente, la determinación de aquellas conductas que se consideran especialmente graves o reprochables, y como tales merecedoras de la imposición de daños punitivos, dependerá en última instancia del sistema jurídico del que se trate. Por ejemplo, la cuestión de la reprochabilidad de la conducta se ha abordado de diversas maneras en el marco de los sistemas del *common law*. En el derecho inglés, los daños punitivos solo pueden solicitarse en tres tipos de supuestos: (i) ilícitos lucrativos, (ii) abuso de poder de parte de funcionarios del Estado, y (iii) cuando un estatuto particular así lo prevea.<sup>80</sup> Es decir, su ámbito de aplicación estuvo limitado desde el principio a estas categorías de casos y su evolución y expansión ha sido, si se quiere, lenta, tímida y controlada.<sup>81</sup>

En cambio, en Estados Unidos, aunque si bien depende de cada estado, el ámbito de aplicación de los daños punitivos es mucho más amplio; dado que, en vez de restringir su procedencia a ciertas categorías preestablecidas de casos, el foco de atención se ha puesto en la identificación en concreto en el marco del proceso de daños de conductas especialmente graves o reprochables merecedoras de

<sup>79</sup> Cf. Sunstein, *et al.*, *Punitive Damages: How Juries Decide*, p. 78.

<sup>80</sup> V. Goudkamp y Katsampouka, "Punitive damages: Ten misconceptions", en *Punishment and Private Law*. V. también *Rookes vs. Barnard*, AC 1129, 1226—1227 (Lord Devlin); donde se introduce el denominado "test de categorías". Nótese que la tercera categoría es esencialmente irrelevante, debido a que las legislaturas rara vez han autorizado la inclusión de daños punitivos en estatutos particulares.

<sup>81</sup> Cabe aclarar que el derecho inglés es el más restrictivo dentro de los sistemas del *common law*: Australia y Nueva Zelanda son mucho menos restrictivos en su tratamiento de los daños punitivos y han rechazado abiertamente el *test de categorías* del derecho inglés.

sanción.<sup>82</sup> Así, si analizamos el grueso de la jurisprudencia norteamericana, podemos observar que la imposición de daños punitivos ha tenido lugar en supuestos de los más variados, que van desde productos defectuosos, daños ambientales, acoso laboral, discriminación, accidentes de automotores, afectaciones a la privacidad y a la dignidad, entre muchos otros.

En el contexto latinoamericano, particularmente en el caso de Argentina y Chile, el abordaje ha sido diferente, ya que por el momento los daños punitivos han sido incorporados exclusivamente en el ámbito del derecho del consumo. Es decir, si bien el foco se ha puesto —inspirado mayoritariamente en la práctica norteamericana— en la identificación de la reprochabilidad o gravedad de la conducta de la persona demandada en el caso concreto bajo litigio, los daños punitivos únicamente proceden en un ámbito de aplicación predeterminado: el de las relaciones de consumo. El caso de México es diferente, debido a que la SCJN, aunque también con énfasis en la identificación de la gravedad o especial reprochabilidad de la conducta del demandado, ha interpretado que los daños punitivos forman parte del “derecho a una justa indemnización”; y que se desprenden de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal —actualmente Ciudad de México—, que regula el daño moral, lo que indicaría que en principio tendrían un ámbito de aplicación más amplio.<sup>83</sup> Cabe aclarar, que su grado de amplitud dependerá de si se interpreta que la procedencia del daño punitivo está atada a la del daño moral o, por el contrario, se entiende que aquel es autónomo de este último. En el primer supuesto, el reclamo punitivo sería parasitario del reclamo resarcitorio por daño moral; lo que no solo diluye la distinción conceptual entre sancionar y compensar, sino que también limita el ámbito de aplicación del daño punitivo solo a aquellos supuestos dañosos en los que procede el reclamo por daño moral. Erosionando así su función

---

<sup>82</sup> Cf. Sebok, “Punitive damages in the United States”, en *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, pp. 181-183. Este autor describe los tipos de conductas que son generalmente sancionadas con daños punitivos en Estados Unidos: (i) conductas realizadas con el propósito o intención de causar el resultado o con suficiente certeza de que la acción causará el resultado; y (ii) conductas desplegadas con plena consciencia de los graves riesgos de daños que se imponen irrazonablemente a terceros y con clara indiferencia respecto de los mismos.

