

# Responsabilidad civil (concepto)

## Tort law (concept)

Diego M. Papayannis\*  
Universidad de Girona  
ORCID ID 0000-0002-0857-0580  
[diegomartin.papayannis@udg.edu](mailto:diegomartin.papayannis@udg.edu)

### Cita recomendada:

Papayannis, D. M. (2021). Responsabilidad civil (concepto). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 294-312.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6350>

Recibido / received: 02/06/2021  
Aceptado / accepted: 10/09/2021

### Resumen

En este breve escrito presento una concepción de la responsabilidad civil entendida como una forma de responsabilidad interpersonal. En primer lugar, intento brindar una caracterización de la práctica, identificando el problema que aborda la responsabilidad civil, examinando en qué se diferencia de otras formas de responsabilidad y cuál es su modo típico de operar. En segundo lugar, me centro en su estructura, a fin de analizar las normas que son distintivas de la práctica, cómo están relacionadas entre sí y con otras normas que, sin ser distintivas, son necesarias para su funcionamiento.

### Palabras clave

responsabilidad civil, responsabilidad interpersonal, estructura normativa, normas distintivas, daño, culpa, responsabilidad objetiva, causalidad

### Abstract

*In this brief essay I present a view of tort law as a form of interpersonal responsibility. First, I attempt to provide a characterization of the practice, identifying the problem addressed by tort law, explaining how it differs from other forms of liability and describing the way it typically works. Then, I focus on its structure, in order to analyze the norms that are distinctive of the practice and examine how they relate to each other and to other norms that, without being distinctive, are necessary for its operation.*

### Keywords

*tort law, interpersonal responsibility, normative structure, distinctive norms, harm, fault, strict liability, causation*

---

\* Doctor en derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Serra Húnter, Universidad de Girona (España). Con apoyo del proyecto "Los errores en la producción y en la aplicación del derecho" (PID2020-114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España).



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Reglas distintivas de la práctica: los presupuestos de la responsabilidad civil. 2.1. El daño. 2.2. Factor de atribución. 2.3. Causalidad. 2.4. El remedio bilateral. 3. Otras normas necesarias que inciden en la operatividad de la responsabilidad civil. 3.1. Estándares de diligencia. 3.2 Determinación del alcance de la responsabilidad. 3.3. Asignación de responsabilidad entre una pluralidad de intervinientes. 3.4. Cuantificación.

## 1. Introducción

Expresado en una línea, la responsabilidad civil regula las interacciones entre particulares. Tal vez lo que más ha llamado la atención de los teóricos es la regulación de las interacciones *dañosas*, aquellas en las cuáles 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>1</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 se causa un daño a un 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. Ahora bien, cuando falla este aspecto regulador, interviene la responsabilidad como respuesta, para ofrecer un mecanismo subsanador del incumplimiento previo (Sheinman, 2003, pp. 68-69).

Esto también es claro en el caso de los intercambios contractuales. 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 de contratos 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 rige 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 infringidos.

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

---

<sup>1</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.

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>2</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.

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. Por lo tanto, lo que cuenta como daño injusto o interacción injusta en la responsabilidad civil tiene un carácter contingente y desmoralizado. Así, es probable que romper una promesa de fidelidad constituya una incorrección moral, al menos en ciertos casos, pero no todo lo que es moralmente incorrecto satisface los méritos para ser exigible jurídicamente. Cuando hablo de «términos *equitativos* de interacción», entonces, 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 (Raz, 1979, pp. 139 y ss.; Shapiro, 2011, pp. 184 y ss.). 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.

Otra cuestión que merece atención es la forma en que la responsabilidad civil reacciona ante el injusto. 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 (Smith, 2012, pp. 1741 y ss.). El remedio permite a la víctima reclamar un resarcimiento al agente dañador, si así lo desea (Goldberg & Zipursky, 2020, pp. 37-38). 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, independiente de la voluntad de la víctima<sup>3</sup>. Ese contraste se explica porque el derecho 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 todos los ciudadanos pueden ser considerados víctimas. Un delito de corrupción, por ejemplo, no tiene necesariamente un afectado en concreto que esté legitimado para iniciar la acción. Por ello, el impulso de la acción es responsabilidad del Ministerio Público. El interés que se intenta proteger es público de manera paradigmática.

