

Diego M. Papayannis



Comprensi3n y justificaci3n
de la responsabilidad
extracontractual

TESI DOCTORAL UPF / 2010

Directors de la Tesi:

Prof. Dr. Josep Joan Moreso Mateos

Prof. Dr. Carlos F. Rosenkrantz

DEPARTAMENT DE DRET

BARCELONA

SUMARIO

Actualmente, hay dos teorías dominantes en el ámbito académico que se atribuyen la mejor explicación de la responsabilidad extracontractual. Ellas son el análisis económico del derecho y la justicia correctiva. El análisis económico sostiene que todo el discurso jurídico articulado a partir de los conceptos fundamentales de la práctica cobra su mayor sentido cuando se lo interpreta a la luz del objetivo social de mantener el coste de los accidentes en un nivel óptimo. Para los partidarios de la justicia correctiva, en cambio, la responsabilidad extracontractual regula las interacciones privadas de los individuos, las relaciones que mantienen al margen de su estatus como miembros de la comunidad, imponiendo al causante del daño la obligación de indemnizar de modo que se rectifiquen a la vez las pérdidas y las ganancias injustas. Argumentaré que la responsabilidad extracontractual es una práctica mucho más compleja de lo que estas dos teorías suponen. Su estructura está conformada tanto por principios correctivos como distributivos. A su vez, es la noción de derechos y deberes de indemnidad la que permite comprender de qué manera estos principios están articulados.

RESUM

En l'actualitat hi ha dues teories dominants en l'àmbit acadèmic que s'atribueixen la millor explicació de la responsabilitat extracontractual. Aquestes són l'anàlisi econòmica del dret i la justícia correctiva. L'anàlisi econòmica defensa que tot el discurs jurídic que s'articula a partir dels conceptes fonamentals de la pràctica assoleix el seu millor sentit quan és interpretat a la llum de l'objectiu social de mantenir el cost dels accidents en un nivell òptim. Per als partidaris de la justícia correctiva, en canvi, la responsabilitat extracontractual regula les interaccions privades dels individus, les relacions que mantenen al marge del seu estatus com a membres de la comunitat, imposant al causant d'un dany la obligació d'indemnitzar de forma que es rectifiquin alhora les pèrdues i els guanys injustos. Defensaré que la responsabilitat extracontractual és una pràctica molt més complexa del que aquestes teories suposen. La seva estructura està formada tant per principis correctius com distributius. Així mateix, és la noció de drets i deures d'indemnitat la que permet comprendre de quina manera aquets principis estan articulats.

A mis padres, Juan y Ana María
A la Lorena, perquè em comprèn i em justifica

AGRADECIMIENTOS

Desde mi llegada a Barcelona en octubre de 2005, son muchas las personas que de algún modo u otro han contribuido a que este trabajo esté hoy terminado*. José Juan Moreso y Carlos F. Rosenkrantz, mis directores de tesis, han tenido la virtud de guiarme en mi investigación brindándome a la vez la máxima libertad para explorar mi propio camino. Agradezco a José Juan haber estado permanentemente disponible, pese a sus obligaciones como Rector de la Universidad Pompeu Fabra, para discutir, orientarme en mis lecturas o mostrarme los alcances de algunos de mis argumentos. Carlos, por su parte, ha tenido siempre la gentileza de tratarme como un par, criticando mis ideas duramente, cuando correspondía. Tal vez por ello me convencí de que podía embarcarme en un proyecto tan general y ambicioso como el análisis de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual.

En la Universidad Pompeu Fabra he podido disfrutar de un ambiente extremadamente motivador. Durante mi estancia me he beneficiado a nivel intelectual y personal de Ricardo Caracciolo, Alberto Carrio, Biel Company, Ernesto Garzón Valdés, Marisa Iglesias, Jahel Queral, Jorge Malem, Laura Manrique, José Luis Martí, David Martínez Zorrilla, Daniel Mendonca, Leticia Morales, Pablo Navarro, Iñigo Ortiz de Urbina, Ezequiel Páez, José Luis Pérez Triviño, Lorena Ramírez, Rafael Ramis, Hugo Seleme, Neus Torbisco y José María Vilajosana.

Terminados los cursos de doctorado, y agotada la beca con la cual financié mi estancia en la Universidad Pompeu Fabra, Jordi Ferrer me ofreció formar parte del grupo de investigación de la Universidad de Girona, oportunidad por la que siempre le estaré agradecido. En Girona he tenido la fortuna de trabajar junto a Arturo Bárcena, Celeste Braga, Raúl Calvo, Rocío López, Maribel Narváez, Nicola Muffato, Marcelo Porciuncula, Giovanni Battista Ratti, Jorge L. Rodríguez, Janaina Roland, Carmen Vázquez e Irene Xifra.

Otros amigos, no directamente vinculados con los grupos de filosofía del derecho recién mencionados, a quienes estoy agradecido son Rosana Alija, Juan Pablo Cox, Álvaro García, José Luis González Rodríguez, Sergio Salinas, Xavier Seuba, Jonatan Valenzuela, Manuel Vial y, muy especialmente, Mateo Bermejo, Miguel Lamadrid y Juan Pablo Montiel. Todos ellos han sido importantes desde mi llegada a Barcelona, en distintos momentos y, seguramente, por razones diferentes.

Me gustaría agradecer también a quienes, de los muchos amigos que conservo en Buenos Aires, más han soportado mis discusiones sobre la filosofía

* La primera parte de este trabajo fue financiada por el Programa Alþan, Programa de Becas de Alto Nivel de la Unión Europea para América Latina, beca n° E05D056371AR.

del derecho privado. Ellos son: Enrique Alonso Regueira, Santiago Eyherabide, Diego Freedman, Santiago García Mele, Gabriela Haymes, Martín Hevia, Pablo Lepere, Daniel Levi y Shunko Rojas.

Finalmente, agradezco a mi familia por el apoyo constante, por estar cerca en la distancia. A mis padres, Juan y Ana María, a mis hermanos, Mario, Mariela y Juan Manuel, gracias.

Barcelona, Mayo de 2010

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
-------------------	---

PRIMERA PARTE LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA

I-EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	17
--	----

II-LA EFICIENCIA	21
------------------------	----

1-Eficiencia productiva.....	21
------------------------------	----

2-La optimalidad y la superioridad de PARETO.....	22
---	----

3-El criterio KALDOR-HICKS.....	25
---------------------------------	----

4-¿Es un sinsentido hablar en términos de PARETO?	28
---	----

5-La maximización de la riqueza social: un intento de abandonar las raíces utilitaristas del análisis económico.....	31
--	----

6-El valor de la riqueza social.....	37
--------------------------------------	----

6.1-Los problemas técnicos de la maximización de la riqueza	38
---	----

6.2-¿Es la riqueza un valor?.....	40
-----------------------------------	----

6.3-La fundamentación del principio de maximización de la riqueza.....	46
--	----

6.4-Del valor de la riqueza al mandato maximizador.....	48
---	----

7-El último embate bienestarista	52
--	----

III-EL DERECHO DE DAÑOS Y LA NATURALEZA RECÍPROCA DEL PROBLEMA	63
--	----

1-Los daños como externalidades negativas	63
---	----

2-La naturaleza recíproca del problema.....	65
---	----

2.1-No siempre es necesaria la intervención estatal	66
---	----

2.2-No siempre es necesario obligar a compensar	69
---	----

3-El «mundo Coaseano» y el legado de COASE.....	70
---	----

4-La relevancia del <i>Teorema de COASE</i> para la responsabilidad extracontractual	72
--	----

IV-LOS OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD

EXTRA CONTRACTUAL	77
-------------------------	----

1-La minimización del coste de los accidentes	77
---	----

2-Tres mitos que deben abandonarse	80
--	----

2.1-La prevención de daños a cualquier coste.....	80
---	----

2.2-La visión relacional del derecho de daños.....	81
--	----

2.3-La economía brinda todas las respuestas.....	82
--	----

3-La reducción de los costes primarios.....	82
---	----

3.1-La disuasión general.....	82
-------------------------------	----

3.1.1-¿Cómo funciona?.....	82
----------------------------	----

3.1.2-Los límites de la disuasión general.....	84
--	----

3.2-La disuasión específica	85
3.2.1-¿Cómo funciona?.....	85
3.2.2-Los límites de la disuasión específica	86
3.3-Los problemas que enfrenta la reducción de los costes primarios	87
3.3.1-La causalidad	87
3.3.2-El valor de los accidentes.....	88
4-La reducción de los costes secundarios.....	90
4.1-La dispersión del daño	91
4.2-La distribución del daño	94
4.3-Los problemas que enfrenta la reducción de los costes secundarios.....	95
5-Los costes terciarios	95
6-La redistribución de la riqueza por medio de la responsabilidad extracontractual	97

V-EL IMPACTO ECONÓMICO DE LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	101
1-Casos de precaución unilateral.....	104
1.1-La negligencia	104
1.2-La responsabilidad objetiva	106
1.3-La ausencia de responsabilidad	107
1.4-La excepción de culpa de la víctima.....	107
2-Casos de precaución bilateral.....	107
2.1-La culpa.....	108
2.2-La responsabilidad objetiva	109
2.3-La ausencia de responsabilidad	110
2.4-La excepción de culpa de la víctima.....	110
2.4.1-Responsabilidad por negligencia con excepción de culpa contributiva	111
2.4.2-Responsabilidad por negligencia con excepción de culpa comparativa.....	112
2.4.3-Responsabilidad objetiva con excepción de culpa contributiva	113
2.4.4-Responsabilidad objetiva con excepción de culpa comparativa.....	114
3-El nivel de actividad de las partes	115
4-Las medidas precautorias y el nivel de actividad: la imposibilidad de conseguirlo todo.....	119
5-El estándar de cuidado debido	121
5.1-La fórmula de Learned Hand.....	121
5.2-La doctrina del hombre razonable	123
6-Un breve repaso y algunas consideraciones adicionales.....	126

VI-CRÍTICA A LA <i>NATURALEZA RECÍPROCA DEL PROBLEMA</i>	
COMO PARADIGMA DE LA RESPONSABILIDAD	
EXTRA CONTRACTUAL	129
1-La incapacidad de dar cuenta de la práctica: el mito de la fórmula de Hand.....	132
2-El riesgo y la acción incorrecta	138
3-La irrelevancia de la causalidad.....	143
3.1-Los orígenes: COASE y CALABRESI.....	143
3.2-La causalidad al servicio de los objetivos del derecho de daños.....	146
3.3-Un último intento de explicación económica.....	150
4-Bilateralidad: la obligación de reparar y el derecho a ser compensado	153
5-Recapitulación	158
SEGUNDA PARTE	
JUSTICIA CORRECTIVA Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA	
VII-LOS PRINCIPIOS SUBYACENTES DE LA RESPONSABILIDAD	
EXTRA CONTRACTUAL	163
1-La construcción normativa de la justicia correctiva	163
2-Los patrones de inferencia que sistematizan la práctica.....	167
3-Nuestro concepto de justicia correctiva.....	168
4-El análisis conceptual de la práctica.....	171
VIII-JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y JUSTICIA CORRECTIVA. DOS	
MODOS DE ORDENAR LA SOCIEDAD.....	179
1-Una primera aproximación: la distinción aristotélica.....	179
2-La relación entre ambas formas de justicia.....	184
3-El principio de división de la responsabilidad.....	193
4-La justicia correctiva y la estructura básica de la sociedad	198
IX-LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y LA JUSTICIA	
CORRECTIVA.....	205
1-La concepción anuladora.....	206
2-Una evaluación de la concepción anuladora.....	212
2.1-El desajuste con la práctica.....	212
2.2-La concepción anuladora y las razones para la acción	215
3-La concepción relacional	218
3.1-La estructura bilateral de la justicia correctiva.....	219
3.2-La fuerza normativa de la justicia correctiva	223
3.3-El remedio indemnizatorio y la equivalencia entre las pérdidas y las ganancias injustas	227
3.3.1-Correlatividad y equivalencia	227
3.3.2-Pérdidas y ganancias normativas.....	230
4-La concepción mixta	235

4.1-Responsabilidad e injusticia	236
4.1.1-Responsabilidad, autoría y personalidad.....	237
4.1.2-La injusticia y los factores de atribución.....	238
4.1.3-Las eximentes de responsabilidad.....	241
4.2-La concepción mixta y la correlatividad	242
4.2.1-Los dos roles del agente dañador.....	242
4.2.2-La relatividad de la injusticia.....	244
4.2.3-La justicia correctiva y los beneficios injustos	245
5-Balance de la concepción relacional y la concepción mixta.....	248
X-DISTRIBUCIÓN Y CORRECCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD	
EXTRACONTRACTUAL	253
1-Tres argumentos sobre la justicia distributiva y la responsabilidad extracontractual	253
1.1-Los argumentos críticos	254
1.2-Un esquema de distribución local.....	259
1.3-Reglas de la responsabilidad y distribución de derechos	265
1.3.1-La elección entre diferentes reglas.....	265
1.3.2-Reglas sustantivas, redefinición de conceptos y proceso judicial	269
1.3.3-Distribución de derechos y cargas epistémicas.....	274
2-La culpa y la responsabilidad objetiva	276
2.1-La responsabilidad por culpa como único fundamento de la responsabilidad extracontractual – Remisión.....	277
2.2-La teoría de la responsabilidad objetiva como único fundamento de la responsabilidad extracontractual.....	277
2.3-La responsabilidad objetiva como régimen general y supletorio: la Concepción Compensatoria.....	282
3-Derechos y deberes primarios y secundarios. Justicia distributiva y justicia correctiva.....	294
3.1-Los derechos de indemnidad como bienes primarios de segundo orden.....	294
3.2-Indemnidad y compensación	298
3.2.1-La vinculación institucional entre la justicia distributiva y la justicia correctiva en las sociedades liberales	298
3.2.2-¿Derivan los derechos y deberes secundarios de los primarios?	303
3.3-Los presupuestos de la obligación de compensar.....	306
3.4-Justicia correctiva y eficiencia.....	310
4-Correlatividad y equivalencia entre las ganancias y las pérdidas injustas.....	314

TERCERA PARTE
RAZONES Y FUNCIONES

XI-LA COMPRESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	
EXTRA CONTRACTUAL	329
1-El debate metodológico ausente	329
2-El formalismo y el instrumentalismo.....	331
2.1-Dos maneras de concebir el derecho	331
2.2-Dos maneras de comprender la práctica	335
3-Las regularidades externas y el punto de vista interno	341
4-La comprensión de las prácticas jurídicas.....	352
4.1-De las prácticas jurídicas en general.....	352
4.2-De las distintas ramas del derecho	358
5-La neutralidad de la comprensión.....	364
5.1-La estructura bilateral de la responsabilidad extracontractual..	365
5.2-La adscripción de creencias y valores	370
6-El análisis conceptual y la comprensión de la responsabilidad extracontractual	372
6.1-Descomposición, reducción e interrelación.....	373
6.2-Del lenguaje ordinario a la comprensión teórica de una práctica.....	376
6.3-La justificación a priori y el lugar de las intuiciones	378
6.4-Análisis conceptual y pragmatismo	383
6.5-La capacidad explicativa de la fórmula de Hand: un análisis conceptual	388
7-La transparencia en la explicación de la responsabilidad extracontractual	391
8-El AED y la explicación funcional.....	398
8.1-El modelo de explicación funcional.....	398
8.2-El AED como explicación funcional.....	403
9-Hacia una comprensión mixta de las prácticas jurídicas.....	414
CONCLUSIONES	419
BIBLIOGRAFÍA	429

INTRODUCCIÓN

La filosofía jurídica de orientación analítica hasta hace poco no incluía en su agenda el estudio de las distintas áreas del derecho. Se preocupaba principalmente por los problemas relacionados con la existencia y la aplicación de las normas jurídicas, pero no por las preguntas vinculadas con sus fundamentos. Una de las cuestiones que le interesa discutir al filósofo jurídico es qué hace verdadera una proposición acerca del contenido del derecho, es decir, cuándo puede afirmarse que una determinada acción es obligatoria, es facultativa o está prohibida en un sistema jurídico, pero no expresa ninguna preocupación por esclarecer a qué obedece esa calificación deóntica. Asimismo, mientras que le interesa poder determinar cuándo un conjunto de normas constituye un sistema jurídico y poder evaluar, por ejemplo, si ese sistema es completo y coherente, entiende que la racionalidad subyacente de los *contenidos normativos* que integran el sistema no es algo de lo que deba ocuparse. Supongo que la cientificidad de las indagaciones sobre los principios subyacentes o la fundamentación de las normas jurídicas resulta sospechosa para la teoría del derecho analítica, en tanto pronunciarse sobre estas cuestiones parece requerir consideraciones axiológicas. La existencia de una norma jurídica puede ser afirmada neutralmente luego de verificar la existencia de los hechos sociales relevantes. No obstante, pronunciarse sobre el sentido de esa misma norma, el propósito que la inspira o el principio que subyace a ella, requiere la elaboración de un argumento valorativo.

Teniendo en cuenta que la mayor parte de la literatura asume una actitud normativa, probablemente por influencia de la obra de Ronald DWORKIN, estas sospechas son muy razonables. Sin embargo, creo que es posible analizar los fundamentos de una rama del derecho sin realizar valoraciones. Por supuesto, cuando se estudia una práctica jurídica se analiza un discurso normativo, pero al intentar racionalizarlo el teórico no está compelido, como podría presuponerse, a expresar juicios comprometidos respecto de los principios que identifica en esa práctica. El mérito moral de los principios es independiente de si ellos organizan o dan sentido al conjunto de normas que forman una rama del derecho positivo. La distinción entre la *comprensión* de una práctica y su *justificación* se mantiene intacta aun cuando se vaya más allá de la identificación de las reglas del sistema y se llegue a realizar afirmaciones sobre los principios subyacentes que hacen que ésta sea racional.

Tal vez, el hecho de que el discurso de los participantes sea esencialmente justificatorio enturbie un poco las aguas. De todas formas, que el objeto de estudio sea un discurso justificatorio no impide que éste pueda ser descripto y analizado neutralmente. Es cierto que al tratarse de una práctica justificatoria, el principio o conjunto de principios que se identifique deberá poder funcionar como una justificación para poder funcionar también como expli-

cación. Esto no significa que el principio empleado en la explicación deberá justificar la práctica, sino que tendrá que reunir los atributos mínimos de una justificación. Los argumentos inconsistentes o que no se ajusten a la racionalidad instrumental no podrían explicar una práctica justificatoria, salvo que exista evidencia de que los participantes están afectados por algún error de hecho o desconocen las reglas básicas de inferencia. Por ejemplo, si pensamos que la defensa de la competencia es una práctica justificatoria, ¿qué haría que el principio de eficiencia fuese una buena explicación de las normas que integran esta área del derecho? Para que el teórico avance en su comprensión de la práctica, debería ser posible interpretar que la eficiencia la organiza de modo racional. Esto, a su vez, depende de que la eficiencia tenga las propiedades necesarias para funcionar como una justificación en esa práctica, y este solo será el caso si el principio es consistente con el razonamiento expresado por los participantes y las acciones que ellos realizan. La práctica podría no estar justificada, como ocurriría si el libre mercado fuese una institución moralmente indefendible, pero el teórico no debe inquietarse por estas cuestiones: la eficiencia todavía podría ser una explicación correcta de una práctica injustificable. El teórico que se propone mejorar su comprensión de la práctica debe desentrañar su racionalidad subyacente. ¿Encaja la eficiencia con la estructura argumental de los participantes o, por el contrario, los presenta como irracionales? Si los presenta como irracionales, sin que haya evidencias concretas en este sentido, la explicación debe ser desechada por imperio del principio de caridad. En definitiva, lo que interesa al teórico son los aspectos formales de los principios subyacentes que hacen que puedan servir de justificación, no que justifiquen habida cuenta de todo la práctica que se está estudiando. Esto hace posible que comprender sea una tarea distinta de justificar. Podemos comprender el fenómeno sin realizar juicios morales. Luego podemos criticar aquella práctica que hemos descrito e interpretado neutralmente. Entonces, el estudio de los fundamentos filosóficos de una rama del derecho, tal como lo concibo, puede consistir en comprender o, alternativamente, en justificar una determinada práctica jurídica.