<sup>83</sup> En cuanto a los sujetos excluidos, la SCJN ha entendido que el Estado no puede ser condenado a pagar daños punitivos. V. SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo 50/2015, p. 73.

sancionadora expresiva principal, al excluir su potencial aplicación en aquellos supuestos que involucran conductas particularmente reprochables y merecedoras de sanción, pero en las que únicamente se manifiesta un daño patrimonial o donde, por algún motivo, no procede el reclamo por daño moral. Por el contrario, si se entiende que el daño punitivo es autónomo del daño moral, la *retribución relacional* ofrece un marco teórico robusto para justificar la práctica de adjudicar daños punitivos en México.<sup>84</sup> Siguiendo esa lógica, la discusión debería concentrarse en identificar los requisitos que la *retribución relacional* exige para la procedencia e imposición del daño punitivo de manera independiente de aquellos que regulan la procedencia e imposición del daño moral.<sup>85</sup>

## 2. Legitimación activa y destino de la condena

Desde la perspectiva de la *retribución relacional*, la víctima, cuyo derecho ha sido violado de manera particularmente reprochable por parte del demandado, se encuentra en una posición especial en relación a la persona agente causante del daño para solicitar la imposición del daño punitivo. Es más, la prerrogativa de activar el proceso civil de daños representa para la víctima una vía legítima no solo para expresar su indignación moral respecto del tratamiento recibido por la conducta reprochable del demandado, sino también para obtener la reivindicación de sus derechos *vis a vis* con la persona agente causante del daño. En dicha lógica retributiva relacional, la destinataria natural de las sumas de dinero ordenadas por los tribunales en concepto de daños punitivos es la propia víctima que

---

<sup>84</sup> V. Amparo Directo 30/2013, con el fin de profundizar en la discusión de la SCJN sobre este tema. En el cual el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo formuló voto concurrente. Asimismo, la Primera Sala de la SCJN, con una composición diferente a la del Amparo Directo 30/2013, se refirió a la importancia de distinguir sanción de compensación, cuestionando si realmente los daños punitivos —que tienen un propósito estrictamente sancionatorio— se justifican bajo el principio de “justa indemnización” —que tiene un propósito resarcitorio—. V. al respecto SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo en Revisión 1133/2019.

<sup>85</sup> V. en esta línea, SCJN, Segunda Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5612/2017; refiriendo a que debido a la naturaleza sancionatoria de los daños punitivos estos requieren de un reconocimiento legislativo previo que determine su ámbito de aplicación, los requisitos legales exigidos para su imposición, los estándares para evitar el castigo excesivo, etcétera.

ha sido vulnerada por la conducta reprochable que se sanciona.<sup>86</sup> Esto, de algún modo, neutraliza la recurrente objeción de que los daños punitivos representarían un enriquecimiento sin causa para la víctima.

### 3. Montos y cuantificación

La función principal de sanción exige que el monto de la condena punitiva sea *proporcional* a la gravedad de la conducta desplegada por la persona agente causante del daño.<sup>87</sup> A mayor reprochabilidad de la conducta de la persona demandada corresponderá mayor sanción, a la vez que se justifica un mayor *quantum* de condena en concepto de daños punitivos. Además de lo reprehensible de la conducta de la persona demandada y la gravedad de la ofensa, otro parámetro que la persona juzgadora debería tener en cuenta para evaluar el monto de la condena por daños punitivos será la riqueza o patrimonio del demandado —es decir, su capacidad de pago—; de manera que la condena le represente una verdadera sanción y además le disuada en el futuro.<sup>88</sup> Por ello, las partes deberían concentrar su actividad probatoria en el establecimiento de la situación económica de la persona demandada para posibilitar una cuantificación adecuada de la condena.

Lo cierto es que en ningún caso el monto de los daños punitivos debería necesariamente guardar una relación razonable alguna con el monto de los daños compensatorios.<sup>89</sup> Al contrario, debería entenderse que la cantidad apropiada de

---

<sup>86</sup> La Ley de Defensa del Consumidor de Argentina establece que la petición de daños punitivos es a “instancia del damnificado” y que su monto es “a favor del consumidor”. V. Ley núm. 26.361 B.O., art. 52bis.

<sup>87</sup> *Id.* En esta misma ley se establece que el monto de los daños punitivos “se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”.