---

<sup>2</sup> Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el mundo normativamente ideal es aquel 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 (Papayannis, 2014b, pp. 39 y ss.; Papayannis, 2016, pp. 74 y ss.).

<sup>3</sup> A pesar de ello, suelen establecerse excepciones en lo que hace a ciertos delitos que en algunos sistemas se califica como de «acción privada». Estos son típicamente delitos en los cuáles el interés público en su represión es menor. También existen otros delitos que son de acción pública pero que están condicionados 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, véase: Binder (1999, pp. 218 y ss.) y De la Rúa & Tarditti (2014, pp. 419-428).

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 (Goldberg & Zipursky, 2020, pp. 28; Ripstein, 2016, p. 1) no son objeto exclusivo del derecho de la responsabilidad civil. También 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 (A) tiene el deber de no hacer algo ( $\phi$ ) a otro individuo (B) 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 A causa a B es una injusticia porque A tenía el deber de no causar ese daño a B. Pero es incluido como delito si, y solo si, es una clase de injusticia que legítimamente preocupa al sujeto público, con independencia de que nadie más que B resulte perjudicado. Así, el hecho de que A incumpla un contrato con B parece ser algo que solo concierne a A y B, y un tratamiento civil de la cuestión resulta apropiado. En cambio, el hecho de que A maltrate psicológicamente a B en su relación de pareja no es algo que solo concierne a A y B. Tenemos un interés público en que esas conductas no sean realizadas. Ello justifica la intervención pública, tal vez mediante el derecho penal (Duff, 2007, pp. 49-55, en especial, p. 52). 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, A es responsable ante B por haber realizado  $\phi$ ; en el derecho penal A es responsable ante la comunidad por haber realizado  $\phi$  a B (Duff, 2007, pp. 23, 55-56).

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 yace en 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 el juez le imponga el deber de reparar el daño causado, a fin de restablecer tanto como sea posible el *status quo ante*<sup>4</sup>. El juicio de responsabilidad, en este sentido, es netamente retrospectivo. Desde el punto de vista interno a la práctica, es decir, tomando como parámetro el modo en que es comprendida por los operadores jurídicos, no es que la interacción es injusta porque el sistema reacciona ante ella, sino que el sistema impone el deber de indemnizar porque la interacción es injusta (véase, Weinrib, 2012, p. 81)<sup>5</sup>. Se observa la historia que llevó a la producción del daño y se indaga si en esa

<sup>4</sup> Sobre la diversidad de acciones y sus fines, véase Barros Bourie (2020, pp. 224 y ss.).

<sup>5</sup> En este punto, ceñirse a esquemas realistas como el de Kelsen (Kelsen, 1960, pp. 123 y ss.) distorsionan la reconstrucción del discurso jurídico, al menos si hemos de interpretarlo tal como nos viene

historia el *iter* causal constituye una violación de los términos de interacción. Ello ocurre si, y solo si, el demandado 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» (Papayannis, 2012). 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 giran el resto de 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 (Papayannis, 2014a, pp. 332 y ss.).

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 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. Ello en tanto las condiciones en las cuáles el agente es considerado responsable son las mismas en las cuales se confiere a esta última la potestad de exigir del agente una indemnización (Coleman, 1992, pp. 291-292).