Este trabajo girará en torno a la cuestión de la comprensión de la responsabilidad extracontractual bilateral, como algo distinto de su justificación. En la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales existe una práctica de reparación de daños que, en el caso típico, impone al agente dañador el deber de compensar a la víctima. En estos sistemas, el demandado y el demandante están vinculados en el litigio por un entramado de derechos y deberes correlativos. El argumento que esgrime la víctima al exigir una compensación se basa en que fue dañada por el demandado mediante la realización de alguna acción incorrecta o riesgosa. Haber sufrido una pérdida atribuible causalmente a otro individuo, en conjunción con un factor de atribución —la culpa, el riesgo creado o algún otro— es condición suficiente para que nazcan una obligación de reparar, a cargo del agente dañador, y un correlativo derecho a recibir compensación, cuyo titular es la víctima. El agente dañador debe una

indemnización sólo a la víctima, equivalente al valor del perjuicio causado, y ésta puede reclamar únicamente al primero esa misma suma. Todas estas características cristalizan lo que es un rasgo común en muchos sistemas de responsabilidad civil: la especial vinculación del agente dañador con la víctima según ciertas reglas que determinan una relación bilateral.

Hablar de una relación bilateral es una forma de calificar al conjunto de derechos y obligaciones correlativos que surgen, según las normas del ordenamiento jurídico, cuando un individuo causa un daño a otro. Esta relación bilateral no tiene por qué estar invariablemente presente en los sistemas de reparación de daños. Las sociedades podrían decidirse por un esquema diferente para gestionar las consecuencias de los accidentes. Un sistema como el neozelandés, en el cual determinada clase de daños son asumidos directamente por el Estado valiéndose de fondos comunes de compensación creados a esos efectos¹, no respeta esta estructura. Por lo tanto, el tipo de razonamiento que la víctima esgrime contra el agente dañador en los sistemas bilaterales es muy distinto del que fundamenta su reclamo al Estado en sistemas como el neozelandés. La comprensión de estas prácticas seguramente deberá apelar a principios diferentes. Un sistema bilateral, se asume intuitivamente, está más relacionado con la justicia correctiva que con la compensación de las víctimas. Un sistema en el cual el Estado se hace cargo del coste de las indemnizaciones, en cambio, parece estar más preocupado por que las víctimas de cierta categoría de accidentes no deban soportar ellas mismas las pérdidas que han sufrido.

Mi objeto de estudio no abarca todos los mecanismos posibles para gestionar los daños que las distintas comunidades podrían emplear, sino un mecanismo muy particular: aquel que vincula al agente dañador con la víctima estableciendo entre ellos un conjunto de derechos y deberes correlativos de compensación. Dicho brevemente, me ocuparé solo de los sistemas bilaterales, no de la compensación de daños en general. Por consiguiente, tampoco pretendo ocuparme de todos los casos de responsabilidad en aquellos sistemas en que la compensación es un asunto entre individuos privados. La responsabilidad por el hecho ajeno, la de los padres por los hechos de sus hijos menores o la del principal por el hecho de sus dependientes, entre otros, se aparta del esquema que describí en los párrafos anteriores. Pese a ser también una cuestión entre privados, difícilmente pueda sostenerse que la obligación de reparar de los padres se debe a que ellos han *causado* el daño que sufrió la víctima. Ninguna teoría plausible de la causalidad permite afirmar esto sin que se produzca un fuerte desajuste con nuestras intuiciones causales básicas. Entonces, mi objeto de estudio se limita a la estructura bilateral, y

¹ Para una exposición detallada de la filosofía del derecho de daños neozelandés y una reseña de la evolución legislativa desde la sanción de la Ley de Compensación por Accidentes de 1972 que instaura el sistema, véase TODD y HUGHES, 1997: 1-61.

ello excluye todos los casos en que no existe un vínculo causal entre el demandado y la víctima.

Asimismo, resulta fundamental aclarar que no centraré mi análisis en ningún sistema jurídico en concreto. Emplearé ejemplos por razones de claridad expositiva, a veces del sistema argentino, que es el que más conozco, y otras veces del sistema norteamericano, por ser el más tratado en la literatura sobre el tema. Confío en que la caracterización sencilla que he realizado de la responsabilidad extracontractual bilateral nos permita obtener conclusiones útiles para analizar otros sistemas, como muchos de los europeos y, hasta donde sé, todos o casi todos los latinoamericanos que, por regla general, tienen esta estructura. La idea es que si puede analizarse y decirse algo interesante sobre un modelo puro de responsabilidad bilateral, las conclusiones obtenidas pueden ser útiles para estudiar cualquier sistema que comparta estos rasgos esenciales. Un estudio más detallado, focalizado en sistemas jurídicos concretos, privaría a este trabajo de la abstracción necesaria para lograr su pretensión filosófica general.

No obstante, detengo la abstracción en la estructura bilateral, cuando nada impediría analizar un esquema todavía más abstracto que tome como elemento central el derecho a ser indemnizado, y no la correlatividad que existe entre este derecho y el deber del agente dañador. Así, un análisis aplicado al derecho de la víctima podría ser útil para comprender también los sistemas de compensación social y no solo los bilaterales. ¿Por qué la delimitación de mi objeto de estudio no es arbitraria? Creo que toda investigación debe delimitar su objeto con algún criterio sobre lo que es de interés investigar. En este caso, entiendo que las características normativamente relevantes en los sistemas bilaterales son diferentes de las que cuentan como relevantes en los sistemas de compensación social. El daño sufrido por la víctima, por sí mismo, no constituye ninguna razón para la acción en los sistemas bilaterales, pero sí en los sistemas de compensación social. De ahí que, un estudio más general diluiría las diferencias entre dos prácticas relacionadas por el hecho de la compensación, pero claramente diferenciadas en cuanto a los juicios normativos que llevan a la obligación de reparar.

Tal como estoy presentando mi empresa, la cuestión de la comprensión requiere prestar atención a lo que HART denominó «punto de vista interno»². Este es el punto de vista del participante de la práctica que acepta un determinado patrón de conducta como estándar legítimo para guiar su comportamiento y para criticar las desviaciones del resto. Sin adoptar la misma actitud que un participante, el teórico puede describir este punto de vista de modo que se ofrezca una imagen de la práctica que sea reconocible por cualquiera familiarizado con ella. Pero a fin de ser ilustrativa, la tarea del teórico no puede limitarse a captar y reproducir los patrones de inferencia que em-

² HART, 1994: 89.

plean los participantes en la práctica que está estudiando, sino que debe intentar analizar esos patrones y extraer conclusiones que, incluso cuando sean analíticas, sean a la vez informativas. Ello exige analizar también los conceptos básicos que articulan la práctica, determinar su contenido y la manera en que están relacionados. En la responsabilidad extracontractual bilateral, los conceptos centrales son el daño, la indemnización, los derechos y deberes de las partes, la causalidad, la culpa, el riesgo y la responsabilidad. Estos conceptos deben ser acomodados por cualquier teoría que se presente como una explicación de la práctica.

Actualmente, hay dos teorías dominantes en el ámbito académico que se atribuyen la mejor explicación de la responsabilidad extracontractual. Ellas son el análisis económico del derecho y la justicia correctiva. El análisis económico sostiene que todo el discurso jurídico articulado a partir de los conceptos recién mencionados cobra su mayor sentido cuando se lo interpreta como dando forma a una institución dirigida a lograr una asignación eficiente de los recursos en circunstancias de altos costes de transacción. En particular, las reglas de la responsabilidad extracontractual están orientadas a lograr un objetivo social deseable dado por la reducción del coste de los accidentes a un nivel óptimo, no mínimo. Para los partidarios de la justicia correctiva, en cambio, la responsabilidad extracontractual regula las interacciones privadas de los individuos, las relaciones que mantienen al margen de su estatus como miembros de la comunidad, imponiendo al causante de un daño la obligación de compensar de modo que se rectifiquen a la vez las pérdidas y las ganancias injustas.

Como se verá, ambas teorías resultan atractivas y, en última instancia, que una sea superior a la otra dependerá de un debate metodológico sobre qué atributos debe reunir una explicación para ser una mejor explicación del fenómeno. Más allá de cualquier mérito que el análisis económico pueda tener, uno de sus mayores aportes fue haber revolucionado el estudio de la responsabilidad extracontractual. De no haber sido por las interpretaciones económicas del derecho de daños, seguramente no hubiese surgido como respuesta la valiosa literatura filosófica que se desarrolló a partir de 1970³. La teoría económica es realmente atractiva, pero a fin de cuentas no logra ofrecer una explicación consistente de los conceptos que dan forma a la responsabilidad extracontractual. La justicia correctiva, por su parte, no es claramente una mejor explicación por dos razones. En primer lugar, no hay consenso sobre el contenido del concepto de justicia correctiva. Más bien, existen varias concepciones en pugna cuyas defensas suelen descansar en argumentos normativos. En segundo lugar, aun cuando sea posible resolver este problema por medio de un análisis conceptual neutral, la justicia correc-

³ No es exagerado decir que George FLETCHER, Richard EPSTEIN y Jules COLEMAN crearon con sus trabajos un nuevo campo de investigación relacionado con la filosofía de la responsabilidad extracontractual.

tiva ofrece una explicación incompleta de la práctica. En mi argumento intentaré salvar estas cuestiones para sostener que la mejor explicación se logra cuando se interpreta la responsabilidad extracontractual bilateral como una institución compleja que implementa principios de justicia correctiva y de justicia distributiva.

Procederé de la siguiente manera: en la Primera Parte pretendo introducir al lector al mundo del análisis económico del derecho, mostrando sus aspectos más atractivos y, finalmente, los defectos que hacen de esta teoría una explicación insatisfactoria. Las críticas se centran en su incapacidad por reconstruir conceptualmente la práctica. El argumento en algunos capítulos, en especial en el 4 y el 5, es bastante más detallado de lo necesario para juzgar al análisis económico como explicación de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, creo que recorrer el mismo camino que el teórico que comienza analizando el fenómeno desde una perspectiva económica permitirá al lector captar con más profundidad y fiabilidad la naturaleza de este enfoque.

En la Segunda Parte mostraré que la responsabilidad extracontractual es un área del derecho más compleja de lo que suponen los partidarios de la justicia correctiva. Las consideraciones distributivas resultan ineludibles al momento de asignar los derechos que regularán las interacciones de las partes. La justicia correctiva solo podrá operar una vez que se haya realizado un ejercicio distributivo. Así, las reglas de la responsabilidad extracontractual bilateral pueden ser mejor entendidas como la implementación de dos modos distintos e irreductibles de ordenar la sociedad. Por una parte, distribuyen derechos y deberes y, por la otra, rectifican interacciones injustas. A los fines de la comprensión, el argumento depende de manera crucial de que pueda mostrarse que un análisis conceptual neutral de la práctica permite derivar un esquema interpretativo como el que propongo.

En la Tercera Parte discutiré los presupuestos metodológicos de los partidarios de la justicia correctiva y de los defensores del análisis económico del derecho. Mostraré que muchas veces el debate no es fructífero porque los desacuerdos entre ambas corrientes no son genuinos. En general, quienes intentan comprender la práctica mediante un análisis de los conceptos centrales que la organizan, están interesados en capturar el punto de vista interno. No obstante, este no es necesariamente el caso para los estudios de análisis económico, más preocupados por los efectos positivos o negativos de ciertos sistemas de responsabilidad extracontractual que por el significado que ellos tienen para los participantes de la práctica. En definitiva, sostendré que una comprensión mixta de los fenómenos jurídicos resulta mucho más iluminadora que una investigación alineada exclusivamente con alguna de estas tradiciones metodológicas.

Por último, me gustaría decir algo respecto de la justificación de la responsabilidad extracontractual. La discusión normativa encuentra un espacio limitado en este trabajo. Qué principios hacen que la práctica de la responsabilidad extracontractual sea moralmente valiosa es una cuestión que dejaré abierta; y ello puesto que mi intención es elaborar un trabajo explicativo. El título «Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual» no debe llevar al lector a pensar que me ocuparé de ambas tareas. La idea es distinguir entre una explicación neutral de la práctica y su justificación. De ahí que siempre que esté brindando un argumento sobre la comprensión del fenómeno y elabore alguna consideración que parezca normativa, debe entenderse que son consideraciones que adscribo a los participantes, y no que yo mismo esté dispuesto a respaldar. Creo que la responsabilidad extracontractual bilateral es una institución propia de las sociedades liberales en términos generales. Ello supone que el discurso de los participantes tendrá este tipo de carga normativa. Entonces, dar sentido a algunos aspectos de la práctica requiere entenderlos en el contexto de una sociedad liberal que parte de ciertas premisas, a las que no necesariamente adhiero, ni cuestiono, al momento de elaborar un argumento conceptual. Tengo además otra razón para dejar abierta la cuestión de la justificación que no está relacionada con que mi interés es principalmente explicativo. No temo a los argumentos normativos, cuando están explícitamente identificados como tales. De hecho, en el capítulo II elaboro un argumento que es casi por completo normativo. Allí expongo las distintas concepciones del principio de eficiencia, pero luego introduzco consideraciones críticas para mostrar que ninguna de ellas puede ser el principio último para regular el diseño de las instituciones en las sociedades liberales. No obstante, aunque no pueda tratarse de un principio último, sí tiene lugar en una teoría de la justicia. En este sentido, la eficiencia o la maximización de la riqueza social podrían justificar la responsabilidad extracontractual, si los resultados globales de todas las instituciones sociales fuesen justos. Es decir, si el resultado final del funcionamiento institucional completo fuese justo porque cualquier injusticia parcial producida por el derecho de daños es compensada, por ejemplo, mediante el derecho impositivo y del gasto público, la eficiencia podría servir como principio justificatorio. Pero si esto es así, determinar si la eficiencia, o cualquier otro principio, justifica una práctica requiere estudiar todas las demás prácticas relacionadas con la justicia global de las instituciones sociales, y ello excede el propósito de este trabajo y, sin duda, mi capacidad para llevar adelante tal emprendimiento. La imposibilidad de elaborar un argumento aislado a favor o en contra de la responsabilidad extracontractual bilateral me lleva a no pronunciar más que de modo muy general sobre algunas razones que podemos tener para mantener esta institución, aunque estas no serán nunca concluyentes.

PRIMERA PARTE

LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA

I-EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Hasta 1960, el Análisis Económico del Derecho (AED) se identificaba con los estudios realizados en el campo de la defensa de la competencia. Recién en ese año, con la aparición de *The Problem of Social Cost*⁴, Ronald COASE inauguró una nueva escuela de pensamiento inmediatamente seguida por Guido CALABRESI, que en 1961 publicó *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*⁵. Estos fueron los primeros intentos por aplicar el análisis económico a distintas áreas del derecho no relacionadas directamente con las transacciones en los mercados explícitos. A partir de allí, la economía se ha expandido notablemente abarcando mucho más que la investigación orientada al funcionamiento de los mercados. Este nuevo enfoque parte del estudio de la conducta humana en contextos diferentes del mero intercambio de bienes y servicios.

Los presupuestos de esta empresa conciben a los individuos como maximizadores racionales de utilidad. Esto significa que persiguen la satisfacción de sus objetivos del modo menos costoso posible, incluso en las decisiones que toman fuera del mercado, como conducir diligente o negligentemente, contraer matrimonio, divorciarse, contaminar el medio ambiente o protegerlo, iniciar una demanda o pactar extrajudicialmente, etcétera. Para que esto tenga sentido, se requiere otro presupuesto: interpretar las reglas jurídicas como imponiendo costes o subsidios sobre estas actividades⁶. Por ejemplo, las reglas de la responsabilidad extracontractual imponen un precio a la conducta dañosa a fin de incentivar su realización sólo hasta un nivel eficiente, mientras que las reglas del derecho de familia hacen lo propio con la decisión de contraer matrimonio, divorciarse o tener hijos. Desde este punto de vista, serían unos pocos principios económicos, como el análisis coste-beneficio, la relación inversa entre precio y cantidad, la prevención del aprovechamiento gratuito indeseable (*free-riding*), la toma de decisiones bajo incertidumbre, la aversión al riesgo y la promoción de beneficios mutuamente ventajosos, los que mejor pueden explicar la mayoría de las reglas jurídicas y las decisiones de los tribunales⁷.

Los analistas económicos del derecho tienen dos tipos de preocupaciones muy diferentes: *positivas* y *normativas*. Los estudios positivos, a su vez, pueden ser de tres tipos⁸. Por un lado, hay trabajos que se interesan en medir el im-

⁴ COASE, 1960.

⁵ CALABRESI, 1961. En realidad, CALABRESI ya había escrito su trabajo antes de la publicación de *The Problem of Social Cost*, por lo que es justo considerarlo cofundador del nuevo análisis económico del derecho.

⁶ POSNER, 1987: 5.

⁷ POSNER, 1990: 361.

⁸ Para una clasificación de los estudios positivos, véase OGUS, 2004: 384-385.

pacto que una determinada norma o cuerpo normativo tendrá sobre la eficiencia —en alguna de sus múltiples variantes— o en el bienestar social. Así, ante la aprobación de nuevas leyes que hacen solidariamente responsables a todos los intervinientes en la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios por los daños que sufren los consumidores, las preguntas que se formularía el analista en relación con estas normas podrían ser: 1) ¿en qué medida se reducirá la cantidad de accidentes?; 2) ¿cómo afectará la imposición de responsabilidad solidaria al precio final del bien o servicio?; 3) ¿cómo impactará la subida del precio, en caso de darse, sobre el acceso de los consumidores al producto en cuestión?; 4) ¿podrá el sistema de seguros dispersar el coste de estos accidentes?

Esta pretensión positiva supone que no corresponde al economista fijar los objetivos que debe perseguir la sociedad. El rol del economista *debe ser* puramente técnico. Si la sociedad desea reducir la cantidad de accidentes que se producen en ciertos contextos, el economista debe indicarle cuál es mejor modo de lograrlo. Si la sociedad desea a la vez dispersar el coste de esos accidentes, se complementará la respuesta con una buena combinación entre normas de disuasión y la implementación de un sistema de seguros. En ningún caso es tarea del economista proponer como objetivos sociales la disminución de la cantidad de accidentes o la dispersión de los costes que ellos generan. Estas decisiones son de naturaleza político-moral y deben ser tomadas por medio de algún mecanismo de elección colectiva, en especial porque también involucran cuestiones distributivas sobre las que el economista no tiene nada que decir. Más adelante se verá que una norma que para reducir el coste de los accidentes responsabiliza a Jordi por los daños que sufre Josep Lluís, hace automáticamente más rico al segundo que al primero. Mientras que la norma inversa, es decir, de no-responsabilidad, enriquece más a Jordi que a Josep Lluís. Pronunciarse sobre si es conveniente que Jordi se enriquezca y Josep Lluís se empobrezca, o lo contrario, es una cuestión distributiva ajena al ámbito del economista, pero la cuestión sobre la eficiencia, como maximización de la riqueza global, es puramente técnica. Por supuesto que incumbe a los economistas la medición de cuánto se enriquecen y cuánto se empobrecen los individuos, ya que este dato resulta imprescindible para que el político tome decisiones. En definitiva, una vez establecidos los objetivos sociales, la tarea del economista es determinar el modo menos costoso de lograrlos.

También se asocia al aspecto positivo del análisis económico la pretensión de explicar el sentido de las reglas jurídicas tal cual son. Para POSNER, por ejemplo, las reglas del *Common Law* pueden ser mejor interpretadas como esfuerzos, conscientes o no, por lograr resultados eficientes⁹. Esto es lo que

⁹ En un ensayo crítico del AED, COLEMAN explica que hay cuatro argumentos diferentes para sostener que el derecho de daños es más o menos eficiente. En este trabajo sólo

en la introducción denominé *comprensión de la práctica*. La maximización de la riqueza sería la mejor forma –aunque no es perfecta– de explicar el sistema jurídico norteamericano y sus doctrinas¹⁰. La generalización de esta clase de enunciados depende del contenido normativo del sistema jurídico que se esté examinando. Sin embargo, debo anticipar que aun cuando puedan realizarse plausiblemente interpretaciones económicas de las reglas de la responsabilidad extracontractual de un determinado sistema jurídico, como el norteamericano, el argentino o el español, de allí no se sigue que la racionalidad subyacente de ese cuerpo normativo responda a criterios económicos. Dicho de otro modo, no debe entenderse la responsabilidad civil como un instrumento para la maximización de la riqueza sólo porque estas interpretaciones sean posibles. Es obvio que siendo los individuos racionales –aunque no lo sean en *todas* sus decisiones– al conformar la práctica de la reparación de daños lo harán de un modo que no sea extremadamente ineficiente. Sólo una sociedad suicida mantendría una práctica cuyos principios subyacentes (u objetivos) tuviesen por resultado la destrucción de la riqueza.