<sup>88</sup> Cf. Hubbard, “Substantive due process limits on punitive damages awards: ‘morals without technique’”, en *Florida Law Review*, p. 369. Hubbard expresa que “[t]eniendo en cuenta que una suma de dinero fija castigaría a una persona pobre más que a una rica, uno puede comprender la relevancia del factor riqueza para el interés [...] en la retribución”. En esta línea, el *Projet de Réforme de la Responsabilité Civile*, art. 1266-1 propone que el monto de la condena punitiva sea proporcional a la gravedad de la conducta, a la capacidad de pago del agente causante del daño y al beneficio económico que hubiera obtenido del ilícito.

<sup>89</sup> En *Buzzard vs. Farmers ins. Co.*, la Corte Suprema de Oklahoma interpretó que no se debe “exigir como requisito que el monto de los daños punitivos tenga que guardar una relación determinada con

daños punitivos dependerá necesariamente de las particulares características de la conducta de la persona demandada —valorando la situación de indiferencia o menosprecio por los derechos de terceros, intencionalidad, negligencia grosera, etcétera— y no del grado de severidad del daño causado a la víctima.<sup>90</sup> En dicha línea, las *ratios* en relación al daño compensatorio —por ejemplo, el monto del daño punitivo no puede ser más de diez veces el daño compensatorio, o alguna otra que se proponga— serían líneas arbitrarias pragmáticas que diluyen la distinción conceptual entre sanción y compensación.

Dado que la condena a pagar daños punitivos constituye una sanción, podría aceptarse que el Poder Legislativo considere que debe establecerse un límite en función del carácter punitivo del instituto. Ello sin perjuicio de destacar que, un límite máximo absoluto o tope legal nominal podría obstaculizar en algunos casos la finalidad sancionatoria perseguida.<sup>91</sup>

En relación a las recurrentes críticas que apuntan a lo excesivo de los montos de las condenas punitivas, se advierte que ellas son, en su gran mayoría, infundadas.<sup>92</sup>

---

respecto al monto de los daños compensatorios” debido a que “los daños punitivos son otorgados a los fines de castigar al demandado por la conducta dañosa desplegada”. V. 824 P 2d 1105 (Okla. 1992), p. 1115.

<sup>90</sup> Cf. Hubbard, *op. cit.*, p. 369. Este autor refiere a casos en los cuales el daño experimentado por la víctima no es significativo y, sin embargo, la conducta desplegada por la persona demandada es de un alto grado de indiferencia y reprochabilidad. En estas situaciones, el autor entiende que la particular conducta del demandado debería autorizar una proporción de daños punitivos que no guarde necesaria relación con los daños compensatorios. Cf. también, Molina Sandoval y Pizarro, “Los daños punitivos en el derecho argentino”, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, p. 69. Por su parte, estos autores manifiestan que “la gravedad de la conducta no tendrá relación directa con el daño a reparar (el cual puede ser *nimio* en su existencia individual o incluso *difuso* en su visión ontológica)”.

<sup>91</sup> La Ley de Defensa del Consumidor de Argentina ha fijado un tope legal de \$5 millones de pesos. Hay que considerar los problemas inflacionarios típicos de países como Argentina, que en más de una oportunidad han llevado a las multas —por ejemplo, las del Código Penal— a la insignificancia. Establecer topes máximos expresados en sumas de dinero no parece ser lo aconsejable. Por su parte, el *Projet de Réforme de la Responsabilité Civile* de Francia, art. 1266-1 propone que si la persona responsable es una persona jurídica, la sanción puede llegar al 5% del monto más alto de sus ingresos, excluido el impuesto sobre el valor añadido vigente en ese país.

<sup>92</sup> Estas críticas, las cuales han tenido un impacto significativo en crear y sostener una percepción generalizada de exorbitancia de los montos, han sido fomentadas fundamentalmente por el movimiento de reforma del derecho de daños en los Estados Unidos y la repercusión mediática de algunas condenas punitivas abultadas impuestas por jurados, pese a que fueron luego reducidas significativamente en instancias ulteriores.

De hecho, recientes estudios empíricos realizados en Estados Unidos,<sup>93</sup> Inglaterra,<sup>94</sup> y Australia<sup>95</sup> —jurisdicciones que tienen una larga trayectoria en la práctica de adjudicar condenas punitivas— muestran no solo que los daños punitivos se imponen excepcionalmente, sino también que sus montos son más bien moderados y constantes. Del mismo modo, en Argentina, única jurisdicción continental que posee una práctica de adjudicación de condenas punitivas de más de una década, los montos en promedio son más bien bajos y constantes.<sup>96</sup>

#### 4. Asegurabilidad

Bajo un predominio de la función sancionadora retributiva, la asegurabilidad de los daños punitivos debería en principio prohibirse,<sup>97</sup> ya que aquella función se vería desnaturalizada si fuese una compañía de seguros la que terminara haciéndose cargo de la condena punitiva.<sup>98</sup> Así, quien despliega la conducta reprochable es quien debe ser sancionado y quien debe, por consiguiente, afrontar el monto de los mismos.