Además de las normas distintivas, trataré otro conjunto de normas que son necesarias para el funcionamiento de la responsabilidad civil, aun cuando no sean distintivas o definitorias de ella. Estas son las que definen estándares de diligencia, determinan el alcance de la responsabilidad, distribuyen responsabilidades entre varios intervinientes y aquellas que regulan la cuantificación. Por último, también existe otro grupo de normas que suele estar presente en algunos ordenamientos y propuestas de armonización modernas de manera contingente. Entre ellas pueden destacarse las normas sobre acciones preventivas, daños punitivos, incertidumbre causal, exoneración de responsabilidad y las reglas de responsabilidad y reducción de la indemnización por razones de equidad. Estas normas tienen un gran interés por su actualidad y los debates que suscitan, aunque no son estrictamente necesarias para el funcionamiento de la responsabilidad civil y, por esta razón, quedarán fuera de este breve escrito introductorio.

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

Los presupuestos necesarios para que nazca la obligación de resarcir son: 1) el sufrimiento de un daño jurídicamente relevante por parte de la víctima; 2) un factor de

---

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.



atribución que señale que la acción, actividad, riesgo u otra condición que incumbe al demandado está sujeta a responsabilidad; y 3) una relación de causalidad entre la acción, actividad, riesgo o condición que conforme con el derecho incumbe al demandado y el daño. Los tres presupuestos son necesarios, aunque, dependiendo del sistema jurídico del que se trate, podrían no ser suficientes para la obligación de reparar<sup>6</sup>. Veamos cada uno por separado.

## 2.1. El daño

El daño es el gran protagonista de la responsabilidad civil moderna (Llamas Pombo, 2007, p. 447). La doctrina ha evidenciado una preocupación central por los crecientes riesgos a los que la producción y comercialización masiva de bienes y servicio 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 que alguna doctrina lo encuentra irritante (López Mesa, 2019, p. 67). 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>7</sup>. Si la lesión sufrida por la víctima no se ajusta a algunos de los supuestos previstos por el legislador, pues entonces se tratará de un daño que la víctima debe tolerar. Otros ordenamientos, en cambio, no contemplan un catálogo cerrado, sino que la apreciación de qué daños son resarcibles o dignos de tutela jurídica queda totalmente 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 operadores jurídicos en relación a qué 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 sus bienes u otros intereses no reñidos con la ley (Alessandri Rodríguez, 2005, 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 art. 2:101 que el daño es un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido; luego en su art. 2:102 menciona expresamente «la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad», a los que otorga 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.

## 2.2. Factor de atribución

Además de haber sufrido un daño jurídicamente relevante, este debe haber sido causado por una acción, actividad, riesgo u otra condición perteneciente a la esfera del demandado 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>8</sup>. Los factores pueden ser objetivos o subjetivos. El factor de atribución objetivo más difundido es el riesgo de

<sup>6</sup> No son suficientes en tanto podrían ser derrotados por alguna causal de exoneración.

<sup>7</sup> El Código Civil alemán (§ 823.1) es conocido en este aspecto.

<sup>8</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.

las cosas o la actividad realizada, aunque también es prominente la responsabilidad basada en el factor garantía<sup>9</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>10</sup>. En otros, el desarrollo de la responsabilidad objetiva se canaliza mediante la sanción de leyes especiales, como las que regulan los accidentes causados en el contexto de la circulación de vehículos<sup>11</sup>. 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. No es el propósito de la responsabilidad objetiva de los conductores de automóviles que ellos dejen de conducir. Más bien, se trata de que asuman –por ellos mismos 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 (Papayannis, 2014a, pp. 70-71).

El factor garantía, a su vez, tiene un amplio rango de aplicación<sup>12</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, el oferente de cualquier bien o servicio tiene el deber de procurar que el consumidor no sea dañado en la relación de consumo. El incumplimiento del deber de indemnidad genera una responsabilidad objetiva (Gherzi, 1997, pp. 206-207).

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 víctima o con una manifiesta indiferencia respecto de sus intereses o bienestar<sup>13</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 (Papayannis, 2020a, pp. 11 y ss.).

Los factores de atribución son esenciales para definir el contenido de los derechos y deberes de indemnidad. Cuando una situación está regulada por factores subjetivos, por ejemplo, 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. En cambio, 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 sufra. Solo puede reclamar una indemnización por los daños que pueden ser atribuidos al demandado a título de culpa o dolo.