Por último, el análisis positivo puede consistir en la recaracterización de los conceptos que figuran en la práctica de la responsabilidad extracontractual. Esta es una tarea puramente conceptual. Toda práctica o institución se desarrolla en un lenguaje que expresa una serie de conceptos, y estos organizan los razonamientos de los participantes. Así, la culpa, el riesgo, los derechos, los deberes, la causalidad o el daño son nociones que cumplen una función esencial en los juicios de responsabilidad. También en este caso creo que el AED presenta una elaboración teórica deficiente, en tanto no logra traducir en términos de eficiencia algunos de estos conceptos básicos que sí recepta la dogmática jurídica, ni tiene éxito al explicar la relación que existe entre ellos.

La vertiente *normativa* del AED, por su parte, no pretende comprender la práctica, determinar el impacto económico de las normas jurídicas o recaracterizar conceptualmente el derecho de daños, sino proponer reformas a fin de implementar políticas que maximicen la eficiencia¹¹. La eficiencia es un

expondré la versión de POSNER por ser la más difundida. Para mayor profundidad, véase COLEMAN, 1988: 1237-1240.

¹⁰ POSNER, 1998: 27.

¹¹ Se ha distinguido entre el AED normativo-ético y el AED normativo-técnico. El primero se ocupa de temas morales; el segundo tiene que ver con la formulación de reglas técnicas para la consecución de objetivos dados. En este caso, los analistas se concentran en la racionalidad instrumental, es decir, estudian la relación entre medios y fines. Explicitan las condiciones necesarias para alcanzar una determinada meta. Por ejemplo, una regla técnica podría ser “si usted desea hacer que la cabaña sea habitable debe calentarla” o, en nuestra materia, “si usted desea dispersar el coste de los accidentes debe responsabilizar a la mayor cantidad de individuos posible”. Sobre esto véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2006: 331. Las reglas técnicas, por supuesto, no son verdaderas ni falsas, sin embargo están basadas en la presuposición de que algo es, o no es, condición necesaria para otra cosa. Esta presuposición se expresa por medio de enunciados anankásticos, que

valor social que debe ser promovido. La maximización de la riqueza social es un imperativo ético, según las visiones más ortodoxas, ya que en un mundo de recursos escasos el derroche debe ser considerado inmoral¹². Otras versiones más moderadas, como la de CALABRESI al estudiar el derecho de daños, entienden que son varios los objetivos que compiten con la eficiencia. También hay consideraciones distributivas que son relevantes y un veto dado por *la justicia* al tipo de políticas que pueden desarrollarse para conseguir estos objetivos. Sobre este punto me explayaré en detalle más adelante.

Por ahora es suficiente con señalar que la noción de eficiencia empleada por el AED no es unívoca. No lo es en los estudios descriptivos ni en las propuestas normativas¹³. Los distintos sentidos en los que se habla de eficiencia incluyen la eficiencia productiva, la optimalidad y la superioridad paretiana, el criterio KALDOR-HICKS y la maximización de la riqueza social. Definir qué se entiende por eficiencia es muy relevante. Desde el punto de vista positivo, es importante a la hora de apreciar cómo se están evaluando los efectos de las normas jurídicas o de las sentencias judiciales. Igualmente, en el análisis normativo, el imperativo que ordena tomar decisiones o implementar políticas eficientes no cobra significado hasta tanto no se precise en qué sentido de eficiencia se está hablando. El carácter moral de cada uno de ellos también es diferente, de allí que resulta imprescindible desentrañar el contenido del *mandato maximizador* antes de apreciar la capacidad justificatoria del AED. En el próximo capítulo explicaré las diferentes concepciones de la eficiencia y argumentaré que ninguna de ellas puede servir como criterio último para justificar el conjunto de las instituciones sociales.

sí pueden ser verdaderos o falsos. Entonces, la diferencia entre los estudios positivos predictivos –que se valen de enunciados anankásticos– y los estudios normativos-técnicos –que presuponen estos enunciados– radica simplemente en la forma en que se expresan. En este trabajo no criticaré las investigaciones normativas-técnicas, del mismo modo que no criticaré las positivas-predictivas. En lo que tiene que ver con el análisis normativo, sólo argumentaré en contra de los estudios normativos-éticos. Siempre que mencione la vertiente normativa del AED me estaré refiriendo a estos últimos.

¹² POSNER, 1998: 30.

¹³ OGUS explica que los criterios empleados por los economistas para evaluar el derecho son en algunas ocasiones ambiguos y en otras problemáticos. Véase OGUS, 2006: 26.

II-LA EFICIENCIA

El término eficiencia es ambiguo y puede tener al menos cuatro significados diferentes, algunos de ellos incompatibles entre sí. Por ejemplo, un resultado eficiente en el sentido de KALDOR-HICKS no tiene por qué ser eficiente en el sentido de PARETO. Las implicancias de los distintos criterios, especialmente las normativas, varían según el caso. En el plano positivo, el enunciado que se refiere a que una regla de responsabilidad por negligencia es eficiente en cierto contexto expresa más de una proposición, por lo que debe especificarse la noción de eficiencia que se está empleando a fin de eliminar la ambigüedad. En el plano normativo, la aclaración también es relevante, ya que la pretendida fuerza ética de la eficiencia varía con cada concepción.

En adelante, explicaré y analizaré las cuatro nociones de eficiencia más usuales, tanto desde el punto de vista positivo como desde el normativo. Finalmente, discutiré el intento de KAPLOW y SHAVELL de reemplazar la eficiencia por el bienestar como criterio para evaluar las instituciones sociales.

1-Eficiencia productiva

Una primera noción de eficiencia es la *productiva*. Una situación es eficiente si:

- a) es imposible producir más cantidad de un bien empleando la misma cantidad de recursos; o
- b) es imposible producir la misma cantidad de un bien empleando menos recursos.

De ser posible con una misma plancha de cuero fabricar más suelas de zapatos que las que actualmente se producen, no hacerlo implicaría un derroche de recursos. Asimismo, si fuese posible fabricar la misma cantidad de suelas de zapatos con una plancha de cuero más pequeña, también se estarían desperdiciando insumos. En ambos casos, ya sea produciendo más bienes con los mismos insumos o igual cantidad de bienes con una cantidad de insumos menor, la situación productiva mejora. En este sentido se habla de eficiencia productiva. En el primer supuesto, la situación es ineficiente porque hay una capacidad productiva no explotada. En el segundo, la situación es ineficiente porque se emplean más recursos de los necesarios, recursos que podrían ser aprovechados para fabricar otros bienes o más cantidad del mismo.

Esta noción de eficiencia está implícita en muchos de los estudios de AED, pero rara vez se refieren explícitamente a ella. Los criterios más utilizados son los de PARETO, KALDOR-HICKS y la maximización de la riqueza social.

2-La optimalidad y la superioridad de PARETO

Vilfredo PARETO, economista y sociólogo de fines del siglo XIX y principios del XX, propuso un criterio para evaluar los estados sociales. Según este criterio, una situación social es óptima cuando no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguien más. Dicho de modo inverso, una situación no es óptima cuando es posible mejorar al menos a un individuo sin empeorar el bienestar de nadie. Esta imposibilidad de mejorar a alguien sin producir una baja de bienestar en otros es una muestra de que los recursos están asignados de forma óptima. Significa que no hay recursos ociosos o desaprovechados.

El criterio de superioridad de PARETO se relaciona con la comparación de dos estados sociales. Un estado del mundo S1 es superior a un estado S2, cuando en S1 hay al menos una persona que está mejor que en S2 y nadie se encuentra peor¹⁴. Una situación PARETO óptima hace imposible una asignación que sea superior también en el sentido de PARETO.

En rigor, esta descripción de los principios paretianos no es fiel a la formulación original de PARETO. Para él, una situación era superior a otra cuando reportaba beneficios para *todos* los miembros de la sociedad. Esta *versión fuerte* fue atenuada por la literatura económica generándose la *versión débil*, que presenté en los párrafos anteriores. Así, cuando se dice que una situación es PARETO superior respecto de otra se quiere decir que al menos *una* persona está mejor y no que *todos* lo están.

¹⁴ Evidentemente resulta difícil determinar cuándo una persona está mejor o peor. En un principio la teoría económica entendía que el bienestar de las personas podía medirse cardinalmente, es decir, que podía calcularse la intensidad del bienestar de los individuos y podían además realizarse comparaciones interpersonales de utilidad. Pero luego de las críticas que se le dirigieron, esta teoría adoptó un criterio de ordinalidad basado en las preferencias. Se advirtió que para la teoría de la elección racional no es necesario medir la utilidad cardinalmente, sino conocer el orden de preferencias de los individuos. Por ello, una persona está mejor cuando prefiere su nueva situación a la anterior y está peor cuando no la prefiere. Sobre este punto puede consultarse HARSANYI, 1953: 434-435. Allí se explica que el criterio de cardinalidad fue abandonado debido a que la ordinalidad servía del mismo modo a la teoría económica, sin las complejidades del primer criterio. Posteriormente, la cardinalidad fue reintroducida por VON NEUMANN y MORGENSTERN para la toma de decisiones bajo incertidumbre. Sin embargo, hay razones teóricas para considerar que la cardinalidad referida por la primera economía de bienestar para decidir la implementación de políticas públicas es un concepto distinto del empleado en la teoría de la decisión en condiciones de incertidumbre. HARSANYI, pese a todo, intenta demostrar que entre ambas versiones hay una gran similitud.

La fuerza ética del principio de PARETO en su versión fuerte es que si todos están mejor en S2 que en S1 ¿quién podría oponerse a cambiar de estado social? La clave de esta respuesta se encuentra en la formulación de la pregunta para la versión débil: si nadie está peor en S2 que en S1 ¿por qué habrían de oponerse a pasar a S2 quienes no resultan afectados? La respuesta clásica para los dos casos es la envidia. Sólo la envidia puede justificar oponerse a que otro mejore cuando ello no perjudica la propia posición. Incluso en su versión fuerte, la superioridad no exige que todos estén mejor en igual medida. Puede que el paso de S1 a S2 mejore a todos, pero en grados distintos. Si algunos fuesen beneficiados mucho más que otros, se plantearían problemas de desigualdad. Tratar estos temas excede por ahora mi objetivo. Lo único que quiero señalar es que usualmente se dice que cuando una situación es óptima en el sentido de PARETO, cualquier cambio social implica perjudicar a algunos en beneficio de otros, y las consideraciones distributivas se hacen ineludibles en este caso. Pero es obvio que puede haber razones de justicia para hacer consideraciones distributivas incluso cuando un cambio social sea superior en el sentido de PARETO.

Supongamos que hay un grupo de personas inmensamente ricas y otro de personas extremadamente pobres en la misma sociedad. Supongamos también que la *eficiencia productiva* no permite mejorar a los pobres sin privar a los ricos de una porción de su riqueza. En este contexto, PARETO afirmaría que la situación es óptima. Ahora, la supuesta fuerza ética del principio paretiano debe ponerse en duda cuando es contrastado con una teoría de la justicia distributiva. Los peor situados en una sociedad podrían objetar una mejora de los más ricos –aunque esta no empeore su propia situación– no por razones de envidia sino por razones de justicia distributiva. Abordaré este problema en el apartado II.6.2 y, más específicamente, en el II.6.4.

¿Cuáles son los problemas de la eficiencia paretiana? En primer lugar, y más allá de que es compatible con la mayor desigualdad, aunque a los economistas clásicos esto no les preocupa, la eficiencia paretiana está afectada entre otras cosas por el problema de las preferencias externas¹⁵. Existen preferencias externas cuando el bienestar de una persona depende del bienestar, los derechos o las oportunidades que se le conceden a otras¹⁶. Por ejemplo, una norma que permite la libertad de culto puede «empeorar» el bienestar del intolerante religioso. Desde el liberalismo se tiende a desconocer los recla-

¹⁵ También debe tenerse en cuenta que el criterio de PARETO, dependiendo de cómo se lo interprete, puede resultar afectado por las preferencias irracionales, las preferencias adaptativas y las preferencias no informadas. Una forma de resolver estos problemas es enfatizando la distinción que existe entre el bienestar de un individuo y sus intereses. Sobre esto, puede consultarse FARRELL, 2000: 50-65.

¹⁶ DWORKIN, 1978: 234.

mos basados en este tipo de preferencias, pero la eficiencia de PARETO las incluye necesariamente¹⁷.

Otra seria dificultad es que si la optimalidad de PARETO significa que no puede realizarse ninguna mejora sin perjudicar a alguien probablemente estemos en una situación de optimalidad permanente, ya que no es concebible que una nueva regla o política económica vaya a beneficiar a todos, o al menos a un individuo, sin perjudicar a nadie. El *test* de PARETO es demasiado estricto, lo que entorpece toda aspiración de cambio social. Es un criterio demasiado conservador que desvirtúa cualquier intento de beneficiar a los que están peor, cuando ello implica perjudicar aunque sea mínimamente a quienes están mejor.

En la misma línea, CALABRESI afirma que los acuerdos existentes (o los estados actuales del mundo) no pueden ser criticados sobre la base de que una asignación de recursos universalmente mejor está disponible. Si tuviésemos noticia de esa mejor alternativa no necesitaríamos criticar el acuerdo existente, ya que habríamos optado por la alternativa. Pero si no tuviésemos noticia de ella, esa falla informativa constituye un impedimento suficiente para alcanzar el estado superior. En todo caso, concluye el argumento, es engañoso actuar como si existiese un movimiento social que fuese PARETO superior. Todo estado actual sería PARETO óptimo¹⁸. El argumento de CALABRESI se basa en computar los costes de transacción (incluyendo los problemas informativos y de racionalidad) dentro de los costes totales que determinan la frontera de producción. No tomar en cuenta los costes de transacción al afirmar que hay una asignación disponible mejor que es inaccesible por la existencia de estos costes, es lo mismo que no tomar en cuenta el coste de los insumos que se utilizan para producir un bien y afirmar que aún no se ha alcanzado el límite del conjunto de posibilidades de producción. En términos sencillos, la estrategia de CALABRESI consiste en asimilar los costes de transacción a los demás costes productivos. Vista de este modo, toda situación actual es PARETO óptima. Si pese a poder estar mejor en S2, los costes de negociar entre las partes son tan altos (supongamos debido a que mantienen una posición negociadora muy dura al momento de repartir los excedentes del acuerdo) que obstaculizan el paso de S1 a S2, entonces, desde esta perspectiva S2 no está disponible, por lo que S1 se convierte en un óptimo de PARETO.

De esto se sigue directamente que en ausencia de innovaciones tecnológicas que expandan la frontera de posibilidades de producción y nos permitan estar a todos mejor, toda supuesta mejora implicará, al menos *ex-ante*, una

¹⁷ Para ver cómo el cómputo de toda preferencia puede en algunos casos hacer entrar en conflicto el principio de PARETO con el liberalismo, véase SEN, 1970: 152-157.

¹⁸ CALABRESI, 1991: 1221.

probabilidad de que haya perdedores¹⁹. Por ello, ya sea porque CALABRESI está en lo cierto o por razones de justicia, las consideraciones distributivas son ineludibles. Más adelante, luego de explicar el criterio KALDOR-HICKS, evaluaré en qué medida la posición de CALABRESI es aceptable.

3-El criterio KALDOR-HICKS

Este criterio se popularizó a partir de los trabajos independientes de Nicholas KALDOR y John Richard HICKS, de 1939. El contexto de discusión incluía dos aspectos fundamentales que ponían en jaque a la economía de bienestar. En primer lugar, si la plausibilidad de la teoría económica dependía de que fuesen posibles las comparaciones interpersonales de utilidad, su alcance se vería sustancialmente disminuido. En segundo lugar, hasta ese momento daba la sensación que lo único que podía emplear la economía de bienestar para evaluar los cambios sociales era la superioridad paretiana y, puesto que es inconcebible que cualquier política económica no vaya a empeorar la situación de al menos una persona, nuevamente, el valor de la tarea del economista sería muy relativo.

Como alternativa al rígido criterio de PARETO se propuso un enfoque basado en la compensación potencial. Así, un cambio social es eficiente si quienes resultan beneficiados ganan más de lo que pierden quienes resultan perjudicados, de modo que los primeros podrían (*potencialmente*) compensar a los segundos. Obviamente, la efectiva compensación no es requerida por el criterio KALDOR-HICKS ya que, de otorgarse, el cambio de estado social sería PARETO superior. La razón por la que no se exige la efectiva compensación, sino sólo que sea potencialmente posible, tiene que ver con la visión que los economistas tenían de sí mismos en aquella época.

KALDOR, citando a PIGOU, recuerda que la economía de bienestar tiene dos partes: una referida a la producción y otra referida a la distribución de los recursos. Entiende que la primera parte es la más importante y se relaciona con las propuestas para incrementar el bienestar social, a partir de un incremento en la producción agregada. Aquí —sostiene KALDOR— «el economista está sobre suelo firme; el estatus científico de sus prescripciones es incuestionable»²⁰. En la segunda parte, la distributiva, el economista no debería preocuparse por realizar ninguna prescripción, sino sólo por señalar las ventajas relativas de las distintas maneras de concretar los fines políticos dados²¹. Al justificar el criterio compensatorio potencial, KALDOR afirma que cuando una determinada política beneficia a algunos más de lo que perjudica a otros, siempre podrá el gobierno asegurar que la distribución anterior de recursos

¹⁹ CALABRESI, 1991: 1227.

²⁰ KALDOR, 1939: 551.

²¹ KALDOR, 1939: 551.

resulte inalterada por medio de la compensación. Ahora, si el gobierno debe o no compensar efectivamente es algo sobre lo que los economistas, como economistas, difícilmente pueden emitir una opinión²².

Coincidentemente, HICKS advierte que pese a que toda reforma impondrá una pérdida a alguien, las políticas propuestas por los economistas tienen la característica común de permitir la compensación de esa pérdida conservando a la vez un excedente²³. Respecto de la efectiva compensación también considera que se trata de una cuestión política, ya que no existe ningún criterio general aceptable²⁴.

En cuanto a la cuestión de las comparaciones interpersonales de utilidad, KALDOR responde afirmando que no debe perturbar a los economistas, ya que en los casos en que las ganancias son mayores que las pérdidas es posible (pero no requerido) que nadie resulte perjudicado por la nueva política económica. Cuando el criterio es asimilado a un PARETO superior potencial, cree KALDOR, la comparación interpersonal deja de ser necesaria²⁵.

Este argumento no es convincente. Si hubiese efectiva compensación, por supuesto que la comparación interpersonal dejaría de ser relevante. Pero no existiendo esta compensación, es importante medir cuánto valoran los bienes quienes los poseen y cuánto los valoraban quienes los poseían antes. Parece obvio que un aumento en la producción que trae consigo una reasignación de los recursos, pero que los deja en manos de quienes no los valoran, no podría ser eficiente si lo que se persigue es la maximización del bienestar social. La potencialidad marca toda la diferencia. En otras palabras, un economista bienestarista no podría nunca pronunciarse sobre la eficiencia del paso de S1 a S2 sin saber en manos de quién quedarán los bienes en S2. Para afirmar que S2 es más eficiente que S1 el economista debería comprobar que quienes se benefician ganan más de lo que pierden los que se perjudican, para lo que necesita realizar comparaciones interpersonales de bienestar o utilidad; o bien, si no puede realizarlas, debe asegurarse de que habrá una compensación para los perjudicados y una asignación del excedente a otros individuos, por lo que el movimiento de S1 a S2 sería PARETO superior. En el primer caso, las comparaciones pueden estar basadas también en presupuestos como la ley de rendimientos marginales decrecientes, por lo que una traslación patrimonial de ricos a pobres es siempre eficiente, y siempre inefi-

²² KALDOR, 1939: 550.

²³ HICKS, al afirmar que la compensación es posible, computa dentro del cálculo los costes de transacción al llevar adelante la efectiva compensación. Es decir, es eficiente pasar de S1 a S2 si en S2 es posible compensar a los perjudicados con el cambio y a la vez queda un excedente para alguien una vez deducidos los costes de compensar. véase HICKS, 1939: 712.