### VII. Conclusión

Los principales obstáculos en los debates sobre los daños punitivos en los sistemas continentales se centran, por un lado, en la resistencia a discutir el espacio de la sanción en el derecho de daños y su relación con la reparación y la prevención,

---

<sup>93</sup> V. Vidmar y Holman, “The frequency, predictability, and proportionality of jury awards of punitive damages in state courts 2005: A new audit”, en *Suffolk University Law Review*.

<sup>94</sup> V. Goudkamp y Katsampouka, “An empirical study of punitive damages”, en *Oxford Journal of Legal Studies*.

<sup>95</sup> V. Maher, “An empirical analysis of exemplary damages in Australia”, en *Melbourne University Law Review*.

<sup>96</sup> El promedio aproximado es de \$150 000 pesos argentinos. Tomando en cuenta el tipo de cambio al 1 de agosto de 2022, el peso argentino equivale a USD 0,0075, por lo que el monto promedio de los daños punitivos equivale a USD 1,129. Cabe aclarar que en los últimos años se han adjudicado condenas por daños punitivos más elevadas —es decir, entre pesos argentinos \$800 000 a \$1 000 000—, aunque aún bastante alejadas del límite legal máximo de pesos argentinos \$5 000 000 —equivalente a USD 37,632—.

<sup>97</sup> De no prohibirse expresamente, podría considerarse que la ejecución de los seguros de daños punitivos es contraria al “orden público”, como de hecho sucede en algunas jurisdicciones de Estados Unidos.

<sup>98</sup> En esta línea, el *Projet de Réforme de la Responsabilité Civile de Francia*, art. 1266-1 y el *Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumo de Argentina*, art. 118, proponen prohibir su asegurabilidad.

y por el otro, en la ausencia de un debate más concreto y profundo sobre la doble función de sanción y disuasión de los daños punitivos y su interrelación. Entiendo que estos son los consensos sustantivos básicos en los que debe trabajar una comunidad jurídica determinada para poder debatir de manera efectiva la (in)conveniencia de incorporación de los daños punitivos y para poder evaluar las demás cuestiones de implementación práctica y de diseño legal del instituto, de manera que sea el adecuado para el sistema jurídico en cuestión.

## Bibliografía

- Barros Bourie, E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- Beever, A., “The structure of aggravated and exemplary damages”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23, 2003, pp. 87-110.
- Borghetti, J., “Punitive damages in France”, en Koziol H. y Wilcox V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena, 2009, pp. 62-67.
- Bueres, A. J. y Picasso, J. S., “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos”, *Revista de Derecho de Daños Rubinzal Culzoni*, II, 2011, pp. 65-75.
- Büyüksagis, E., Ebert, I., Fairgrieve, D., Meurkens, R. C., y Quarta, F., “Punitive damages in Europe and plea for the recognition of legal pluralism”, *European Business Law Review*, 1, 2016, pp. 137-157.
- Cane, P., “Retribution, proportionality, and moral luck in tort law”, en Cane P. y Stapleton J. (eds.), *The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 141-73.
- Chamallas, M. y Wriggins J., *The Measure of Injury: Race, Gender, and Tort Law*, New York University Press, Nueva York y Londres, 2010.

- Coderch, P. S., "Punitive damages", *InDret*, 01, 2000, pp. 1-17.
- Cooter, R. D., "Economic analysis of punitive damages", *South California Law Review*, 56, 1982, p. 79.
- Dyson, M., *Comparing Tort and Crime: Learning from Across and Within Legal Systems*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Duff, R. A., *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Feinberg, J., "The classic debate", en Feinberg J. y Coleman J. (eds.), *Philosophy of Law*, Wadsworth, Belmont, 2000, pp. 727-31.
- \_\_\_\_\_, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970.
- Fletcher, G. P., "The place of victims in the theory of retribution", *Buffalo Criminal Law Review*, 3, 1999, pp. 51-63.
- Galligan, T. C. Jr., "Disaggregating more-than-whole damages in personal injury law: Deterrence and punishment", *Tennessee Law Review*, 71, 2003, p. 117.
- Gamonal Contreras, S. y Pino Emhart, A., "La dignidad humana en el derecho privado. Una lectura desde el concepto de dignidad como estatus", *Revista de Derecho Privado*, 43, 2022, pp. 45-72.
- Goldberg, J. C. P. y Zipursky, B. C., *Recognizing Wrongs*, Harvard University Press, Cambridge, 2020.
- Goudkamp J. y Katsampouka E., "Punitive damages: Ten misconceptions", en Bant E., Courtney W., Goudkamp J. y Paterson J. M. (eds.), *Punishment and Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2021, pp. 187-223.