Por otra parte, 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

<sup>9</sup> Una explicación completa de los factores objetivos puede consultarse en Pizarro (2015, pp. 164 y ss.).

<sup>10</sup> Véase el art. 1757 del Código Civil y Comercial argentino y el art. 1913 del Código Civil Federal de México.

<sup>11</sup> Sobre esto, puede consultarse Martín Casals & Ribot (2003, pp. 829 y ss.).

<sup>12</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. Véase Pizarro (2015, pp. 18 y 166).

<sup>13</sup> Véase la definición del art. 1724 del Código Civil y Comercial argentino (2015).

esta regla es mucho más amplia y conveniente para la víctima, que la 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, etc.– establecer factores objetivos. Es decir, la culpa, entendida en sentido lato como abarcativa de todo el factor subjetivo, es la regla general y supletoria en los sistemas de responsabilidad civil<sup>14</sup>. Una solución contraria, conforme con la cual la regla es que se responde objetivamente por todos los daños, salvo que el legislador haya limitado la responsabilidad mediante factores subjetivos en una situación concreta, supondría una expansión inusitada y socialmente inviable de la responsabilidad por daños.

### 2.3. Causalidad

Hay dos aspectos en el estudio del requisito de causalidad que la doctrina en los últimos 30 o 40 años ha distinguido de manera coincidente en los ordenamientos sofisticados. Así, se ha sostenido que una parte del análisis es fáctico y otro normativo (Pantaleón, 1990; Wright, 1985).

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 resultar demasiado rudimentario. Enfrentado a los supuestos de sobredeterminación o de anticipación causal –*preemption*– el test arroja resultados implausibles<sup>15</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>16</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 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*–.

<sup>14</sup> Una buena discusión al respecto puede leerse en Barros Bourie (2008, p. 320) y Rosenkrantz (2008, pp. 290-292).

<sup>15</sup> El caso más sencillo es el de sobredeterminación. Si una persona ingiere sistemáticamente los alimentos A y 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 consideradas causa del daño, pues ninguna satisface el requisito de ser una condición necesaria para su producción.

<sup>16</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, etc., 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.

Dentro de estos criterios, que son múltiples y tienen sus matices en cada ordenamiento, el más común es la previsibilidad del daño (véase Goldenberg, 2000, pp 65 y ss.; Dobbs, Hayden, & Bublick, 2016, pp. 354 y ss.). Volveré sobre esto en el apartado 3.2.

#### 2.4. El remedio bilateral

En lo que hace a los remedios, 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 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, por ejemplo, en la práctica colombiana, como parte natural del proceso de justicia transicional, en el 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>17</sup>.

Más allá de esto, el remedio característico y distintivo de la responsabilidad civil es el indemnizatorio. Con cierta cautela, el análisis puede extenderse a otros remedios como las disculpas y algunas versiones de los daños punitivos –no todas–. Cuando A daña a B, 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>18</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 A indemniza a B el daño que le causó. Al indemnizar, A se conforma tardía e imperfectamente a las razones que recomendaban no dañar en primer lugar (Gardner, 2011, p. 33). 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 A no daña a B. 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 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 el 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.

<sup>17</sup> Sobre estos temas, puede verse Vargas Tinoco (2020b, pp. 60 y ss.), Pino Emhart (2020, pp. 1410 y ss.).

<sup>18</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. Véase von Wright (1963, pp. 73-74).

Por su parte, los remedios no tradicionales, como las disculpas o los daños punitivos, pueden tener un encaje cómodo en la responsabilidad civil bajo esta misma interpretación. Las disculpas son a veces reparadoras de las secuelas inmateriales de la interacción injusta (Vargas Tinoco, 2020b, p. 96). 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 agravada por el demandado, 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 (Martínez Alles, 2020, pp. 124 y ss.; Pino Emhart, 2018, p. 373). 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 contribuir a la justicia interpersonal, prescindir de ellos podría resultar en desmedro de la responsabilidad civil.