²⁴ HICKS, 1939: 711.

²⁵ KALDOR, 1939: 550.

ciente si es de pobres a ricos²⁶. No obstante, no es esta la postura de los economistas al evaluar la eficiencia en términos de KALDOR-HICKS. En definitiva, el problema puede sintetizarse diciendo que las comparaciones interpersonales son imprescindibles, o que el criterio KALDOR-HICKS no persigue maximizar el bienestar social, sino la producción agregada de la sociedad. Por estas razones, la mera potencialidad de compensación es insuficiente para decir que el paso es eficiente como maximización del bienestar. Lo único que podría decirse es que el paso es *potencialmente PARETO superior* (esto es, que *podría ser eficiente*) y que corresponde al político y no al economista decidir si la asignación final lo será efectivamente o no. Esto no significa que su criterio sea inútil, sino que para ser bienestarista requiere necesariamente comparaciones interpersonales de utilidad o efectiva compensación. En este último caso, obviamente, KALDOR-HICKS pierde sentido: el movimiento es PARETO superior²⁷.

²⁶ Para que se comprenda la idea con un ejemplo sencillo: según la ley de rendimientos marginales decrecientes, para un hombre en el desierto el valor de un primer vaso de agua es mucho mayor que el valor del décimo. Esto es así por diversas razones. Entre otras, porque luego de haber saciado su sed los usos a los que destinará el agua son cada vez menos valiosos. De hecho, esto puede apreciarse en la disminución de la disposición a pagar por cada vaso adicional. Entonces, dada esta ley de la economía, puede suponerse que las curvas de utilidad de todos los individuos son similares. Por ello, privar de un vaso de agua a quien tiene 10 para dárselo a quien no tiene ninguno es eficiente. En cambio, privar a un individuo de su único vaso de agua para dárselo a quien tiene 9 es siempre ineficiente.

²⁷ Supongamos que Robinson y Friday realizan tres actividades en la isla: a) recogen cocos; b) pescan; y c) mantienen el fuego por la noche turnándose para dormir. En S1 Robinson y Friday gozan de tres horas de descanso cada uno por la tarde. En S2 es posible que ambos aumenten su producción de cocos y pescado, si Friday se toma solamente dos horas de descanso lo que, dada la nueva estructura productiva, le permite a Robinson tomarse cinco horas de descanso, en lugar de tres. Es decir, una hora más de trabajo de Friday permite obtener dos horas más de descanso para Robinson y una mayor cantidad de cocos y pescado. Como Robinson estará más descansado puede compensar a Friday tomando turnos más largos para mantener el fuego por la noche. Así, Robinson podría ofrecer a Friday cuidar el fuego una hora y media más que antes, de modo que Friday pueda dormir ese tiempo extra. Si Friday acepta el trato, S2 es PARETO superior respecto de S1. Pero si imponemos compulsivamente la nueva estructura productiva, nunca podremos saber si la hora extra que trabaja Friday por la tarde es compensada efectivamente por la hora y media extra que duerme por la noche. El escenario es aún peor si la comparación no es respecto de lo que gana y pierde el mismo Friday sino entre lo que gana Robinson y lo que pierde Friday (esto requiere una comparación interpersonal). Para afirmar que S2 es eficiente en el sentido de PARETO, deberíamos estar seguros de dos cosas: 1) que Friday prefiere trabajar una hora más por la tarde para ganar una hora y media más de sueño por la noche; 2) que Robinson prefiere trabajar una hora y media más por la noche para ganar dos horas más de descanso por la tarde. No hay razones para afirmar ninguna de estas dos cosas, salvo la manifestación de las preferencias de Friday y Robinson, algo que cuando la decisión es compulsiva no ocurre. Modifiquemos ligeramente el ejemplo para terminar de comprender el punto: supongamos que imponemos compulsivamente una estructura productiva en la que, a fin de obtener más pes-

Más allá de esto, aunque fuese posible superar esta objeción, las ventajas de este enfoque son relativas: así como permite la redistribución de la riqueza desde los mejor posicionados en una sociedad a los menos favorecidos, también permite que los ricos se sigan enriqueciendo a costa de los pobres. A diferencia de PARETO, el criterio KALDOR-HICKS ofrece una pauta más flexible para evaluar las distintas asignaciones alternativas de recursos. Sin embargo, la cuestión distributiva es menos importante que para el criterio de PARETO. No hay prácticamente límites en la reasignación, cumplida la condición de que los beneficiados ganen más que lo que pierden los perjudicados. Con PARETO, en cambio, siempre se garantiza que quien posee un recurso al menos no lo perderá a raíz de las políticas económicas implementadas por el Estado.

4-¿Es un sinsentido hablar en términos de PARETO?

Al explicar el criterio de PARETO, expuse la posición de CALABRESI según la cual, dado que siempre estamos en un óptimo paretiano, cualquier reforma económica implicará *ex-ante* la posibilidad de que haya perdedores y ello hace ineludibles las consideraciones distributivas. CALABRESI intenta llamar la atención de los economistas y de los juristas sobre este asunto, y para ello destruye analíticamente el criterio de PARETO. Una vez que despojó a los analistas económicos de su herramienta fundamental demuestra que la otra alternativa –el criterio KALDOR-HICKS– como siempre involucra la posibilidad de que haya perdedores, no puede ser una decisión puramente técnica, sino que requiere medir su impacto distributivo.

Por mi parte defendí una tesis mucho más fuerte que la de CALABRESI: sostuve que las consideraciones distributivas son *siempre* ineludibles, dado que la optimalidad de PARETO es compatible con la más extrema desigualdad, una igualdad injustificable desde cualquier teoría de la justicia razonable. Dada esta tesis fuerte, corresponde preguntarnos si es necesario seguir la estrategia de CALABRESI y destruir conceptualmente la eficiencia paretiana a fin de introducir consideraciones distributivas.

cados y más cocos, Friday debe trabajar una hora más por la tarde y Robinson puede descansar dos horas adicionales, de modo que podría compensar a Friday cuidando el fuego hasta dos horas más por las noches, pero no se le impone esa obligación. Pasar a S2 es eficiente según KALDOR-HICKS, porque Robinson podría dejar igual a Friday (suponiendo que la función de utilidad de Friday es indiferente al hecho de que las horas de sueño sean por la tarde o por la noche) y descansar en total una hora más al día (dos horas de descanso adicional por la tarde, menos una que trabaja de más por las noches). En este sentido, para afirmar que el paso de S1 a S2 es eficiente no se requieren comparaciones interpersonales (se intercambia una hora de trabajo por dos de descanso y ¡dos es más que uno!). Pero para afirmar que el paso de S1 a S2 maximiza la utilidad o el bienestar sí se requieren comparaciones interpersonales o que haya compensación efectiva. Este es todo el argumento en contra de KALDOR y HICKS.

Observa CALABRESI que cuando el movimiento social se da sobre la frontera paretiana, los ganadores no podrán compensar a los perdedores, aun cuando hayan ganado más de lo que ellos perdieron. En estos casos, el movimiento se justifica tomando en consideración quiénes son los ganadores y quiénes los perdedores, y qué ganaron o perdieron respectivamente²⁸. CALABRESI no está diciendo más que el criterio para justificar un cambio de política que beneficia a algunos y perjudica a otros requiere tomar como referencia una teoría de la justicia distributiva. Nótese que los movimientos sobre la frontera productiva son de suma cero, lo que significa que lo que ganan unos lo pierden los otros. Pero él no advierte que la justicia distributiva tiene un dominio mucho más amplio: sirve para evaluar si las posiciones sociales que ocupan los individuos están o no justificadas, y no solamente para evaluar si está justificado que unos pierdan y otros ganen. La idea de pérdida o ganancia es dependiente de una teoría de la justicia. Es incorrecto afirmar que alguien «perdió» algo sin antes valorar si tenía derecho a ello.

Entonces, ¿qué queda de la posición de CALABRESI? ¿Es el criterio paretiano un sinsentido? Creo que hablar en términos de PARETO superior sigue siendo útil. CALABRESI acierta en que, si incluimos dentro de los costes de transacción los problemas de racionalidad e información o conocimiento, la sociedad siempre se encuentra en un óptimo de PARETO. Así, por definición, no existe una situación PARETO superior a la cuál pueda aspirarse. Sin embargo, de allí no se sigue que ante un cambio tecnológico que expanda la frontera de producción no pueda arribarse a un estado que, en comparación con el estado anterior, sea superior en términos de PARETO. Lo único que se sigue de la posición de CALABRESI es que, dado que la sociedad siempre se encuentra en un punto óptimo no es factible ninguna mejora sin que se genere *ex-ante* una posibilidad de que haya perdedores. Pero se trata sólo de *una posibilidad*. CALABRESI asume que si hubiese una alternativa en la que esa posibilidad no existiese, es decir, un paso PARETO superior, ya habríamos tomado ese curso de acción, y esto no es claro que sea así. La sociedad podría preferir pasar de S1 a S3, que es eficiente KALDOR-HICKS, antes que pasar de S1 a S2, que es PARETO superior. Podría preferir eso si: a) S3 fuese mucho más rica que S2; b) en S2 los individuos no estuviesen mucho mejor que en S1; c) desde S2 no es posible pasar a S3 ni a ningún estado mejor que S3; y d) desde S3 es posible alcanzar otros estados que involucran un nivel mucho mayor de riqueza para los que en S1 estaban peor. En estas condiciones no es obvio que siempre la sociedad elegirá la alternativa que sea PARETO superior.

Pero más allá de esta objeción, supongamos que se expande la frontera de producción por una innovación tecnológica. Puede ocurrir que algunos se beneficien sin que nadie se perjudique. En este caso CALABRESI sostiene que la sociedad se encontraba en un estado PARETO óptimo inminente (no que

²⁸ CALABRESI, 1991: 1230.

hubo un cambio PARETO superior)²⁹. Puede ocurrir también que algunos se beneficien y otros se perjudiquen. Si los que se beneficiaron ganaron más de lo que perdieron quienes se perjudicaron, diremos que el paso de S1 a S2 es eficiente en términos de KALDOR-HICKS; pero si quienes se beneficiaron además compensaron a quienes se perjudicaron, tiene sentido decir que el paso a S2 fue PARETO superior. Claro que *ex-ante* no podríamos decir que el paso es PARETO superior, sino solamente que es eficiente en términos de KALDOR-HICKS. Tiene sentido seguir hablando en términos paretianos cuando ante una expansión de la frontera productiva el reparto del excedente se da de tal modo que nadie resulta perjudicado. En cambio, si algunos resultan perjudicados y otros beneficiados, a condición de que las ganancias de los segundos superen a las pérdidas de los primeros, diremos que el paso es KALDOR-HICKS eficiente. Sigue teniendo razón CALABRESI en que no sería posible criticar un estado social sobre la base de que hay otro superior disponible, pero se equivoca en que es imposible hablar en términos paretianos para comparar dos estados sociales a lo largo del tiempo.

Por otra parte, prescindir de la superioridad paretiana es demasiado. De hecho el fenómeno de la contratación se explica en estos términos. Si dos partes celebran un contrato es porque ambos piensan que estarán mejor luego de contratar. Si ese contrato no pudiese celebrarse porque las partes no se conocen entre sí, CALABRESI diría que la situación es óptima porque lo máximo a lo que puede aspirar esta sociedad es a estar como está. Los costes de transacción (que incluyen el coste de que ambos contratantes no se conozcan) delimitan la frontera de producción. Pero veamos un ejemplo sencillo. Supongamos que Josep Lluís desea aprender a ejecutar un instrumento oriental exótico pero no conoce a nadie que pueda enseñarle. Imaginemos, además, que Jordi sabe ejecutar a la perfección ese instrumento (que no gusta a nadie más que a Josep Lluís y a sí mismo). Es más, Jordi preferiría tener un alumno a fin de poder tocar con él las piezas que requieren dos instrumentistas. CALABRESI diría que la sociedad en la que Josep Lluís y Jordi no se encuentran está en un óptimo de PARETO, y esto es contraintuitivo. Hay un movimiento social que sería deseable por ser PARETO superior. Es cierto que en las condiciones actuales no es alcanzable, pero de ello no se sigue que si Josep Lluís y Jordi se encuentran no vayamos a calificar el cambio fáctico como PARETO superior. Del mismo modo, si Josep Lluís no tiene el instrumento y lo desea a tal punto que pagaría 1.000 por él, y Jordi estaría dispuesto a venderlo por 500, pero entre ellos no se conocen, diríamos que cuando Jordi extravía su instrumento oriental y Josep Lluís lo encuentra, la situación es KALDOR-HICKS eficiente en relación con la anterior.

Mi objeción contra CALABRESI no es de coherencia interna. Su argumento creo que es correcto en este punto. Simplemente deseo señalar que su forma de encarar el problema, incluyendo dentro de los costes de transacción toda

²⁹ CALABRESI, 1991: 1211.

contingencia, como la falta de racionalidad, lleva a construcciones teóricas contraintuitivas, y si todo su empeño era demostrar que las consideraciones distributivas son necesarias, esto puede lograrse de un modo más simple y eficaz: invocando una teoría de la justicia distributiva. La mera afirmación de que una reforma institucional ocasionará perdedores y ganadores nos obliga a abordar la cuestión desde este punto de vista.

5-La maximización de la riqueza social: un intento de abandonar las raíces utilitaristas del análisis económico

La primera economía de bienestar, entendida como una implementación práctica del utilitarismo³⁰, siempre debió lidiar con los problemas de esta corriente filosófica. El más grave de ellos fue sin duda las comparaciones interpersonales de utilidad. PARETO intentó hacerlas innecesarias, al coste de proporcionar un criterio sumamente conservador e inútil para la toma de decisiones, ya que imponía un test de unanimidad para la implementación de cualquier reforma. KALDOR y HICKS pretendieron evitarlas asumiendo que la mera posibilidad de mantener a todos en su nivel actual de bienestar nos liberaba de la comparación. Pese a todo, este criterio nunca logró alejar de sí su profunda vinculación con el utilitarismo. Como consecuencia de esto, el AED es visto usualmente como una teoría hija de esta línea de pensamiento, vulnerable a las mismas objeciones que se dirigen contra ella.

Así las cosas, Richard POSNER se ha empeñado en diferenciar al AED del utilitarismo³¹. Tal como se lo concibe usualmente, el utilitarismo plantea que el valor moral de una acción, una práctica, una institución o una norma jurídica debe apreciarse por sus efectos sobre la promoción de la felicidad agregada de los miembros de la sociedad. La economía normativa, en cambio, postula que el valor de una acción debe apreciarse por los efectos que produce sobre el bienestar social. Cree POSNER que la norma económica que él denomina *maximización de la riqueza* ofrece una base más sólida que el utilitarismo para formular una teoría normativa del Derecho.

Los principales problemas del utilitarismo que, según POSNER, el criterio de maximización puede resolver fácilmente son:

- a) *la vulneración de los derechos individuales*: si lo único relevante para el utilitarismo es la felicidad agregada, esto es compatible con la violación de los derechos de los individuos; o dicho de otro modo, el utilitarismo parece ser incompatible con el respeto de los derechos individuales cuando ello disminuye la utilidad global.

³⁰ Sobre esto puede consultarse BAYÓN, 2002: 244.

³¹ POSNER, 1983.

- b) *la indeterminación del alcance*: ¿se debe computar en el cálculo de utilidad la felicidad de los animales, de los extranjeros o de las generaciones futuras? ¿Se deben computar las preferencias externas?
- c) *la falta de método para calcular los efectos de una determinada política sobre la población relevante*: si la medición cardinal de utilidad es imposible y no hay ningún método alternativo de medición, ¿cómo se satisface el mandato utilitarista? Por otra parte, ¿qué implica maximizar la utilidad? ¿Se trata de la satisfacción de preferencias? En ese caso, ¿de preferencias reales, aun cuando sean irracionales, o de preferencias informadas?
- d) *la monstruosidad moral*: si Hugo arrancando las alas de las moscas obtiene más placer que Marisa alimentando a las palomas, según el utilitarismo la acción de Hugo es más valiosa que la de Marisa, porque incrementa la felicidad global en mayor medida. Estas consecuencias son implausibles para cualquier teoría moral.

Todos estos problemas pueden solucionarse adoptando un concepto distinto de la utilidad que él llama *maximización de la riqueza social*. La riqueza se maximiza cuando los bienes quedan en manos de aquellos que más los valoran, y valora más un bien quien está dispuesto a pagar más por él y además puede hacerlo. La idea de *valor* es distinta de la de *utilidad*. Evidentemente si un bien produce utilidad será valorado por los individuos, es decir, habrá una actitud favorable a pagar por él. Sin embargo, puede darse que un bien produzca una gran felicidad a una persona, pero si no está dispuesta a pagar su precio, o no puede pagarlo, no lo «valora» en el sentido en que POSNER utiliza el concepto³². Supongamos que Jordi posee un objeto que haría inmensamente feliz a Josep Lluís. Imaginemos que el placer que causa ese objeto a Josep Lluís es mucho mayor que el que causa a Jordi. Si aquél robase el bien, la utilidad social se incrementaría en la diferencia entre lo que gana el ladrón en felicidad luego del robo y lo que pierde el desposeído, pero la riqueza social disminuiría, porque el primero no está dispuesto a pagar el precio del bien, tal vez porque no puede... (pero eso es irrelevante para este enfoque). Este ejemplo demostraría que la maximización de la riqueza social no es una versión sofisticada del utilitarismo.

Una de las principales diferencias entre el criterio utilitario y la maximización de la riqueza se relaciona con que la idea de derechos individuales parece incompatible con el utilitarismo pero es totalmente compatible con el AED. El criterio de la maximización de la riqueza no permitiría que un individuo prive a otro de su propiedad alegando que el bien en sus manos produce mayor bienestar social. Según el AED quien desee poseer un bien debe negociar con su dueño y obtener su consentimiento. No obstante ello, los derechos no son absolutos. Cuando los costes de transacción son elevados

³² POSNER, 1983: 61.

en general no se protegerá el derecho con una regla de propiedad sino con una de responsabilidad³³. En suma, cree POSNER que mientras la felicidad global no es consistente con la protección de los derechos, estos son un corolario importante del principio de maximización de la riqueza social³⁴. En otras palabras, sin reconocer derechos a los individuos es imposible maximizar la riqueza social. El único fundamento para intervenir coartando la libertad individual debe buscarse en las fallas del mercado.

POSNER olvida que hay una versión del utilitarismo que pretendió ser respetuosa de los derechos individuales. Me estoy refiriendo al utilitarismo de reglas. A diferencia del utilitarismo de actos, esta forma de utilitarismo propone considerar las consecuencias de que todos realicen cierto tipo de conductas. Entonces, si las consecuencias de la conducta generalizada son deseables, la acción será correcta, mientras que será incorrecta en el caso contrario. El reconocimiento de derechos estaría justificado por las consecuencias positivas de adoptar una regla que los respete³⁵.

De todas maneras, David LYONS sostuvo de modo convincente que esta variante del utilitarismo colapsa necesariamente en el utilitarismo de actos³⁶. El argumento es el siguiente: en primer lugar, advierte que la generalización requiere clasificar los actos individuales como de «cierto tipo». Ello es problemático porque un acto es susceptible de ser descrito de muchas maneras, todas lógicamente correctas, pero extensionalmente divergentes³⁷. Por lo tanto, es necesario seleccionar algunas descripciones y descartar otras con algún criterio axiológico. Este criterio, para el utilitarismo, no puede ser otro

³³ CALABRESI y MELAMED, 1972: 1092. Los autores distinguieron la protección de un derecho por medio de estos dos tipos de reglas. Un derecho está protegido por una regla de propiedad cuando para quitárselo a su titular uno debe comprarlo, es decir, debe obtener una transferencia voluntaria en la cual el valor del derecho se determina de mutuo acuerdo entre quien lo tiene y quien lo desea. En cambio, un derecho está protegido por una regla de responsabilidad cuando una persona puede lesionarlo siempre que esté dispuesta a pagar un valor determinado objetivamente (p. 1092). La existencia de costes de transacción elevados que impidan un uso eficiente de los recursos justificarían proteger los derechos con reglas de responsabilidad en lugar de reglas de propiedad (p. 1106).

³⁴ POSNER, 1983: 73.