- \_\_\_\_\_, “An empirical study of punitive damages”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 38, 2018, p. 90.
- Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Hampton, J., “Correcting harms versus righting wrongs: The goal of retribution”, *UCLA Law Review*, 39, 1992, pp. 1659-1702.
- Hershovitz, S., “Corrective justice for civil recourse theorists”, *Florida State University Law Review*, 39, 2011, pp. 107-128.
- \_\_\_\_\_, “Tort as a substitute for revenge”, en Oberdiek J. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 86-102
- Herstein, O. J., “How tort law empowers”, *University of Toronto Law Journal*, 65 (1), 2015, pp. 99-132.
- Honoré, T., “The morality of tort law-Questions and answers”, en Owen D. G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 73-85.
- Hubbard, P., “Substantive due process limits on punitive damages awards: `morals without technique””, *Florida Law Review*, 60, 2008, p. 349.
- Jansen, N. y Rademacher, L., “Punitive damages in Germany”, en Koziol H. y Wilcox V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena y Nueva York, 2009, pp. 77-85.
- Keating, G., “Is the role of tort to repair wrongful losses?”, en Nolan D. y Robertson A. (eds.), *Rights and Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 367-405.
- Koziol, H., “Punitive damages —A european perspective”, *Louisiana Law Review*, 68, 2008, pp. 741-764.

Kumar, R., “Why reparations?”, en Oberdiek J. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 193-211.

Kysar, D., “The public life of private law: Tort law as a risk regulation mechanism”, *European Journal of Risk Regulation*, 9, 2018, pp. 48-65.

Lamb, S., “The psychology of condemnation: Underlying emotions and their symbolic expression in condemning and shaming”, *Brooklyn Law Review*, 68, 2003, pp. 929-958.

Maher, F., “An empirical analysis of exemplary damages in Australia”, *Melbourne University Law Review*, 43, 2019, p. 694.

Martínez Alles, M. G., “Tort remedies as meaningful responses to wrongdoing”, en Miller P. y Oberdiek J. (eds.), *Civil Wrongs and Justice in Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020a, pp. 231-252.

\_\_\_\_\_, “La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima”, en Papayannis D. M. y Garcia Amado J. A. (eds.), *Dañar, Incumplir y Reparar. Ensayos de Filosofía del Derecho Privado*, Palestra, 2020b, pp. 107-132.

\_\_\_\_\_, “Punitive damages: Reorienting the debate in civil law systems”, *Journal of European Tort Law*, 10 (1), 2019, pp. 63-81.

\_\_\_\_\_, “Moral outrage and betrayal aversion: The psychology of punitive damages”, *Journal of Tort Law*, 11(2), 2018, pp. 245-303.

\_\_\_\_\_, “Daños Punitivos: ¿Cómo sancionar malas prácticas empresariales?”, *Diario La Ley*, 529, 2015, pp. 529-535.

\_\_\_\_\_, “¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, XIV (5), 2012, pp. 55-100.

- Martínez Alles, M. G. y Nazareno, P., “Desafíos constitucionales de los daños punitivos: Los problemas del ne bis in idem”, en Rivera J., Grosman L., Elías S. y Legarre S. (eds.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, pp. 688-731.
- Mayo J., “La inconsistencia de los daños punitivos”, *Diario La Ley*, B, 2009, p. 1269.
- Mayo J. y Crovi L. D., “Penas civiles y daños punitivos”, *Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni*, II, 9, 2011, p. 19.
- Meurkens L. y Nordin E., *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*, Intersentia, Cambridge, 2012.
- Miller, D. y Vidmar, N., “The social psychology of punishment reactions”, en Lerner M. y Lerner S. (eds.), *The Justice Motive in Social Behavior*, Springer, Nueva York, 1981, pp. 145-172.
- Molina Sandoval C. y Pizarro D., “Los daños punitivos en el derecho Argentino”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 1, 2010, p. 65.
- Moore, M. S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Murphy, J. G., “Forgiveness and resentment”, en Murphy J. G. y Hampton J. (eds.), *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 14-34.
- Owen, D., “Civil punishment and the public good”, *Southern California Law Review*, 56, 1982, pp. 103-121.
- Papayannis, D. M., *Comprensión y Justificación de la Responsabilidad Extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