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.

Finalmente, por razones de política jurídica, los ordenamientos jurídicos 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 (Vargas Tinoco, 2020a, pp. 188 y ss.). Es decir, qué remedios están disponibles es una cuestión ligeramente distinta, aunque fuertemente vinculada, con el problema de definir qué cuenta como daño injusto – véase el apartado 2.1.–.

### 3. 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.

#### 3.1. Estándares de diligencia

La responsabilidad subjetiva condiciona el deber de reparar a que el demandado 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 del legislador. 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 a otros. 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>19</sup>. En el *common law* son equivalentes las referencias a la persona razonable<sup>20</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 ellos 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, sin definir un estándar no es posible juzgar si son procedentes los daños punitivos, en aquellos ordenamientos que los contemplan. 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 un profano y a un profesional o a una persona que tiene una evidente incapacidad física y a una que no la tiene<sup>21</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 ordinaria, un médico especialista a una más elevada que un médico generalista y así sucesivamente<sup>22</sup>. Esto no es más que la plasmación 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 rol 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>23</sup>.

Ahora bien, dentro de cada categoría de personas el estándar es objetivo y no depende de las condiciones personales del demandado (Beever, 2007, pp. 79 y ss.). 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 capaz de realizar en sus circunstancias. Por lo tanto, salvo dolo, sería imposible incumplir con un estándar subjetivo. La razón es sencilla: si el

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, el art. 1104 del Código Civil español.

<sup>20</sup> Para una antigua referencia al hombre razonable en el *Common Law*, véase Holmes, 1881, p. 107; para una referencia moderna, véase el Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 3 (2010).

<sup>21</sup> Los PETL establecen un estándar genérico en el numeral 1 del art. 4:102, pero a continuación, en el numeral 2, disponen que este estándar «(...) puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla».

<sup>22</sup> Véase un excelente análisis, con referencias al derecho comparado, en Solé Feliu (2020, pp. 672 y ss.).

<sup>23</sup> El Código Civil y Comercial argentino lo expresa en estos términos en el art. 1725.

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 (Stevens, 2007 p. 97; Weinrib, 1995, p. 178).

### 3.2. Determinación del alcance de la responsabilidad

Como se mencionó en el apartado 2.3., 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 del demandado que lo causó. Hay consecuencias que se consideran demasiado remotas como para poder ser atribuidas a título de responsabilidad. Ellas 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» (Goldenberg, 2000, pp. 28, 29 y 66). 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. Ahora bien, 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 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 el demandado 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  $x$  es *riesgosa* si podemos asociar su realización con las clases de consecuencias  $\phi$ , que juzgamos disvaliosas. En este esquema, si  $x$  luego causa un tipo de consecuencias  $\gamma$ , que no eran previsibles dado nuestro conocimiento del mundo, entonces, no podremos afirmar que  $x$  era una actividad riesgosa *en razón* de que es previsible que su realización cause  $\gamma$ . Descubierta esta nueva causalidad, es posible que consideremos a futuro que  $x$  es una actividad riesgosa porque es previsible que cause tanto  $\phi$  como  $\gamma$ .

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 (Díez-Picazo, 1999. p. 336). 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 tomarse en consideración, 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 del demandado más allá de lo estrictamente previsible<sup>24</sup>.

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>25</sup>, lo que revela una preocupación tanto por el interés compensatorio de la víctima como por la responsabilización del agente dañador. 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, generándose 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 desearíamos 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 reconocer que las personas necesitamos ambas cosas y para ello las instituciones deben alcanzar un buen equilibrio entre ellas (Calnan, 1997, pp. 82-98).

### 3.3. 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 asigna como responsables por satisfacer 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 a fin de trasladar –total o parcialmente, según el caso– su pérdida a otra persona. Es responsable, en este sentido tan peculiar, casi figurado, en tanto debe tolerar esas pérdidas pues, respecto de ellas, carece de fundamentos jurídicos para reclamar un resarcimiento<sup>26</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 (Wright, 1987, p. 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 los demandados sean solidariamente responsables o, en cambio, que sus responsabilidades se limiten a la parte del daño que les sea atribuida en la distribución

<sup>24</sup> El art. 3:201 de los PETL permite ponderar distintos elementos, además de la previsibilidad, para definir el alcance de la responsabilidad.