³⁵ Para una explicación más detallada del utilitarismo de reglas puede consultarse, entre muchos otros, HARSANYI, 1985. Por ejemplo, al discutir la obligación de cumplir con las promesas, HARSANYI sostiene que un utilitarista de reglas debería preguntarse «¿Qué particular regla moral acerca del cumplimiento de las promesas producirá la mayor utilidad social?» (p. 120).

³⁶ LYONS, 1965. Véase especialmente los capítulos III y IV.

³⁷ Las categorías que empleamos para clasificar los objetos del mundo no son mutuamente excluyentes sino que se superponen. Por ejemplo, explica SCHAUER, «[é]ste perro, Angus, es simultáneamente un terrier escocés, negro, un animal, un mamífero, una mascota, un saco de pulgas, una posesión de mi amigo Herb y algo ubicado a 300 millas de Chicago». Cada una de estas categorías son extensionalmente divergentes, es decir, refieren a objetos distintos. véase SCHAUER, 1991: 77.

que la utilidad. De modo que un juicio de aprobación o desaprobación sobre un acto siempre es derrotable por un nuevo juicio basado en una nueva y más completa descripción del acto. Esta segunda descripción añadirá nuevas propiedades y ellas serán relevantes cuando alteren la calificación del acto como correcto o incorrecto en base al principio de utilidad. Es decir, siempre existirá la posibilidad de refinar cada vez más la descripción del acto, lo que implica especificar cada vez más la regla.

Teniendo esto en cuenta, LYONS afirma que la plausibilidad de la distinción entre utilitarismo de actos y utilitarismo de reglas depende de que no exista una equivalencia extensional entre ambos. Esto significa, explica FARRELL, que si G es la utilidad generalizada del acto y S la utilidad simple, existirá una función lineal cuando $G = n \times S$, donde n indica el número de veces en que fue realizado el acto en cuestión³⁸. Para que tenga sentido la distinción entre estas formas de utilitarismo, la función debe ser no-lineal, pero ello sólo es posible si los actos son distintos en cuanto a sus efectos o en cuanto a sus propiedades. Un número n de actos A puede producir más de n veces el efecto producido por uno de esos actos siempre que los actos sean causalmente diferentes. No es posible, concluye LYONS, que se cumpla la condición de no-linealidad cuando los actos son completamente descriptos. La ilusión de no-linealidad es un síntoma de la incompletitud de la descripción general utilitarista. Si ello es así, las utilidades generalizadas son necesariamente reducibles a utilidades simples³⁹.

Supongamos que un acto individual como mentir a Jordi (A^M) produce una utilidad más alta que cualquier otro acto. Imaginemos también que A^M está prohibido por una regla utilitaria R^M (no mentir) por pertenecer a la clase de actos M (mentir) que, generalizado, provocaría una disminución en la utilidad. Dado que la realización generalizada de actos A^M es perjudicial y que A^M eleva la utilidad en este caso, debe haber algo particular en A^M (o en sus circunstancias) que explique esta diferencia. Llamemos P (piedad) a esta característica causal. Entonces, puede afirmarse que los actos A^{MP} (mentiras piadosas) son beneficiosos mientras que los actos A^{M-P} (las mentiras no piadosas) son usualmente perjudiciales. Es posible concebir una nueva regla R^{MP} que prohíbe toda mentira que no sea piadosa y obliga a mentir en estos casos. Esta regla servirá a los propósitos de la utilidad mejor que R^M . Un utilitarista de reglas consistente deberá reemplazar la regla R^M por la regla R^{MP} y coincidirá con un utilitarista de actos en que es obligatorio mentir a Jordi⁴⁰.

En definitiva, el utilitarismo de actos es idéntico a un utilitarismo de reglas de especificidad ilimitada. Un utilitarismo de reglas con estas características

³⁸ FARRELL, 1983: 48. En general, puede consultarse la excelente reconstrucción que el autor realiza en pp. 46-52.

³⁹ FARRELL, 1983: 49.

⁴⁰ Este ejemplo está inspirado en la explicación de MACKIE, 1990: 137-138.

debería refinar tanto las propiedades relevantes que formularía una regla distinta para cada caso particular. La cuestión está en determinar si el utilitarismo de reglas puede escapar a semejante refinamiento. Una razón para pensar que no puede hacerlo es que si la utilidad es el criterio para agrupar conjuntamente cierto tipo de actos, y ello es necesario para poder formular la regla, necesariamente la función entre la utilidad generalizada y la utilidad simple será lineal, por lo que la distinción entre ambas formas de utilitarismo carece de sentido⁴¹.

Siguiendo la comparación con el utilitarismo, el problema del alcance también es resuelto por el principio de maximización de la riqueza. ¿Cuenta la felicidad de las ovejas? Esta es una pregunta que no se pretende responder. Lo único que puede decirse es que la cantidad de ovejas existentes estará determinada por el coste marginal y el beneficio marginal de mantenerlas. Del mismo modo, el problema de los extranjeros debe ser tratado con una política abierta de inmigración sin una red de asistencia social. Ello garantizará que sólo haya inmigración que maximiza la riqueza. Nadie cuyo ingreso esperado sea inferior a los costes de mantenerse a sí mismo inmigrará. Por último, las preferencias externas cuentan de un modo compatible con los derechos individuales. Así, dado que la noción de derechos es necesaria para la maximización de la riqueza, no se implementará ninguna política que afecte los derechos de algunos individuos por el sólo hecho de que otros tengan deseos negativos contra ellos. Tampoco se tolera el daño a terceros. Sin embargo, las preferencias externas son acogidas cuando se trata de beneficiar a otros. Si un individuo es incapaz de mantenerse a sí mismo puede ser

⁴¹ Daré por bueno el argumento de LYONS pese a que otras teorías utilitaristas más sofisticadas pretenden superar estas objeciones, lo que debilitaría la crítica de POSNER. HARE, por ejemplo, defiende una teoría según la cual deben distinguirse dos niveles en el razonamiento moral. El primer nivel es el intuitivo y el segundo el crítico. En el nivel intuitivo aplicamos principios generales, es decir no específicos, pensados para un número indeterminado de situaciones. Para que sirvan como guía práctica, los principios deben ser simples, de modo que los individuos puedan aprender en qué consisten y en qué casos son aplicables. En materia moral, cree HARE, los principios que debemos seguir para asegurarnos la mayor probabilidad de obrar correctamente no son los que definen la acción correcta. Ello es así porque estos principios sólo expresan deberes *prima facie*. El segundo nivel del razonamiento moral, el nivel crítico, entra en juego cuando nos enfrentamos a nuevas situaciones que hacen inapropiados los principios *prima facie*. Estos problemas son evidentes cuando se presenta un conflicto entre dos principios aceptados en el nivel intuitivo. Advirtiendo que el razonamiento moral opera en estos dos niveles, es posible conciliar (y distinguir) el utilitarismo de reglas y el utilitarismo de actos. Ambos tipos coexisten, cada uno en su respectivo nivel. Mientras que el utilitarismo de reglas funciona en el nivel intuitivo, el pensamiento crítico exige tomar decisiones en base al utilitarismo de actos (o al utilitarismo de reglas de especificidad ilimitada). Véase HARE, 1981: 25-43.

asistido por aquél cuya función de utilidad se ve afectada por el bienestar del incapaz⁴².

En cuanto a la falta de método para evaluar los efectos de las políticas, POSNER responde que en el caso de los mercados explícitos libres de monopolio o externalidades, toda transacción voluntaria incrementa la riqueza social. Cuando los mercados son hipotéticos –por ejemplo, en el caso del derecho de daños– surgen los problemas de medición, aunque son mucho menos graves que los que presentaban la medición de la felicidad⁴³.

Finalmente, la monstruosidad moral no tiene cabida, cree POSNER, en el principio de la maximización de la riqueza. El hecho de que el placer del torturador supere al sufrimiento del torturado no da derecho al primero a realizar la acción. En el marco del AED el torturador deberá *comprar* el derecho a las víctimas, es decir, deberá obtener su consentimiento. Del mismo modo, si la Alemania nazi quería deshacerse de los judíos, en un sistema de maximización de la riqueza, debió comprar su derecho a permanecer⁴⁴.

En líneas generales creo que POSNER logra su objetivo de separar conceptualmente al AED del utilitarismo. Demuestra que son cosas distintas, aunque sigue habiendo un parecido de familia. De hecho, la maximización de la riqueza deja un residuo de monstruosidad moral. Afirmar que la única razón por la cual los nazis no pueden deshacerse de los judíos es que no están dispuestos a pagar el precio para que ellos consientan retirarse (o que no cuentan con la capacidad financiera para hacerlo), es un tanto sospechoso como argumento moral. Por otra parte, concluir que se maximiza la riqueza cuando alguien está dispuesto a pagar por torturar a una persona y otra está dispuesta a aceptar un precio a cambio de dejarse torturar, no tiene en sí mismo nada de malo. Pero sostener que la maximización de la riqueza, que permite estos intercambios, es un imperativo ético también resulta al menos sospechoso.

Otro inconveniente que la teoría de POSNER hereda del utilitarismo es el de las preferencias irracionales. POSNER reconoce que la maximización de la riqueza es un criterio claro en las transacciones voluntarias, sólo cuando el mercado es competitivo y libre de externalidades. Pero esto parece ser insuficiente. Aun cuando el mercado reúna estas condiciones, puede ocurrir que los individuos no cuenten con información perfecta. Este problema lo tenía el utilitarismo basado en la satisfacción de las preferencias reales de los individuos: si alguien tiene la preferencia de comer un bombón de chocolate con veneno dentro, cuando lo come aumenta la utilidad global, y esto es contraintuitivo. Del mismo modo, en el mercado los individuos adquieren bienes y servicios con un déficit de información. En muchos casos las transacciones

⁴² POSNER, 1983: 76-78.

⁴³ POSNER, 1983: 79.

⁴⁴ POSNER, 1983: 82-84.

voluntarias no dejan a las partes mejor de lo que estaban antes de contratar. Sólo *ex-ante* el contrato es PARETO superior. Entonces, o bien la maximización de la riqueza es compatible con preferencias irracionales o bien suministra un criterio para evaluar mercados ideales, no reales. Si las preferencias irracionales son admitidas por el criterio de la maximización de la riqueza, cabe preguntarse por qué es valioso maximizar la riqueza. En el próximo apartado discutiré estas cuestiones en detalle.

También se ha criticado a POSNER por describir al utilitarismo de un modo parcial y reduccionista. Al hablar de las mediciones de utilidad, adopta la versión cardinal, abandonada hace tiempo por quienes adhieren a esta corriente, y no la ordinal, modernamente empleada por la economía de bienestar⁴⁵. Esta última versión no requiere medir la intensidad de las preferencias individuales sino poder capturar el orden expresado ante las distintas alternativas disponibles. Siendo ello así, no está claro por qué la maximización de la riqueza podría evitar fácilmente los problemas de medición que se imputan al utilitarismo. En los mercados reales, siempre que funcionen correctamente, la maximización de la riqueza logra superar las dificultades de medición: el hecho del intercambio no puede ser cuestionado, ya que dada la definición provista por POSNER, es maximizador por naturaleza. En cambio, en los mercados hipotéticos, no existen certezas respecto de *cuánto* estarían dispuestos a pagar los individuos en los mercados reales, sino sólo *quién* lo valora más⁴⁶. En este punto, no logra apreciarse la ventaja comparativa de este criterio respecto de la utilidad ordinal.

6-El valor de la riqueza social

A principios de los ochenta tuvo lugar un interesante debate sobre el valor de la riqueza, principalmente entre POSNER, DWORKIN y CALABRESI. La polémica surgió a raíz de la tesis de POSNER según la cual la maximización de la riqueza es, en palabras de BAYÓN, un ideal completo y plausible de justicia⁴⁷. Me centraré sólo en algunos aspectos de esta discusión que son relevantes para el desarrollo de este trabajo. En particular, creo que son tres las cuestiones que deben examinarse: 1) los problemas técnicos del principio; 2) determinar si la riqueza es un valor en sí mismo, un valor instrumental o si

⁴⁵ véase MERCADO PACHECO, 1994: 57.

⁴⁶ En principio, el criterio de maximización de la riqueza requiere la existencia de un mercado para su aplicación. Sin embargo, cuando se trata de decidir sobre bienes que no se ofrecen en el mercado, como la vida o la integridad física de un individuo, se recurre a los llamados mercados hipotéticos. Detrás de esto se esconde una hipótesis sobre quién – o qué categoría de individuos– valora más un bien. Este ejercicio contrafáctico permite que el criterio de maximización de la riqueza pueda aspirar a ser un criterio para diseñar las instituciones sociales, porque no se limita a los bienes ofrecidos en los mercados reales.

⁴⁷ BAYÓN, 2002: 265.

es irrelevante para cualquier grupo social; y 3) la fundamentación del principio de la maximización de la riqueza.

6.1-Los problemas técnicos de la maximización de la riqueza

El principio de maximización de la riqueza tal como fue presentado se enfrenta con ciertas dificultades relativas a la medición, un aspecto en el que POSNER creía haber superado al utilitarismo. Observa DWORKIN que para la mayoría de la gente hay una diferencia entre lo que está dispuesta a pagar cuando no tiene un bien y lo que solicita como precio cuando lo posee⁴⁸. Así, puede ocurrir que alguien no esté dispuesto a pagar más de €20 por una entrada para el Barcelona-Real Madrid, pero si ganase la entrada en un sorteo no estaría dispuesta a venderla por menos de €150.

¿Cómo debe medirse la riqueza en estos casos? ¿Deben tenerse en cuenta los precios que se ofrecen o los que se solicitan por los bienes? POSNER responde que un economista debe medir el valor a partir de las preferencias de la gente, ya sea computando lo que se está dispuesto a pagar por aquellas cosas que no se tienen o el precio por el cual estaríamos dispuestos a desprendernos de aquellos bienes que tenemos⁴⁹. Para ello, habiendo bajos costes de transacción, el precio relevante es el que se solicita, porque siempre que el precio que se ofrezca sea mayor la oferta será aceptada. La idea aquí es similar a la de CALABRESI, respecto de que siempre se está en, o inmediatamente se alcanzará, un óptimo de PARETO. Si deseamos medir la riqueza social, no habiendo costes de transacción, debemos presumir que los bienes se encuentran en manos de quienes más los valoran, por ello, deben computarse los precios que solicitan quienes poseen los bienes. Si alguien los valorase más, ya los habría adquirido. Pero cuando hay costes de transacción prohibitivos, puede ocurrir que los precios ofrecidos (en un mercado hipotético) sean mayores que los solicitados, en cuyo caso éstos son la guía correcta para la maximización de la riqueza. El concepto de maximización de la riqueza nos indica cuándo utilizar los precios que se ofrecen y cuándo los que se solicitan, a condición de que los derechos de propiedad estén asignados⁵⁰.

Otra dificultad técnica importante en el concepto de maximización de la riqueza viene dada por el recurso a los mercados hipotéticos para la asignación inicial de los derechos. Según POSNER, los derechos deberían ser asignados a sus propietarios más naturales, dado que ellos los comprarían en caso de no tenerlos. Por ejemplo, el derecho a la vida de un individuo debe ser asignado a él mismo antes que a su potencial asesino, porque es más valioso para el primero que para el segundo. Ello surge del hecho de que si este

⁴⁸ DWORKIN, 1980: 192.

⁴⁹ POSNER, 1985: 86.

⁵⁰ POSNER, 1985: 90-91.

derecho se ofreciese en el mercado, el individuo estaría dispuesto a pagar cualquier suma de dinero para adquirirlo, mientras que el asesino probablemente no podría pagar el precio que aquél exigiría para vendérselo.

Este argumento, sostiene WEINRIB, es deficiente ya que la capacidad de pago del asesino es tomada en cuenta como una restricción, mientras que la del individuo es ignorada. Es decir, si se tratase de un individuo pobre y de un asesino rico, el derecho debería ser asignado al rico, porque el pobre tendría una limitación de recursos que le impediría comprar su derecho a la vida. Debe recordarse que la maximización de la riqueza requiere tanto la disposición a pagar como la capacidad de hacerlo. Lo que POSNER olvida en su ejemplo es que los mercados hipotéticos deben emular a los mercados reales y, en estos últimos, la capacidad de pago de los participantes determina el resultado final en la asignación de recursos. Por ello, al asumir que el individuo *valora* más su vida que el asesino, con independencia de que pueda pagar por ella, POSNER ha eliminado la capacidad de pago como parte del criterio de maximización de riqueza convirtiéndose de este modo en un simple utilitarista. Su justificación para asignar inicialmente los derechos no se basa, entonces, en la maximización de la riqueza sino en la utilidad⁵¹.

Además de todo esto, una objeción decisiva es el defecto de circularidad que padece la maximización de la riqueza. Como adelanté, POSNER creía en un comienzo que este criterio es un ideal completo de justicia, que ordena la creación de un sistema de derechos⁵². Si no hubiese costes de transacción, la asignación inicial de los derechos sería indiferente. En cambio, si los costes de transacción fuesen positivos, los derechos deberían otorgarse a aquellos que más los valoran⁵³. DWORKIN y CALABRESI, entre otros, han señalado que la asignación inicial de derechos debe realizarse en base a un criterio distinto de la propia maximización de la riqueza⁵⁴. Ello es así porque lo que se está dispuesto a pagar por un bien depende de las preferencias y los recursos de que se disponga. Por ejemplo, cuando no se tiene ningún bien, en general, se está dispuesto a pagar por alimentos y vestimenta antes que por silencio o aire limpio; cuando ya se tiene comida y ropa tal vez se valore la educación y, cuando ya se tiene todo esto, tal vez se valore —en el sentido de que se está dispuesto a pagar por ello— un medio ambiente sano. Entonces, «la maximización de la riqueza es siempre *relativa a unos puntos de partida* dados, que no son sino el resultado de una distribución de derechos. Pero entonces la maximización de la riqueza no puede ser a su vez el fundamento de dicha distribución, porque sencillamente no es posible asignar los puntos de partida de un modo tal que se maximice aquello que sólo puede ser definido tras

⁵¹ WEINRIB, 1980: 328-329.

⁵² POSNER, 1983: 69.

⁵³ POSNER, 1983: 71.

⁵⁴ DWORKIN, 1980: 208 y CALABRESI, 1980: 554-555.

haberlos asignado»⁵⁵. POSNER termina cediendo en esta discusión y admite que, al depender de la asignación de los derechos de propiedad y de la distribución de recursos entre las personas, la maximización de la riqueza es un principio incompleto⁵⁶.

6.2-¿Es la riqueza un valor?

La formulación original del principio de maximización de la riqueza como un concepto ético, tal cual lo expuso POSNER en sus trabajos de 1979 y 1980, motivó una dura respuesta de DWORKIN. Se pregunta DWORKIN si la riqueza es un valor y, en caso afirmativo, si se trata del único componente del valor social o de un componente entre otros⁵⁷.

Para dilucidar esta primera cuestión propone pensar el ejemplo de Derek y Amartya:

«Derek posee un libro que Amartya desea. Derek vendería el libro a Amartya por \$2 y Amartya estaría dispuesto a pagar \$3 por él. T (el tirano de turno) le quita el libro a Derek y se lo entrega a Amartya con un desperdicio menor de dinero, o su equivalente, que el que se gastaría en costes de transacción, si ambos tuvieran que negociar la distribución del excedente de \$1. La transferencia forzada de Derek a Amartya produce un aumento de riqueza social, aun cuando Derek ha perdido algo que valoraba sin recibir compensación. Llamemos a la situación anterior a la transferencia forzada ‘Sociedad 1’ y a la situación que se da luego ‘Sociedad 2’. ¿Es superior en algún sentido la sociedad 2 a la sociedad 1?»⁵⁸

Con este relato DWORKIN pretende demostrar que si no es posible encontrar al menos una razón para considerar que S2 es mejor que S1, la riqueza no puede ser ni siquiera un componente del valor social. Luego completa el ejemplo aclarando que Derek está dispuesto a vender el libro porque necesita el dinero para comprar medicinas, mientras que Amartya está dispuesto a comprarlo sólo porque es muy rico y hay una pequeña probabilidad de que lo lea algún día. Concluye que en S2 «que los bienes estén en manos de quienes pagarían más por tenerlos es tan moralmente irrelevante como que el

⁵⁵ BAYÓN, 2002: 265.