- Pereira Fredes, E., “Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, 7, 2015, pp. 61-78.
- Pino Emhart, A., “Restaurar para corregir: La dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual”, en Papayannis D. M. y Pereira Fredes E. (eds.), *Filosofía del Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 359-373.
- Pizarro, D., “Daños punitivos”, en Kemelmajer de Carlucci A. y Parellada C. (eds.), *Derecho de Daños: Libro Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas*, t. II, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 287.
- Polinsky, M. y Shavell, S., “Punitive damages: An economic analysis”, *Harvard Law Review*, 111, 1998, p. 869.
- Radzik, L., “Tort processes and relational repair”, en Oberdiek J. (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 231-249.
- Ripstein, A., *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- Robbennolt, J. K., Darley, J. M. y MacCoun, R. J., “Symbolism and incommensurability in civil sanctioning: Decision makers as goal managers”, *Brooklyn Law Review*, 68, 2003, pp. 1121-1158.
- Sebok, A., “Punitive damages in the United States”, en Koziol H. y Wilcox V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena, 2009, p. 155.
- \_\_\_\_\_, “What did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today”, *Chicago-Kent Law Review*, 78, 2003, pp. 163-206.

Sunstein, C. et al., *Punitive Damages: How Juries Decide*, University of Chicago Press, Chicago, 2002.

Van Prooijen, J., *The Moral Punishment Instinct*, Oxford, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Vargas Tinoco, A., “Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado”, en Papayannis D. M. y García Amado J. A. (eds.), *Dañar, Incumplir y Reparar. Ensayos de Filosofía del Derecho Privado*, Palestra, Lima, 2020, pp. 57-106.

Vidmar N. y Holman, M., “The frequency, predictability, and proportionality of jury awards of punitive damages in state courts 2005: A new audit”, *Suffolk University Law Review*, 43, 2010, p. 855.

Wagner, G., “Punitive damages”, en Basedow J., Hopt K. J., Zimmermann R. y Stier A. (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1403-1406.

Zipursky, B. C., “Civil recourse, not corrective justice”, *The Georgetown Law Journal*, 91, 2003, pp. 695-756.

## Legislación

### Argentina

Ley de Defensa del Consumidor, Ley núm 24.240, 22 de septiembre de 1993; texto según Ley núm. 26.361, Anales de Legislación Argentina, 2008-B-1295, B.O. de 07 de abril de 2008.

Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, de diciembre de 2018.

## Chile

Ley de Protección a los Derechos del Consumidor, Ley núm. 21.081, de 13 de septiembre de 2018.

## EE. UU.

Colorado Rev. Stat. Ann. §13-°25-°127(2) de 1989.

Alaska St. 09.17.020, de 1991.

## Francia

*Projet de Réforme de la Responsabilité Civile*, de 13 de marzo de 2017.

## Jurisprudencia

### *Suprema Corte de Justicia de la Nación, México*

Primera Sala, Amparo Directo 30/2013, 26 de febrero de 2014.

Primera Sala, Amparo Directo 50/2015, 3 de mayo de 2017.

Primera Sala, Amparo en Revisión 1133/2019, 1 de julio de 2020.

Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 5612/2017, 21 de febrero de 2018.

## Argentina

I. JCCConc. 1a Nom. de Villa María (Córdoba), *Baysre vs. Chiabrando y otros*, sentencia núm. 247, 2004.

CcivCom. 6 Nom. (Córdoba), *Raspanti, Sebastián vs. AMX Argentina S.A*, 26 de marzo de 2015.

TSJ (Córdoba), *Teijeiro o Teigeiro Luis Mariano vs. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG*, 15 de abril de 2014.

Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, (Bahía Blanca), *María Cecilia vs. Banco Galicia y Buenos Aires S.A.*, 28 de agosto de 2014.

### *Italia*

Sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, núm. 16.601, 5 de julio de 2017.

### *EE. UU.*

*Exxon Shipping Company et al. vs. Baker*, 128 S. Ct. 2605, 2008.

*Buzzard vs. Farmers ins. Co*, 824 P 2d 1105, Oklahoma, 1992.

### *Inglaterra*

*Rookes vs. Barnard* AC 1129, 1964.



La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Diciembre de 2022.



ISBN 978-607-552-350-7