<sup>25</sup> En la doctrina, puede consultarse también los criterios de Pantaleón (1990, pp. 1566 y ss.).

<sup>26</sup> De este modo, se añade un quinto sentido a la conocida clasificación de Hart (2008, p. 212): a) responsabilidad como función; b) responsabilidad causal; c) responsabilidad como vulnerabilidad o sujeción normativa; y d) responsabilidad como capacidad.

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>27</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>28</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 (Reglero Campos y Medina Alcoz, 2014, p. 953)<sup>29</sup>. Esto, no obstante, es de poca ayuda por dos razones. En primer lugar, la causalidad no es de grados. Afirmar que A y C causaron el daño de V es afirmar que la acción de A y la acción de C son necesarias para la suficiencia del conjunto de condiciones fácticas que llevaron al daño. En este sentido, la acción de A es tan importante como la de C, pues sin la acción de A –o sin la acción de C– 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 A y la acción de C son causas del daño o no lo son; y si lo son, lo son en la misma medida (Wright, 1987, p. 1146)<sup>30</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 el juzgador debe atender a un conjunto de pautas para establecer la distribución del daño entre los intervinientes (Rogers, 2008, p. 197). 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 el demandado de ese riesgo, el carácter remoto de las consecuencias, entre otros factores, son importantes para definir las cuotas (Wright, 1987, pp. 1144-1145). No escapará al lector que estos criterios coinciden parcialmente con los mencionados en el apartado

<sup>27</sup> Esta es la solución adoptada en varios sistemas, como el alemán (§ 830, BGB) o el argentino (art. 1752 del Código Civil y Comercial).

<sup>28</sup> Si A, C y D dañan a V, siendo todos solidariamente responsables, el riesgo de que A sea insolvente recae sobre C y D, en lugar de V. Esto es así porque V podrá cobrar el total de la deuda de responsabilidad a C y/o D y ellos, por su parte, serán incapaces de repetir de A, que es insolvente, lo pagado a V. En cambio, si la norma fuese de responsabilidad mancomunada, entonces, V podría solo cobrar una parte del daño a C y D, pero no obtendrá nada de A. Véase Rogers (2008, p. 195).

<sup>29</sup> En lo que hace a la concurrencia de culpa de la víctima, el § 254 del BGB hace expresa mención de la «medida en que el daño haya sido causado principalmente por una u otra parte».

<sup>30</sup> 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, véase Kaiserman (2017). Las razones por las cuales la causalidad probabilística es inapropiada las he tratado en Papayannis (2014c).

anterior y que son utilizados para precisar el alcance de la responsabilidad<sup>31</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 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 los cuales debe repartirse el daño, los criterios de repartición definen el alcance de la responsabilidad entre ellos. En efecto, si V sufre un daño en una interacción con A, en la cual ambos satisfacen algún factor de atribución –supongamos que V fue culpable y A es objetivamente responsable por los daños que causa a V–, un juicio de responsabilidad parcial de V es un juicio de no responsabilidad total de A. 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, es decir, la parte por la cual la víctima tiene derecho a ser resarcida, se compensan mutuamente. Extender la responsabilidad de A, es limitar la de C y viceversa. Cualquier decisión que limite el alcance de la responsabilidad para uno, la extiende para los demás.

### 3.4. 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 ellos han de ser cuantificados atendiendo al valor de mercado. Tal vez nos parezca indiscutible que ello 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.