⁵⁶ POSNER, 1995: 99. Ya en 1985: 90 y 101 había admitido que el concepto de maximización de la riqueza daba respuestas una vez asignados los derechos de propiedad, por lo que es una guía incompleta para la toma de decisiones sociales.

⁵⁷ DWORKIN, 1980: 194-195.

⁵⁸ DWORKIN, 1980: 197.

libro esté en poder del primero en orden alfabético»⁵⁹. Esta afirmación es completamente razonable, considerando que el mandato maximizador convierte a la riqueza en un fin en sí mismo. Desde este punto de vista, apunta WEINRIB, hasta el utilitarismo es una concepción mucho más plausible, ya que ordena maximizar algo –como la felicidad– que puede tener valor moral. En cambio, la maximización del agregado monetario que postula POSNER carece de este atractivo; el dinero parece ser moralmente indiferente⁶⁰.

A continuación, pese a haber demostrado que la riqueza no es ni siquiera un componente del valor social, DWORKIN le adjudica a CALABRESI ser partidario de la tesis más débil según la cual la riqueza es un componente del valor social *entre otros*. No termina de quedar claro por qué continúa analizando una tesis cuyos resultados ya descartó al tratar el caso Derek-Amartya. Más enigmática aun es su interpretación de la obra de CALABRESI. Según DWORKIN, CALABRESI afirma que el derecho de daños persigue dos objetivos: la justicia y la reducción de costes. Omitiendo la cita de CALABRESI, sigue diciendo: «estos objetivos a veces pueden entrar en conflicto de modo que se requiere una elección “política” sobre qué meta debería perseguirse». Finalmente, entiende DWORKIN, CALABRESI sostiene que la sociedad debe realizar un *trade-off* entre ambos valores⁶¹.

Una vez presentado CALABRESI de ese modo, las críticas son correctas. Se pregunta DWORKIN quién estaría dispuesto a intercambiar algo de justicia por mayor eficiencia. Los individuos en principio intentarían maximizar su propio bienestar y no la riqueza social. En este sentido, asumiendo que son aversos al riesgo, adoptarían un criterio *maximin*⁶² antes que el propuesto por el AED a fin de procurar la mejor posición para sí mismos. Por otra parte, si la decisión es de carácter moral, ¿por qué habría de sacrificarse la justicia a cambio de la eficiencia? Estas críticas serían magníficas si CALABRESI hubiese dicho lo que DWORKIN le adjudica. Pero basta remitirse a *The Costs of Accidents* para advertir por qué DWORKIN yerra⁶³, aun cuando en trabajos posteriores insista con sus críticas⁶⁴.

Como bien recuerda CALABRESI en su respuesta a DWORKIN, lo que él sostiene es que la justicia funciona como un veto a las políticas que pueden implementarse para lograr los objetivos del derecho de daños, relacionados

⁵⁹ DWORKIN, 1980: 200.

⁶⁰ WEINRIB, 1980: 311.

⁶¹ DWORKIN, 1980: 201-205.

⁶² Esta regla implica elegir aquel estado social cuya utilidad mínima es más alta en comparación con la utilidad mínima de los otros estados sociales. Si uno tuviese que elegir entre distintos esquemas institucionales siguiendo la regla *maximin* debería elegir aquella configuración que hace que los que están peor obtengan el mayor bienestar. Sobre esta regla de decisión bajo ignorancia puede consultarse RESNIK, 1987: 26-27.

⁶³ CALABRESI, 1970: 25 y 33.

⁶⁴ Véase DWORKIN, 1980b: 563-590.

con la reducción del coste de los accidentes⁶⁵. CALABRESI nunca incluyó a la justicia como un valor que debe ser armonizado con la eficiencia. En su obra queda perfectamente claro que primero debe garantizarse la justicia, y una vez satisfechas sus exigencias, debe reducirse el coste de los accidentes. La ordenación es sin duda lexicográfica, por lo que los comentarios de DWORKIN son sorprendentemente inexplicables⁶⁶.

Retomando la primera línea argumental de DWORKIN, uno podría insistir y preguntarse si una sociedad en la que Derek –por ser extremadamente pobre– está dispuesto a vender un riñón a Amartya –quien por ser rico puede comprarlo, evitándose así las esperas en el sistema de salud– es una mejor sociedad que una en la que estas transacciones no se realizan, supongamos, por estar prohibidas. Un intercambio de este tipo maximiza la riqueza, entonces, ¿debería abolirse la prohibición de vender órganos? No debe confundirnos el hecho de que Derek pueda estar mejor vendiendo su riñón que no pudiendo hacerlo (también un condenado injustamente a la silla eléctrica está mejor cuando se le rebaja la pena a prisión perpetua). Aun cuando aceptemos que el intercambio es PARETO superior, nuestra evaluación de si S1 es mejor que S2 no puede basarse exclusivamente en ese criterio. Diría más, la maximización de la riqueza es irrelevante en estos casos. Tal vez, para terminar de afinar nuestras intuiciones, debamos reformular la siguiente pregunta: la sociedad en la que Derek puede vender sus órganos, ¿es en algún sentido mejor que aquella en la que no puede hacerlo? Es razonable sostener

⁶⁵ CALABRESI, 1980: 557-558.

⁶⁶ De todos modos, CALABRESI no tiene en mente una idea de justicia como la de DWORKIN. Cuando CALABRESI habla de “la justicia” se refiere a la existencia de ciertos valores en la sociedad. Se trata más bien del hecho de que las personas tienen creencias que no pueden ser apreciadas en términos monetarios y que operan como una restricción al cálculo de eficiencia. Sin embargo, que CALABRESI acuñe esta concepción *liger*a de la justicia en ningún caso juega a favor de DWORKIN en el debate: la ordenación sigue siendo lexicográfica aunque la noción de justicia sea débil. Sobre esto, puede consultarse ENGLARD, 1980: 34. Pese a todo, alguna confusión podría generar el conocido debate en el que CALABRESI acusa a POSNER de presentar engañosamente la maximización de la riqueza como un criterio distributivo neutral. Ello, dice CALABRESI, no es más que pura sofistería. Al mismo tiempo, reconoce que POSNER podría acusarlo a él de ser autoindulgente al apoyar sus construcciones teóricas en preferencias personales sobre la distribución de los recursos. CALABRESI termina respondiendo que la verdad de esto último depende de si es posible discutir sobre cuestiones distributivas con fundamento teórico. Como ejemplo de esta posibilidad cita la obra de John RAWLS, y esto parece dar lugar a una compatibilidad profunda entre la eficiencia y la justicia. No obstante, su postura termina siendo indefinida, ya que hacia el final de su trabajo sostiene que las *preferencias* distributivas existen y son esenciales para la crítica del derecho. Tal vez lo mejor sea preservar la idea, expresada en *The Costs of Accidents*, de que la justicia funciona como un veto a las aspiraciones de eficiencia, porque entender la justicia como una preferencia es no entenderla en absoluto. Además, si la justicia pudiese reducirse a simples preferencias individuales, dejaría de tener sentido la ordenación lexicográfica, ya que no se advierte por qué los intercambios entre justicia y eficiencia son inadmisibles. Para este debate, consúltese CALABRESI, 1983.

que no es mejor en ningún sentido. ¿Por qué no es mejor S2 que S1, si el paso es PARETO superior? Probablemente nuestra resistencia a evaluar positivamente el cambio de S1 (en la que la venta de órganos está prohibida) a S2 (en la que está permitida) se relaciona con que el bienestar o la eficiencia son irrelevantes si no están satisfechas las exigencias mínimas de la justicia. Recién podemos empezar a discutir si es eficiente la venta de órganos una vez que las instituciones básicas de la sociedad estén diseñadas para garantizar que Derek no sea extremadamente pobre. Del mismo modo, y tomando la crítica de circularidad explicada en el punto anterior, la eficiencia sólo tiene sentido medirla una vez establecidos ciertos puntos de partida, y parece que estos puntos de partida deben ser justos. Dado que para evitar el vicio de circularidad la justicia no puede definirse a partir de la eficiencia, estos puntos de partida deben ser fijados desde una teoría de la justicia. Más adelante continuaré con este argumento.

Veamos ahora si la riqueza tiene un valor instrumental, es decir, si es importante porque sirve a la promoción de otros valores, como la concreción de diversos y cada vez más complejos planes de vida. Con el paso del tiempo, y a causa de las múltiples críticas recibidas, POSNER modificó su tesis original para terminar adoptando una posición instrumentalista. En *Wealth Maximization Revisited* explicitó el carácter instrumental de su criterio. Reconoció que nadie puede valorar la riqueza por sí misma sino porque permite alcanzar otras metas. La maximización de la riqueza promueve la prosperidad y ésta, usualmente pero no siempre, la felicidad. Además, sostuvo que protege los derechos individuales⁶⁷. Años más tarde, en *The Problems of Jurisprudence*, argumentó que «el hecho de que la maximización de la riqueza, pragmáticamente construida, sea instrumental en lugar de fundacional, no es una objeción para su empleo como guía del derecho y las políticas públicas»⁶⁸.

DWORKIN, antes de que POSNER cambiase de postura, ya se había encargado de atacar a esta variante de eficiencia. En cuanto a que la maximización protege los derechos individuales, basta recordar la crítica de circularidad. Los derechos individuales son necesarios para que tenga sentido el criterio⁶⁹, y no pueden ser establecidos a partir de la propia idea de maximización de la riqueza sin que el razonamiento se torne circular. Tampoco es convincente el argumento de la promoción de la felicidad. El empeño original de POSNER consistió en separar conceptualmente al AED del utilitarismo y, a mi juicio, había logrado cierta independencia. No puede ahora invocar la felicidad como consideración a favor del criterio de eficiencia que propone. No puede

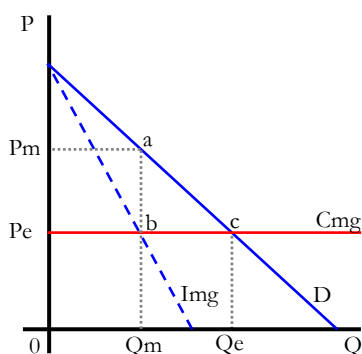
⁶⁷ POSNER, 1985: 95-96.

⁶⁸ POSNER, 1990: 387.

⁶⁹ Por ello, si bien POSNER sostiene que la maximización de la riqueza es instrumental a los derechos individuales, en su teoría es a la inversa: el reconocimiento de derechos es meramente instrumental a la maximización de la riqueza.

hacerlo, sobre todo, porque él mismo demostró que la maximización de la riqueza es compatible con una disminución de la felicidad⁷⁰. El caso Derek-Amartya también prueba este punto.

Ahora bien, ¿puede concluirse a partir de estas críticas que la riqueza no tiene ningún valor? Creo que no. La riqueza tiene valor. Tomemos el mismo ejemplo que propone POSNER respecto de los monopolios. El monopolista, para alcanzar el beneficio más elevado, se comporta igualando su ingreso marginal (Img) con su coste marginal (Cmg). De este modo, fija la cantidad producida y cobra el precio que la demanda está dispuesta a pagar por esa cantidad. Como consecuencia de ello, las cantidades producidas son menores y los precios pagados más altos de lo que serían en competencia perfecta. POSNER cree que si uno está en contra de los monopolios, entonces está a favor de la maximización de la riqueza⁷¹. Gráficamente:



Nótese que al reducirse la cantidad de Q_e a Q_m , es decir, al pasar de la cantidad de competencia perfecta -que es la cantidad eficiente- a la cantidad de monopolio, se produce una pérdida de bienestar o *peso muerto*, apreciable gráficamente en el triángulo «abc». La pérdida de ese triángulo es una pérdida de bienestar ya que la curva de demanda representa la valoración que el consumidor realiza del bien, y a cantidades mayores que Q_m el consumidor sigue valorando el producto más de lo que cuesta producirlo. Esta relación se da hasta la cantidad Q_e . Más allá de Q_e , el coste de producir el bien o servicio supera el valor que tiene para el consumidor, por ello en competencia perfecta no se consumirá más que esa cantidad. Entonces, argumenta POSNER, si luchamos contra los monopolios es porque valoramos la riqueza, y creo que algo de razón tiene. En el apartado 6.4 explicaré en qué se equivoca POSNER.

⁷⁰ Véase la nota 5 del capítulo 3 de POSNER, 1983: 49.

⁷¹ POSNER, 1985: 89.

¿Cuál sería el mejor modo de construir un argumento a favor de la riqueza a partir de esta idea? Uno puede sostener que la riqueza tiene valor y que su valor es instrumental. ¿Por qué su valor es instrumental? Porque al disponer de una mayor riqueza y de un diseño institucional apoyado por una buena teoría de la justicia distributiva es más factible que los individuos puedan concretar sus planes de vida. Para llevar adelante cualquier plan de vida se requiere contar con lo que RAWLS denominó bienes primarios, y los «ingresos y riquezas» son parte de ellos⁷².

La generación de algún nivel de riqueza es un presupuesto de cualquier teoría de la justicia. De hecho, una teoría de la justicia distributiva es necesaria para repartir los beneficios de la cooperación social. La vida en sociedad se presupone que genera una riqueza que debe ser distribuida. ¿Qué nivel de riqueza presupone la justicia que se genere? Las circunstancias de la justicia, según RAWLS, son de escasez moderada⁷³, pero nada en *A Theory of Justice* nos indica que debe alcanzarse un determinado nivel de riqueza. Lo único que puede responder una teoría de la justicia es el modo en que se van a distribuir los excedentes sociales, imponiendo un límite a los medios con que pueden generarse recursos: al expandir la frontera productiva no pueden vulnerarse ciertos principios.

En el caso de la *Justicia como Equidad*, la teoría de RAWLS, la eficiencia debe entenderse subordinada lexicográficamente a la satisfacción de los dos principios de justicia⁷⁴. Una vez cumplida esta condición, entre los distintos arreglos que puedan alcanzarse debe optarse por los que sean eficientes en el sentido de PARETO, es decir, aquellos en los que no sea posible mejorar la situación de algunos sin empeorar la de otros. La justicia en ningún caso exige maximizar la riqueza, sino simplemente que no se derrochen los recursos, razón por la cual deben rechazarse en general los monopolios⁷⁵. RAWLS supone que hay muchas configuraciones posibles de la estructura básica de la sociedad que son eficientes. Sin embargo, no todas son elegibles. La justicia, cuando se satisfacen los dos principios, es también compatible con la eficien-

⁷² RAWLS, 1999: 54 y 79. Los bienes primarios, dice RAWLS, son cosas que presumiblemente todas las personas racionales desean. Estos bienes, normalmente, son útiles para llevar a cabo cualquier plan de vida racional. Agrupados en categorías más bien amplias, los bienes primarios son derechos, libertades y oportunidades e ingresos y riquezas.

⁷³ RAWLS, 1999: 110.

⁷⁴ «*Primer principio*: cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Segundo principio: las desigualdades económicas y sociales han de estar estructuradas de manera que sean para: a) el mayor beneficio de los menos aventajados, en concordancia con el principio de ahorro justo, y b) estén ligadas a cargos y posiciones accesibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades». Véase RAWLS, 1999: 266.

⁷⁵ Cuando hay monopolios la sociedad derrocha recursos ya que paga precios más altos por cantidades menores a las eficientes.

cia⁷⁶. En la teoría de la justicia de RAWLS, un aumento de la riqueza que no beneficia a los menos aventajados de la sociedad está vetado por el principio de la diferencia. La maximización de la riqueza estaría permitida, en cambio, cuando redunde en beneficio de los que están peor. En conclusión, su compromiso con la eficiencia es limitado, no inexistente. Entonces, ¿tiene valor la riqueza? Sólo cuando su incremento se produce en una sociedad justa. Desarrollaré este argumento en el punto II.6.4.

6.3-La fundamentación del principio de maximización de la riqueza

Vale la pena detenerse a analizar la justificación moral que POSNER ofrece del principio de maximización de la riqueza⁷⁷. A partir de las respuestas de DWORKIN creo que queda allanado el camino para terminar de elaborar un argumento a favor de la riqueza en el marco de una teoría de la justicia.

POSNER cree que el criterio de PARETO puede ser ubicado en la tradición filosófica de KANT, ya que exige el consentimiento de todos los miembros de la sociedad. Piensa, además, que un modo de armonizar el enfoque de la maximización de la riqueza con el de PARETO es valiéndose de una versión del consentimiento basado en la compensación *ex-ante*. Sostiene que muchas de las pérdidas involuntarias que se dan por el funcionamiento del mercado, o por las instituciones que lo sustituyen cuando éste no funciona correctamente, están compensadas *ex-ante* y, por lo tanto, consentidas en este sentido. Para ilustrar con un ejemplo, supongamos que un conductor resulta herido en un accidente automovilístico en el que ninguna de las partes se comportó negligentemente. ¿En qué sentido —se pregunta POSNER— el conductor dañado consintió no ser compensado, dado que ese es el resultado en un sistema de responsabilidad por culpa? Supongamos también que el sistema de responsabilidad objetiva es más costoso que el sistema de responsabilidad por culpa, por lo que éste último maximiza la riqueza y el primero no.

En este contexto, ¿estarían dispuestos los conductores a asumir mayores costes a fin de asegurarse la compensación *ex-post*? POSNER cree que no, porque cualquier conductor que quisiese garantizarse una compensación por los accidentes que sufra sin culpa de la otra parte lo único que deberá hacer es tomar un seguro, que por hipótesis es menos costoso que contar con un sistema de responsabilidad objetiva. Se sigue de ello que todos preferirían un sistema de responsabilidad por culpa y pagar un seguro, antes que un sistema en el que son compensados aun cuando no haya habido negligencia del agente dañador. POSNER se adelanta a los cuestionamientos y aclara que, si

⁷⁶ RAWLS, 1999: 69.

⁷⁷ Reconstruiré sus argumentos a partir de POSNER, 1983: capítulo 4.

bien el consentimiento al que se refiere no es expreso, deberíamos estar satisfechos con el consentimiento implícito cuando existe.

Por otra parte, además del argumento de la compensación *ex-ante*, POSNER señala que implementar la maximización de la riqueza al decidir las políticas públicas y los casos que se presentan en los tribunales promueve el autointerés de los ciudadanos. Este argumento se conecta con el anterior, ya que dado que la maximización de la riqueza promueve el autointerés, entonces, debería ser consentida por los individuos.

Para concluir, resalta que la maximización de la riqueza como norma ética da peso tanto a la utilidad, aunque en menor medida que el utilitarismo, como al consentimiento, aunque de manera más moderada que el kantismo. Así, su principio sintetiza lo mejor de ambas tradiciones y es más difícil de rechazar que cada una de ellas individualmente.

DWORKIN descarta los dos argumentos principales presentados por POSNER⁷⁸. En primer lugar, advierte que el consentimiento y el autointerés son conceptos independientes que juegan un rol distinto en la justificación política. El hecho de que alguien consienta una regla cuenta como una razón para que le sea aplicada, aun cuando sea contraria a sus intereses. En cambio, el autointerés justifica muchas veces el *consentimiento contrafáctico*, es decir, lo que alguien hubiese consentido si se comportase racionalmente en ciertas condiciones. No obstante, el consentimiento contrafáctico no ofrece ninguna razón para aplicar a los individuos una regla que hubiesen consentido pero que de hecho no consintieron. Dado que el argumento de POSNER depende exclusivamente de un consentimiento de este tipo, que no tiene ningún peso en la justificación política, toda su construcción se desploma indefectiblemente.

La confusión de POSNER entre autointerés y consentimiento es explícita cuando ejemplifica la noción de compensación *ex-ante*. POSNER sostiene que si alguien compra un billete de lotería y pierde consintió la pérdida, siempre que no haya habido fraude y que el precio del billete sea justo de acuerdo con las probabilidades de ganar el premio. DWORKIN responde que aquí se confunden dos preguntas: a) ¿es justo que alguien deba soportar una pérdida?; y b) ¿consintió el apostador la pérdida? Si la compra del billete no fue coactiva, no hubo fraude y las probabilidades de ganar representaban el coste del billete, tal vez sea justo que el apostador deba soportar la pérdida⁷⁹, pero de allí no se sigue, remarca DWORKIN, que él la haya *consentido*.

⁷⁸ Reconstruiré sus argumentos a partir de DWORKIN, 1980b: 574-584.