En ocasiones, los sistemas pueden optar por mecanismos que limiten puntualmente las indemnizaciones, no ya con criterios cualitativos como los mencionados en el apartado 3.2., relativos al alcance de la responsabilidad, sino cuantitativos<sup>32</sup>. No es poco frecuente de todas maneras que para ciertos accidentes se establezcan mecanismos especiales de cuantificación, limitando los montos respecto de lo que podría obtenerse conforme con el régimen general<sup>33</sup>. También pueden establecerse topes genéricos, como pretendió hacer el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 1998 en la Argentina (art. 1634) en los casos de responsabilidad objetiva.

<sup>31</sup> De hecho, el análisis de Solé Feliú (1997, 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.

<sup>32</sup> Sobre esto puede consultarse Alterini (1997, pp. 47 y ss.).

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, en argentina el Código Aeronáutico Argentino (Ley 17.285) y la Ley de Riesgos del Trabajo (Ley 24.557).

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 existiendo pautas comunes en otras áreas menos sensibles, los sistemas suelen 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>34</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 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 a las razones que el agente tenía para no devastar a vida de la víctima. Sin embargo, el remedio todavía intenta que el demandado 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 (Papayannis, 2020b, p. 186). Se trata de un problema social importante, cuya solución está fuera del alcance de los jueces. 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 han adherido a la postura que entiende que los daños punitivos han de servir para disuadir a los agentes dañadores en el futuro<sup>35</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 (Irigoyen Testa, 2011, p. 14). La fórmula puede ser cuestionable y, en efecto, creo que lo es. Sin embargo, debe coincidir en que una fórmula explícita todos los elementos del razonamiento judicial y permite controlarlo y objetar aquello con lo que se desacuerda (Acciarri & Irigoyen Testa, 2014, pp. 529 y ss.). 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>34</sup> Véase 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. Véase Martín Casals, 2015; Martín Casals, 2021.

<sup>35</sup> Véase «Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico», Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Bahía Blanca, 28/08/2014.