⁷⁹ El apostador obtuvo un beneficio al comprar el billete, dado por la chance de ganar el premio. En la terminología de POSNER, fue compensado *ex-ante* por la pérdida.

Asimismo, POSNER parece confundir el consentimiento implícito con el consentimiento contrafáctico. El consentimiento implícito es un consentimiento real pero no manifestado. Que un individuo observe como todos los días su vecino atraviesa su fundo para llegar al río y cargar agua para su ganado es un ejemplo de consentimiento implícito. El consentimiento contrafáctico no es un consentimiento real, sino hipotético, basado en lo que *debería* consentir un individuo racional y autointeresado en ciertas condiciones.

Estas son las líneas principales de la respuesta de DWORKIN. El debate es mucho más extenso e incluye otras cuestiones que no vienen al caso discutir para mi propósito en esta sección. Lo que sí es relevante señalar, aunque no explicar en detalle, es que DWORKIN finalmente reconoce que es posible argüir que en ciertas condiciones las reglas que maximizan la riqueza pueden ser justas⁸⁰. Esto es coincidente con la posición de RAWLS que expuse en el apartado anterior. En el siguiente punto terminaré de argumentar de qué modo puede entenderse que la riqueza tiene valor en el marco de una teoría de la justicia.

6.4-Del valor de la riqueza al mandato maximizador

El AED cuenta con un aspecto atractivo: que la riqueza tiene valor. Las sociedades valoran la producción de riqueza. Este es un hecho y, como dije más arriba, se debe a que es necesaria para concretar los proyectos personales de los individuos. Una riqueza mínima se requiere para prolongar la vida, y distintos niveles de riqueza para llevar adelante distintos planes de vida, más o menos sofisticados.

Ahora bien, el error de POSNER es creer que el valor que la riqueza pueda tener nos impone un deber moral, como sociedad, de maximizarla. Del valor de la riqueza al mandato maximizador de la riqueza hay un salto injustificado. Un punto similar es expuesto por SCANLON al referirse al valor de la amistad. Decir que la amistad es valiosa implica simplemente que hay buenas razones para valorarla y no que es algo que «debe ser promovido»⁸¹. Esta afirmación puede parecer extraña, pero no pretendo discutirla aquí. Lo que sí puede compartirse plenamente es que el valor que pueda tener la amistad no nos impone un deber de maximizarla. Del mismo modo, hay buenas razones para valorar la riqueza, pero que merezca o no ser incrementada es otra cuestión que debe decidirse políticamente y respetando una teoría de la justicia. Por ello fracasa el intento de POSNER de justificar la *maximización* como imperativo ético. Una ética semejante exigiría a los individuos contribuir a que los bienes queden en manos de aquellos que más los valoran. Con este

⁸⁰ DWORKIN, 1980b: 585-590, y para una explicación sintética y clara de esta cuestión también puede consultarse ROSENKRANTZ, 1996: 96-99.

⁸¹ SCANLON, 1998: 88-90.

criterio, entonces, los agentes del mercado bursátil deberían ser el paradigma del hombre moral.

A esta altura debe quedar claro que la riqueza es meramente instrumental, de modo que su promoción no puede contar con una justificación autónoma. Al contrario, será siempre dependiente de algún principio de justicia, o de varios, que puedan ser justificados públicamente.

En la teoría de RAWLS, el principio de la diferencia limita las consideraciones de eficiencia, haciendo que la relación entre ella y la justicia sea de mera compatibilidad. Para comprender bien la idea es necesario comenzar el cuento por otra parte. Según el principio de la diferencia, el aumento en la desigualdad está permitido siempre que mejore la situación de los que menos tienen. Entonces, un incremento de riqueza estaría permitido si beneficia a todos por igual o si, habiendo algunos que se benefician más que otros, la desigualdad que se produce es inevitable a fin de mejorar a los peor situados en la sociedad. Supongamos que en los siguientes estados sociales para dos grupos de individuos se cumple con el primer principio de justicia:

	Inicio	S1	S2	S3	S4
Grupo 1	10	30	45	52	52
Grupo 2	10	20	30	30	31
TOTAL	20	50	75	82	83

Entonces la sociedad será justa siempre que la desigualdad existente entre el grupo 1 (G1) y el grupo 2 (G2) esté justificada. ¿Cuándo está justificada? Cuando no es posible que G2 tenga lo que tiene sin que G1 tenga menos de lo que tiene. Así, se parte de que todo aumento de la desigualdad estará justificado cuando beneficia a los peor situados. En este contexto, S3 sería injusta si S2 estuviese disponible. Veamos por qué.

Imaginemos que ambos grupos parten de una situación inicial de igualdad con 10 cada uno. Como en el cuadro, en el primer movimiento social, G1 aumenta a 30 y G2 a 20. En el segundo, G1 aumenta a 45 y G2 a 30, y en el tercer movimiento G1 aumenta a 52 y G2 permanece en 30. Nótese que todos los movimientos, salvo el tercero, aumentaron la desigualdad pero beneficiaron a la vez a G2. El paso de S2 a S3 es injustificado, pese a que la suma global de riqueza es mayor en S3, porque el incremento de desigualdad no redundó en beneficio de G2.

Este resultado es razonable dado que siendo la sociedad una empresa cooperativa beneficiosa, nadie aceptaría un principio por el cual en algunos casos un grupo pueda apropiarse del 100% de los beneficios, aunque esto no empeore la situación de los más desaventajados. El principio de la diferencia

exige que siempre que haya un incremento de riqueza todos los miembros de la sociedad se beneficien de él, aunque no de modo igualitario. Obsérvese que en el paso S1 a S2 se incrementa la riqueza total de 50 a 75, pero la distribución de esos 25 adicionales se da en forma desigual: G1 se apropia de 15 y G2 sólo de 10. Este movimiento está permitido por la *Justicia como Equidad*. No obstante, esta concepción de la justicia sí permite que los menos aventajados se apropien del 100% de los beneficios a fin de reducir la desigualdad. Esto se explica porque las partes suscriben inicialmente un principio que requiere libertades básicas iguales para todos, así como también una justa igualdad de oportunidades y una igual división de ingresos y riquezas. Las desigualdades sólo estarán permitidas cuando funcionen en beneficio de todos⁸².

Ahora bien, ¿qué ocurre con el paso de la situación inicial a S1? ¿Es obligatorio? La respuesta es negativa. El aumento de la riqueza está permitido, siempre que beneficie también a los peor situados, pero nunca es obligatorio. Incluso si desde el inicio fuese posible pasar únicamente a S4, en donde todos están mucho mejor, ese movimiento sólo sería permitido, y no exigido por la *Justicia como Equidad*. RAWLS lo dice expresamente:

«es un error creer que una sociedad justa y buena deba esperar un nivel material de vida elevado. Lo que los hombres desean es un trabajo relevante en libre asociación con otros; y que estas asociaciones regulen sus relaciones con el resto en el marco de unas instituciones básicas justas. Para alcanzar este estado de cosas no es necesaria una gran riqueza. De hecho, pasado cierto punto es probable que ello sea más un obstáculo, una distracción sin sentido, si no una tentación para la dejadez y la vacuidad»⁸³

¿Por qué es compatible la justicia con la eficiencia? Es compatible porque todos los movimientos PARETO superior *en sentido fuerte*, es decir, los que benefician a *todos* los miembros de la comunidad, están permitidos por la *Justicia como Equidad*. Obsérvese que según el cuadro anterior el paso de la situación inicial a S1, luego a S2 y luego a S4, son todos movimientos permitidos y a la vez respetan este criterio de eficiencia. El paso de S2 a S3 es PARETO superior, pero en *sentido débil*. Este tipo de movimientos está prohibido por la *Justicia como Equidad*, salvo que reduzcan la desigualdad entre ambos grupos, como en el paso de S3 a S4. Por esta razón podría objetarse que el compromiso de RAWLS con la eficiencia es muy tenue, y puede que lo sea. Aun así, sin lugar a dudas ha encontrado una forma de hacer valer las consideraciones de eficiencia, que autónomamente no se sostienen. Esta forma consiste en limitarlas al marco de la *Justicia como Equidad*.

⁸² RAWLS, 1999: 130-131.

⁸³ RAWLS, 1999: 257-258.

No hay que olvidar que la teoría de RAWLS tiene por objeto evaluar las instituciones básicas de la sociedad. Al evaluarlas toma en cuenta el patrón de distribución que esas instituciones tienden a generar. Su preocupación es que el aumento de la riqueza siempre sea PARETO fuerte o débil, cuando sea en beneficio de los peor situados. Ello, cree RAWLS, le garantizará una mayor igualdad. ¿Es realmente así? Evidentemente no. El principio de la diferencia es compatible con pasar de la situación inicial, en la cual G1 y G2 contaban con 10 cada uno, a S5 en la que G1 tenga 200 y G2 solamente 11. La desigualdad está justificada por el 1 extra que obtiene G2 y el movimiento es PARETO fuerte. De hecho, si las desigualdades fuesen excesivas, como en el ejemplo que propuse, según RAWLS el arreglo social pasaría a ser injusto⁸⁴. Esta es una cuestión de grados en la que RAWLS prefiere no profundizar, pero sugiere que si en una sociedad real se produjesen semejantes desigualdades sería sospechosa la satisfacción del principio de igualdad de oportunidades.

Más allá de esto, corresponde aclarar cuál es el alcance del AED en este contexto. Es decir, ¿son los movimientos PARETO *fuerte* y PARETO *débil* que reducen la desigualdad los únicos admisibles para la *Justicia como Equidad*? Sí, pero ello no significa que el AED deba emplear únicamente este criterio de eficiencia. Permítaseme explicar un poco más. Al evaluar las instituciones sociales, si uno pretende ser fiel a los principios de justicia, los únicos criterios de eficiencia deben ser las dos versiones de PARETO recién mencionadas. Ello es así porque éstas son las únicas compatibles con el principio de la diferencia. Sin embargo, el AED puede valerse de otros criterios, como KALDOR-HICKS, para evaluar la eficiencia de las normas jurídicas. Por ejemplo, para medir el impacto de las reglas de responsabilidad objetiva en el ámbito de los daños al consumidor, el economista podrá realizar un análisis coste-beneficio que suponga comparar las pérdidas de un grupo (como los consumidores) con las ganancias de otro grupo (como los productores). La justicia de este resultado dependerá en última instancia de si las instituciones sociales en su conjunto, incluyendo no sólo al sistema de responsabilidad civil, sino también al derecho tributario y del gasto público, etcétera, tienden a generar patrones distributivos en los que los beneficios obtenidos por el grupo más aventajado se traducen en una mejora para quienes menos tienen.

En otras palabras, la *Justicia como Equidad* y el AED comparten un enfoque común: ambos evalúan las reglas por sus consecuencias⁸⁵. La *Justicia como Equidad* evaluará la estructura básica de la sociedad por sus efectos en la distribución de los bienes primarios, mientras que el AED lo hará por las consecuencias que produzcan en el nivel de riqueza agregada de la sociedad.

⁸⁴ RAWLS, 1999: 68.

⁸⁵ Esto de ningún modo convierte a la *Justicia como Equidad* en consecuencialista. Estas teorías, a diferencia de la *Justicia como Equidad*, presentan una concepción de lo *bueno* con independencia de lo *correcto*.

Debe recordarse que los bienes primarios incluyen los recursos materiales. Por lo tanto, la *Justicia como Equidad* necesita del instrumental técnico del economista. Adviértase, no obstante, que muchas veces no tiene sentido evaluar la justicia o la injusticia de una norma jurídica aisladamente, por ejemplo de la responsabilidad objetiva, pero sí tiene sentido medir su eficiencia. En cambio, respecto de la estructura básica carece de sentido medir su eficiencia, salvo en los términos de PARETO antes especificados, pero sí tiene sentido evaluar su justicia a partir de los principios explicados más arriba.

Podrá pensarse que el espacio del AED es muy limitado en este esquema, pero estas son las consecuencias de negarle el estatus de teoría de la justicia. Su implausibilidad como criterio de justicia quedó demostrado en los puntos anteriores. Quienes sienten simpatía por el AED no deben ver esto como una degradación teórica. El papel técnico del AED sigue siendo de fundamental importancia. Por otra parte, habiéndose aceptado que la riqueza tiene un valor instrumental, es decir, que en ciertas circunstancias sirve a otros valores, debe aceptarse también que el AED no puede proporcionar una teoría de la justicia. El economista cumplirá con su tarea al procurar que el medio empleado para lograr los patrones distributivos deseados de bienes primarios sea lo menos costoso posible.

7-El último embate bienestarista

En el año 2002, Louis KAPLOW y Steven SHAVELL publicaron *Fairness vs. Welfare*. Esta obra implica de alguna manera un retroceso en el estado actual del debate, ya que al adoptar un punto de vista bienestarista hereda todos los problemas del utilitarismo anteriormente señalados. De todas maneras, presenta un desafío interesante para quienes creen que la justicia siempre tiene preeminencia sobre la eficiencia o la utilidad. KAPLOW y SHAVELL se preguntan retóricamente: cuando aplicar un criterio de justicia hace que *todos* estemos peor, ¿con quién estamos siendo justos al seguir ese criterio?⁸⁶

La pregunta es sugerente y merece una respuesta, pero antes deben comprenderse los presupuestos y las ideas generales de las que parten estos autores. El objetivo central de su obra es estudiar los principios que deben guiar la evaluación de las políticas jurídicas. Específicamente, la cuestión es determinar qué principios son los más adecuados para evaluar las instituciones sociales, entre las que se cuentan el derecho de daños, el derecho de los contratos, el sistema impositivo, etcétera. A esos efectos, consideran la plausibilidad de dos enfoques distintos. Un primer enfoque está relacionado con la evaluación de las normas a partir del impacto que ellas tienen sobre el bienestar de los individuos. El segundo enfoque se asienta en nociones de justicia. Como es de esperar, ellos afirman que el primer enfoque es el co-

⁸⁶ KAPLOW y SHAVELL, 2002: 54.

recto, por lo que las reglas jurídicas deben ser evaluadas exclusivamente por sus consecuencias sobre el bienestar individual⁸⁷.

El bienestar es un concepto más amplio que la maximización de la riqueza o las múltiples variantes de la eficiencia. Estos otros criterios suelen omitir aspectos importantes para definir el bienestar individual. Por ejemplo, ignoran los intereses distributivos de las personas⁸⁸ o las preferencias por los criterios de justicia⁸⁹. Para KAPLOW y SHAVELL, las nociones de justicia no tienen un peso independiente en la decisión político-jurídica, sino que son relevantes en la medida en que afecten el bienestar de los individuos. Algunos pueden sentirse afectados por el hecho de que el sistema de responsabilidad extracontractual persiga exclusivamente la eficiencia sin atender a la justicia correctiva. En este caso, la justicia correctiva será relevante para evaluar el derecho de daños, pero lo será por afectar el bienestar individual y no por ser un criterio de justicia. En efecto, es un hecho que algunos individuos tienen una preferencia por la justicia. Ello significa que se sienten mejor o peor dependiendo de si el sistema jurídico refleja ese criterio. Cuando ello es así, satisfacer los principios de justicia es lo mismo que satisfacer las preferencias de los individuos respecto del buen vino o el arte⁹⁰.

Esta última aseveración no debe confundirnos. Podría parecer que los autores, al reducir la justicia a las preferencias, prescindan de todo punto de vista moral en su análisis, y esto no es así. Adoptar el punto de vista bienestarista, de la manera en que lo hacen, es comprometerse con una posición moral que exige preocuparse exclusivamente por el bienestar de los individuos⁹¹. Su postura no es escéptica. Ellos creen que lo moralmente correcto es maximizar el bienestar y, en ocasiones, para lograrlo es necesario dar relevancia a los ideales de justicia que las personas creen correctos. El bienestar es el punto de partida. Para incrementar al máximo el bienestar es necesario satisfacer en la mayor medida posible las preferencias individuales. A veces, los sujetos tienen preferencias relacionadas con el ahorro de costes en materia de acci-

⁸⁷ KAPLOW y SHAVELL, 2002: 3.

⁸⁸ Jeremy WALDRON considera que este es uno de los grandes aportes del trabajo de KAPLOW y SHAVELL: ha ubicado la cuestión distributiva donde pertenece, en la base del enfoque bienestarista. Entiende que este libro ha quebrado el *código de silencio* que había entre los economistas respecto de los intereses distributivos. Véase WALDRON, 2003: 292.

⁸⁹ Aunque los autores mencionan separadamente los intereses distributivos y las preferencias por criterios de justicia, los primeros pueden considerarse subsumidos en los segundos. Es decir, los intereses distributivos que tengan los individuos normalmente serán el correlato de su adhesión a alguna concepción de la justicia.

⁹⁰ KAPLOW y SHAVELL, 2002: 11 y 21. Que el Estado implemente un principio de justicia sobre el que los individuos tienen una preferencia, como podría ser la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual, es un acto de igual categoría que la creación de un museo para satisfacer las preferencias positivas respecto del arte. En los dos casos se intentan satisfacer preferencias sociales.

⁹¹ KAPLOW y SHAVELL, 2002: 25-26.

dentes de tránsito y otras veces relacionadas con que, por razones de justicia, se cumpla con máximas como «el que causa un daño debe compensarlo». Ambas consideraciones son relevantes porque afectan el bienestar.

Más puntualmente, la idea de KAPLOW y SHAVELL es que, en ciertos contextos, cuando –con independencia del bienestar que produce– una noción de justicia es empleada para diseñar las instituciones jurídicas, *todos* estamos peor. En particular, dicen los autores, «en contextos simétricos –aquellos en los que todos los individuos están idénticamente situados (por ejemplo, un contexto de accidentes en el que todos enfrentan las mismas probabilidades de ser agentes dañadores o víctimas)– *siempre* es el caso que todos estarán peor cuando una noción de justicia conduce a la elección de una regla jurídica diferente de aquella que sería elegida con base en la economía de bienestar»⁹². El planteo es similar al que realiza POSNER al intentar fundamentar el principio de la maximización de la riqueza (II.6.3). En contextos en los que todos están expuestos al mismo nivel de riesgos nadie aceptaría un sistema menos eficiente a fin de asegurarse la compensación *ex-post*. Por lo tanto, elegir un sistema de responsabilidad extracontractual con un criterio distinto de la maximización del bienestar empeora la situación de todos desde una perspectiva *ex-ante*.

Una primera observación es que la afirmación de los autores es verdadera por definición. Ellos mismos reconocen que identifican las nociones de justicia como aquellas que reducen el bienestar de los individuos⁹³. Por ello, no debe sorprendernos su *conclusión* de que seguir criterios de justicia en contextos simétricos reduce el bienestar. Más que una conclusión se trata de una verdad analítica que, por supuesto, no agrega ninguna información adicional a la que aporta una definición. En otras palabras, lo que ellos sostienen en el párrafo transcrito más arriba es que toda noción de justicia que lleva a elegir una regla distinta de la que maximiza el bienestar hace que *todos* estemos peor. Esto es lo mismo que afirmar que toda regla que no maximiza el bienestar, no maximiza el bienestar⁹⁴. La conclusión que extraen está en las premisas. Por lo tanto, cometen la falacia de petición de principio.

Una lectura más caritativa pondría el acento sobre otras afirmaciones de los autores e interpretaría que las nociones de justicia definen lo justo con independencia del bienestar de los individuos, en lugar de afirmar que las nocio-

⁹² KAPLOW y SHAVEL, 2002: 52. Para mayor profundidad, en pp. 100-106, los autores analizan en detalle un caso de contexto simétrico aplicado a los daños que los automovilistas causan a los peatones. Se supone que los individuos a veces son automovilistas y otras veces peatones y que *todos* tienen idénticas probabilidades de ser atropellados. Una regla que, por implementar la justicia correctiva, no minimiza los costes, si no hubiese preferencias por nociones de justicia, haría que todos estén *ex-ante* peor.

⁹³ KAPLOW y SHAVEL, 2002: 7.

⁹⁴ Para un desarrollo más extenso de este argumento véase STORDEUR (h), 2005: 103-142.

nes de justicia son criterios que reducen el bienestar⁹⁵. La diferencia estaría en que sería compatible una noción de justicia con la maximización del bienestar. En algunos casos podría darse que la regla propuesta por un criterio de justicia, como la justicia correctiva que define lo justo con independencia del bienestar, por ejemplo, coincida con la regla que elegiría un economista bienestarista. Visto de este modo, el desafío nuevamente es interesante: cuando no coinciden los criterios de justicia con el criterio del bienestar ¿por qué optar por una regla que hace que *todos* estemos peor? Si la respuesta es: por razones de justicia; entonces otra vez surge la pregunta: ¿con quién estamos siendo justos?