## Bibliografía

- Acciarri, H. A., y Irigoyen Testa, M. (2014). Utilización de fórmulas matemáticas y baremos. En F. A. Trigo Represas y M. I. Benavente (Eds.), *Reparación de daños a la persona. Rubros indemnizatorios. Responsabilidades especiales* (pp. 521-553). Buenos Aires: La Ley.
- Alessandri Rodríguez, A. (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Alterini, A. A. (1997). *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Barros Bourie, E. (2008). La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de responsabilidad extracontractua. *Estudios Públicos*, 112, pp. 309-338.
- Barros Bourie, E. (2020). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Beever, A. (2007). *Rediscovering the Law of Negligence*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Binder, A. M. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Calnan, A. (1997). *Justice and Tort Law*. Durham, N.C.: Carolina Academic Press.
- Coleman, J. L. (1992). *Risks and Wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press.
- De la Rúa, J., & Tarditti, A. (2014). *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Ammurabi.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- Dobbs, D. B., Hayden, P. T., & Bublick, E. M. (2016). *Hornbook on Torts*. St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- Duff, A. (2007). *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Gardner, J. (2011). What is tort law for? Part 1. The place of corrective justice. *Law and Philosophy*, 30(1), pp. 1-50.
- Gherzi, C. A. (1997). *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea.
- Goldberg, J. C. P., & Zipursky, B. C. (2020). *Recognizing Wrongs*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Goldenberg, I. H. (2000). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Holmes, O. W. (1881). *The Common Law*. Boston: Little, Brown, and Co.
- Irigoyen Testa, M. (2011). *Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino*. XV Annual Conference-ALACDE, Latin American and Iberian Law and Economics Association, Berkeley Program in Law & Economics.
- Kaiserman, A. (2017). Partial liability. *Legal Theory*, 23, pp. 1-26.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Wien: Deuticke.
- Llamas Pombo, E. (2007). Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños. En J. A. Moreno Martínez (ed.), *La responsabilidad civil y su problemática actual* (pp. 445-478). Madrid: Dykinson.
- López Mesa, M. J. (2019). *La responsabilidad civil: sus presupuestos en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: B de F.
- Martín Casals, M. (2015). A new Spanish compensation scheme for death and personal injury resulting from road traffic accidents. En J. Potgieter, J. Knobel, y R.-M. Jansen (eds.), *Essays in Honour of Johann Neethling* (pp. 301-322). Durban: Lexis Nexis.
- Martín Casals, M. (2021). 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* (pp. 365-385). Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Martín Casals, M. y Ribot, J. (2003). La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general. En S. Cámara Lapuente (ed.), *Derecho privado europeo* (pp. 827-856). Madrid: Colex.
- Martínez Alles, M. G. (2020). La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima. En J. A. García Amado & D. M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado* (p.p 107-131). Lima: Palestra Editores.
- Pantaleón, F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En A. d. P. d. D. Civil (Ed.), *Centenario del Código Civil (1889-1989)* (pp. 1561-1591). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres.
- Papayannis, D. M. (2012). Derechos y deberes de indemnidad. *Doxa*, 35, pp. 691-716.
- Papayannis, D. M. (2014a). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons.
- Papayannis, D. M. (2014b). La práctica del alterum non laedere. *Isonomía*, 41, pp. 19-68.
- Papayannis, D. M. (2014c). Probabilistic Causation in Efficiency-Based Liability Judgments. *Legal Theory*, 20(3), pp. 210-252.
- Papayannis, D. M. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Papayannis, D. M. (2020a). Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia. Réplica. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 1(1), pp. 9-38.
- Papayannis, D. M. (2020b). Responsabilidad por el dolor causado y sufrido. En J. A. García Amado & D. M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado* (pp. 133-195). Lima: Palestra Editores.
- Pino Emhart, A. (2018). Restaurar para corregir. La dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual. En D. M. Papayannis & E. Pereira Fredes (eds.), *Filosofía del Derecho privado* (pp. 359-375). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Pino Emhart, A. (2020). The Value of Apologies in Law and Morality. *REI. Revista Estudos Institucionais*, 6(3), pp. 1396-1416.
- Pizarro, R. D. (2015). *Tratado de la responsabilidad objetiva*. Buenos Aires: La Ley.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law: Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press.
- Reglero Campos, L. F. y Medina Alcoz, L. (2014). 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* (pp. 768-970). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Ripstein, A. (2016). *Private wrongs*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Rogers, W. V. (2008). Pluralidad de causantes. En M. Martín Casals (ed.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario* (283). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- Rosenkrantz, C. F. (2008). En defensa de la responsabilidad estricta: una revisión crítica del Tratado de Responsabilidad Extracontractual, de Enrique Barros Bourie. *Estudios Públicos*, 112, pp. 285-308.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*. Cambridge, Mass.-London: Belknap Press of Harvard University Press.
- Sheinman, H. (2003). Tort Law and Corrective Justice. *Law and Philosophy*. 22(1), pp. 21-73.
- Smith, S. A. (2012). Duties, Liabilities, and Damages. *Harvard Law Review*, 125(7), pp. 1727-1756.

- Solé Feliu, J. (2020). Lex artis y estándar de diligencia en la profesión médica. En M. P. García Rubio, J. J. Moreso, & I. Varela Castro (eds.), *Conceptos multidimensionales del derecho* (pp. 667-692). Barcelona: Reus.
- Solé Feliú, J. (1997). La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. *Anuario de derecho civil*, 50(2), pp. 865-902.
- Stevens, R. (2007). *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Vargas Tinoco, A. (2020a). *Más allá de una indemnización: autonomía y respeto en la responsabilidad civil*. Universidad de Girona, Girona.
- Vargas Tinoco, A. (2020b). Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el derecho privado. En J. A. García Amado & D. M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado* (pp. 57-106). Lima: Palestra Editores.
- von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan.
- Weinrib, E. J. (1995). *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass-London: Harvard University Press.
- Weinrib, E. J. (2012). *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Wright, R. W. (1985). Causation in Tort Law. *California Law Review*, 73(6), pp. 1735-1828.
- Wright, R. W. (1987). 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, pp. 1141-1211.