Refinados los conceptos, toca ahora responder aceptando el traslado de la carga de la prueba que supone una pregunta de estas características. Es decir, los autores no dan razones para aceptar la maximización del bienestar, sino que preguntan al lector qué razones hay para rechazarlo. No obstante, no objetaré que la maximización del bienestar individual cuenta con el atractivo suficiente como para que quien se oponga a él deba explicar sus razones.

Comenzaré por la crítica de Lewis A. KORNHAUSER que, pese a adherir al AED, considera que el argumento de KAPLOW y SHAVELL es defectuoso en varios puntos. Uno muy relevante es que ellos no toman en cuenta la distinción entre las preferencias y los juicios razonados. Los intereses y gustos particulares pertenecen a la categoría de las *preferencias*; las creencias morales, por su parte, a la categoría de los *juicios razonados*. La importancia de estas dos categorías puede verse analizando el caso de Liza al decidir su dieta. Por un lado, sus gustos se inclinan por la carne antes que por el pescado. No obstante, sabe que el pescado es más sano que la carne. El primer enunciado expresa sus preferencias, mientras que el segundo expresa un juicio razonado. Sus preferencias por la carne son totalmente personales, esto es, dependen exclusivamente de ella, pero su juicio de que el pescado es más sano se extiende a otros individuos. Otra diferencia fundamental es que Liza es soberana respecto de sus propias preferencias aunque no lo es respecto de sus juicios. No tendría sentido que ella discutiese con un amigo si le gusta más la carne que el pescado. En cambio, el juicio de que el pescado es más sano sí admite discusión con otras personas que estén mejor informadas o tengan mejores argumentos⁹⁶.

Lo mismo es aplicable a los juicios morales (o de justicia) en la sociedad. Los individuos entramos en discusiones acerca de la moralidad con una actitud distinta de la que tenemos cuando expresamos nuestras preferencias

⁹⁵ KAPLOW y SHAVELL, 2002: 39, definen las nociones de justicia como aquellas que no se basan exclusivamente en cómo las políticas jurídicas afectan el bienestar de los individuos o directamente prescindan de esta valoración.

⁹⁶ Véase KORNHAUSER, 2003: 317-318. KAPLOW y SHAVELL responden, según mi opinión insatisfactoriamente, en KAPLOW y SHAVELL, 2003: 358-360.

personales. De hecho, KAPLOW y SHAVELL, tal vez sin advertirlo, aplican la distinción. Nótese que los teóricos disienten respecto de si el bienestarismo es un criterio adecuado para tomar decisiones sociales. ¿Cómo debe resolverse esta disputa? Una alternativa sería tomar en cuenta la preferencia por el bienestarismo y agregar luego todas las preferencias para obtener un resultado. No obstante, para KAPLOW y SHAVELL el bienestarismo está fuera de este marco de análisis⁹⁷. Considerar que el juicio razonado sobre la plausibilidad del bienestarismo es una mera preferencia es un error que conduce a un absurdo regreso al infinito. Tal como lo plantean KAPLOW y SHAVELL, el bienestarismo es un punto de partida en el análisis. Dicho en otros términos, es una cuestión de juicio moral: como sostuve más arriba, el juicio según el cual debemos preocuparnos por el bienestar de los individuos. Esta cuestión no puede ser sometida, sin embargo, al mismo trato que el resto de las nociones morales que ellos consideran. Es decir, no puede ser convertida a su vez en una preferencia y, luego, su relevancia ponderada a la luz del resultado del proceso de agregación.

Esto se debe a que si bien no parece descabellado sumar las preferencias de cada uno de los individuos de la sociedad para obtener una función social y tomar una decisión acorde con ella, la agregación de juicios de justicia nos parece impracticable. Lo único que uno podría agregar es la opinión de los individuos sobre lo que ellos creen que es justo o injusto, pero esto no encaja en nuestro discurso moral habitual. Lo que esperamos de un debate moral son buenas razones para creer que algo es justo o injusto. De ahí que puede afirmarse que carece de sentido convertir los criterios de justicia en preferencias que deben ser agregadas. Los juicios razonados y las preferencias son categorías distintas y tienen un funcionamiento diferente. Si esto es correcto, como creo que lo es, el intento de *Fairness vs. Welfare* queda truncado antes de empezar.

Pese a todo, podría pensarse que la fuerza de la pregunta de KAPLOW y SHAVELL sigue demandando una respuesta sustantiva y no sólo objeciones metodológicas. En ese caso, presentaré dos argumentos sustantivos para debilitar el planteo de estos autores. El primero consiste en mostrar que una de las razones por las cuales los autores consideran que el punto de vista del bienestarismo es superior al de los criterios de justicia –básicamente el hecho de que el bienestarismo adopta una perspectiva *ex-ante* y los criterios de justicia suelen adoptar una perspectiva *ex-post*– está apoyada en un temerario desconocimiento de las teorías de la justicia más relevantes. Negaré, entonces, que la perspectiva *ex-post* sea la única que emplean los criterios de justicia para evaluar una situación social; el segundo argumento consiste en indagar qué quiere decirse cuando se afirma que un principio de justicia puede hacer que *todos estemos peor*. Sostendré que los autores utilizan el término *empeorar* como equivalente de *no mejorar*. Sin embargo, los conceptos *mejorar* y *empeorar*

⁹⁷ KORNHAUSER, 2003: 321.

son *contrarios*, no *contradictorios* como asumen KAPLOW y SHAVELL, y en consecuencia, el verdadero planteo que realizan resulta menos persuasivo de lo que la formulación inicial sugiere.

Los autores afirman que las nociones de justicia usualmente adoptan una perspectiva *ex-post*. Por ejemplo, en el contexto de los accidentes de tránsito, prestan atención al hecho de si las víctimas tienen derecho a recibir una compensación una vez sufrido el daño. Desde una perspectiva *ex-ante* la evaluación es diferente. Lo único relevante es el beneficio esperado para todos los involucrados en los distintos sistemas alternativos. Por ello es tan importante que el contexto sea simétrico, para que el beneficio no esté desigualmente distribuido entre conductores y peatones. Si el contexto es simétrico y todos son peatones y conductores a la vez, *ex-ante* todos se benefician de un sistema más eficiente. Si la eficiencia demandase contar con una regla de responsabilidad subjetiva —es decir, una regla según la cual el agente dañador sólo responderá por daños en caso de que haya obrado negligentemente y la víctima sólo será compensada en este mismo caso—, por supuesto, *ex-post* habrá algunos que a fin de cuentas fueron perjudicados por el sistema: las víctimas dañadas sin culpa del agente dañador. Ellas no recibirán indemnización y no siempre será el caso que el ahorro por haber contado con un sistema más eficiente *ex-ante* sea suficiente para compensar la pérdida *ex-post*⁹⁸.

Más allá de estas situaciones desafortunadas, KAPLOW y SHAVELL insisten en que la perspectiva *ex-ante* es la correcta, entre otras cosas, porque la perspectiva *ex-post* suele concentrarse en los resultados atípicos, en el individuo que tuvo *mala suerte*. Afirman que el accidente no es el resultado típico de todas las acciones que potencialmente pueden causar daños⁹⁹. Por otra parte, la perspectiva *ex-post* ignora los efectos de las reglas sobre los incentivos individuales. Tanto si se exigen muchos requisitos para obtener compensación como si se exigen demasiado pocos, ambas cosas afectan la cantidad de accidentes. En un caso, el incremento de daños será causado por los agentes dañadores y en el otro por las víctimas. Lo importante es que evaluar el resultado *ex-post*, como exigirían los criterios de justicia, terminaría destruyendo la idea de *reglas* y, por ende, distorsionando los *incentivos* que reciben los individuos.

En primer lugar, es obvio que el caso atípico también forma parte de los intereses de cualquier sociedad que desee regular en materia de responsabilidad extracontractual. Cuando el accidente no se produce las normas del de-

⁹⁸ Piénsese en el caso de un recién ingresado a la comunidad de riesgos. Un joven que obtuvo su registro de conducir un año atrás sólo se benefició de un sistema menos costoso durante ese escaso tiempo. Por lo tanto, si sufre un accidente, es muy probable que no se haya beneficiado del ahorro de costes tanto como para compensar el daño que ahora debe soportar como víctima.

⁹⁹ KAPLOW y SHAVEL, 2002: 437.

recho de daños no son aplicadas, aunque es posible que hayan cumplido la función de prevención por medio de los incentivos que brindan a los agentes involucrados. Además, también a la perspectiva *ex-ante* le interesa el caso atípico, tal vez para concluir que es eficiente que la víctima no reciba compensación. La pregunta justamente es: ¿qué debemos hacer con quienes *terminen sufriendo* un daño? Este daño será el resultado atípico de una actividad que en la mayoría de los casos no perjudica a nadie. De darse lo contrario, probablemente regularíamos la actividad con otros instrumentos, como el derecho penal. Además, no parece desacertado desde una posición moral que se preocupe por el bienestar de los individuos concentrarse en el caso de aquellos que cayeron en desgracia. Precisamente, una de las funciones de las instituciones sociales justas es neutralizar los efectos de la suerte sobre el bienestar o el patrimonio de las personas. Uno podría preguntar a KAPLOW y SHAVELL cuál es la moralidad de un sistema que consagra desigualdades de bienestar entre los individuos de una comunidad de riesgo por el sólo hecho de que algunos tuvieron mala suerte. Los efectos arbitrarios del azar deben ser neutralizados por las instituciones sociales de modo que los individuos sólo deban soportar una disminución de bienestar cuando esta resulte de sus propias decisiones.

A favor de KAPLOW y SHAVELL podría argumentarse que en un contexto de riesgos recíprocos debe optarse por el sistema más económico siempre y cuando los individuos tengan la posibilidad de asegurarse por los daños que sufran. Así, de existir un sistema de seguros, el individuo que opte por no asegurarse, y sufra un accidente, será responsable de su propia decisión¹⁰⁰. Usualmente, en esos contextos, el seguro estará disponible en el mercado, lo que garantizará una compensación *ex-post*. Este argumento me parece correcto; sin embargo, sigue siendo dudoso afirmar lo que parecen suponer los autores: que prestar atención al caso atípico, el del individuo que tuvo mala suerte, implica adoptar una perspectiva *ex-post*. Es posible preocuparse *ex-ante* por el individuo que tuvo mala suerte, por ejemplo, supeditando la opción por el sistema más económico a la existencia de un sistema de seguros. De esta forma, el sistema de responsabilidad extracontractual podría negar una compensación a la víctima sólo cuando, sujeta al estándar del hombre razonable, haya omitido asegurarse.

¹⁰⁰ DWORKIN distingue la *suerte opcional* y la *suerte bruta*. La primera está ligada con las decisiones individuales respecto de asumir un determinado riesgo. La segunda no resulta de una decisión deliberada del agente sino de sufrir un daño como consecuencia de un riesgo al que individuo está expuesto más allá de su voluntad. El vínculo entre ambas nociones es que cuando el individuo tiene la posibilidad de tomar un seguro contra un riesgo al que está expuesto naturalmente, su decisión de no asegurarse convierte su *suerte bruta* en *suerte opcional*, por lo que debe soportar el perjuicio sufrido. DWORKIN, 2000: 73-74.

En segundo lugar, aunque es cierto que la perspectiva *ex-post* ignora los incentivos que generan las reglas, no creo que sea cierto que los criterios de justicia adopten siempre esta perspectiva. Todo sistema que regula una práctica cuenta con principios generales que serán instrumentados por medio de reglas cuyo resultado a veces es imperfecto. Es decir, en ocasiones las reglas producen un resultado distinto del buscado por el principio. ¿Qué debe hacerse cuando no se alcanza el estado de cosas esperado? Una visión *ex-post* recomendaría que el Estado intervenga para corregir la situación, pero esto distorsionaría los efectos que las reglas tienen sobre los incentivos individuales. Una regla que es respetada sólo cuando su resultado se ajusta a lo establecido por los principios subyacentes que la justifican no parece ser muy confiable.

Con todo, no es cierto que los criterios de justicia siempre sean principios generales para evaluar la situación *ex-post*. Uno puede seleccionar los principios de justicia que moldearán las instituciones teniendo en cuenta el patrón distributivo que tenderán a generar. Esto es compatible con considerar justa cualquier distribución que resulte del normal funcionamiento de instituciones justas. En un esquema como el de RAWLS, por ejemplo, cualquier resultado distributivo producido por instituciones justas a lo largo del tiempo es justo¹⁰¹. Entonces, los criterios de justicia pueden adoptar una visión *ex-ante*. Más importante aun, contra KAPLOW y SHAVELL, es que la maximización del bienestar también puede adoptar una visión *ex-post*. Cada vez que seguir una regla, cuya justificación subyacente es la maximización del bienestar, reduzca el bienestar *ex-post*, uno puede adoptar la regla contraria. De este modo, la maximización alteraría los incentivos individuales al igual que lo haría cualquier criterio de justicia que opere *ex-post*. En conclusión, no es acertado asociar automáticamente los criterios de justicia con la perspectiva *ex-post* y la maximización del bienestar con la perspectiva *ex-ante*. Ambas teorías pueden adoptar una visión *ex-ante* o *ex-post*. Lo relevante es demostrar que la primera es más razonable que la segunda, algo con lo que coinciden también autores como RAWLS y NOZICK. Pero entonces, el argumento de KAPLOW y SHAVELL no puede ser que el bienestar es superior que los criterios de justicia porque la perspectiva *ex-ante* es superior a la perspectiva *ex-post*. Compartir esto último no implica nada respecto de la superioridad del bienestar sobre la justicia.

El segundo argumento que presentaré para debilitar la fuerza retórica de la pregunta formulada por KAPLOW y SHAVELL consiste en desvirtuar uno de sus presupuestos. Ellos parecen asumir que *no mejorar* es equivalente a *empeorar*. Es decir, cuando una sociedad podría ser más rica y no adopta la regla necesaria para lograrlo la situación de esa sociedad empeora. El concepto de empeorar es relativo a un punto de partida. Uno está peor respecto de una situación anterior en la que contaba con más bienes, mayor utilidad, mayor

¹⁰¹ Sobre este punto véase el apartado VIII.2.

bienestar, etcétera. Una situación inicial puede variar mejorando a los individuos o empeorándolos, pero puede que no varíe en absoluto, que todo permanezca igual. Por ello, las nociones de *mejorar* y *empeorar* son *contrarias*, no *contradictorias*. Dos enunciados contrarios pueden ser falsos pero no verdaderos a la vez. Así, puede ser falso que la sociedad *mejoró* y falso que *empeoró*, pero no puede ser verdadero que *mejoró* y que *empeoró*. Si las nociones fuesen contradictorias, ello significaría que los enunciados formulados a partir de ellos no pueden ser ambos falsos ni ambos verdaderos a la vez. Sólo en este caso podría afirmarse que dado que es falso que la sociedad *mejoró* es verdadero que *empeoró*. Esta es la estrategia de KAPLOW y SHAVELL. Al existir alternativas más eficientes, si uno no opta por ellas empeora su situación. Pero los conceptos son *contrarios*, entonces, es posible que sea falso que la sociedad haya *mejorado* y falso que haya *empeorado*.

Siendo ello así, no es cierto que en contextos simétricos optar por un principio de justicia, entiéndase uno que no maximiza el bienestar, *siempre* hace que todos estemos *peor*. No maximizar no es empeorar. Un principio de justicia que no maximiza el bienestar perfectamente puede mantenerlo estable. Como sostuve en el punto II.6.4, las sociedades pueden elegir políticamente el nivel de riqueza que desean alcanzar. Pueden preferir una sociedad menos rica pero más justa. Por razones de justicia, pueden preferir un sistema de responsabilidad extracontractual que compense a todas las víctimas aunque sea más caro que otro que deja algunas víctimas sin indemnización.

En este punto, KAPLOW y SHAVELL podrían responder que todas estas consideraciones adicionales entran en el cómputo de bienestar. La preferencia por la compensación, la preferencia por los criterios de justicia, etcétera, todo ello es tomado en cuenta por su teoría, de modo que la crítica no se justifica. Si ellos sostuviesen esto, otra vez por definición toda sociedad que opta por principios de justicia, cualesquiera que ellos fuesen, es eficiente o, en sus términos, maximiza el bienestar. Si *de hecho* implementan un criterio de justicia que reduce la riqueza es porque prefieren ese criterio y lo eficiente es implementarlo. Esta teoría es imposible de falsar y además pierde todo su atractivo. Cualquier economista negaría su plausibilidad. Además, la justicia y el bienestar ya no estarían enfrentados y los economistas dejarían de tener un rol normativo relevante. Cada vez que un grupo en su discusión esgrima argumentos de justicia, ellos deben triunfar porque responden a las preferencias de esos individuos por criterios de justicia. Esto claramente no funciona.

Un problema adicional tiene que ver con el mandato maximizador. Al entender que *mejorar* y *empeorar* son conceptos contradictorios, es decir, que no alcanzar el mejor estado posible es empeorar, los autores deberían llegar a conclusiones absurdas. Supongamos que la sociedad se encuentra en un estado inicial S1 y que tiene disponibles dos estados de mayor riqueza S2 y S3, siendo este último el más rico de todos. Imaginemos que al decidir su sis-

tema de responsabilidad extracontractual, los individuos pueden optar por reemplazar la regla R1, vigente en S1, por las reglas R2, que conducirá a S2, o R3, que conducirá a S3. Si la comunidad, por razones de justicia, eligiese R2 en lugar de R3, de acuerdo con el mandato maximizador y la concepción según la cual no mejorar es empeorar, la sociedad al pasar de S1 a S2 empeora (porque no mejora todo lo que podría), pese a que su riqueza se haya incrementado.

En conclusión, luego de analizar la propuesta de KAPLOW y SHAVELL puede afirmarse que la pregunta del comienzo carece de fuerza retórica. Bien interpretada, la pregunta que ellos pueden realizar, teniendo en cuenta que *empeorar* y *mejorar* son conceptos contrarios en lugar de contradictorios es la siguiente: ¿por qué optar por un criterio de justicia si con otro criterio es posible que todos estemos mejor *ex-ante*? La respuesta es: porque las sociedades deciden políticamente su nivel de riqueza en el marco de una teoría de la justicia.

Cuando uno advierte que, en el contexto de *Fairness vs. Welfare*, *empeorar* sólo significa *no mejorar* o abstenerse de incrementar la riqueza, la pregunta pierde su atractivo. Para recuperarlo, KAPLOW y SHAVELL deberían demostrar que los criterios de justicia en ocasiones empeoran efectivamente a los individuos, es decir, disminuyen el nivel de riqueza o bienestar de la sociedad. Esto es muy difícil que ocurra dado que ninguna comunidad, incluso las que más reparos tienen frente a la maximización de la riqueza a costa de otros valores como la igualdad, contará en general normas *estables* que la lleven a la auto-destrucción.

III-EL DERECHO DE DAÑOS Y LA NATURALEZA RECÍPROCA DEL PROBLEMA

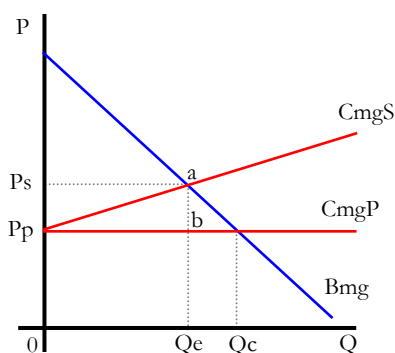
1-Los daños como externalidades negativas

*The Problem of Social Cost*¹⁰² supuso una ruptura con la forma en la que tradicionalmente los juristas y los economistas analizaban el fenómeno de los daños. Según esta visión tradicional, expuesta por PIGOU¹⁰³, los daños son una externalidad negativa que debe ser corregida mediante una intervención estatal que obligue a quien la causa a internalizarla asumiendo los costes totales de su actividad. Las externalidades son efectos, positivos o negativos, que la producción o el consumo de un bien generan sobre la producción o el consumo de otros bienes. Cuando una fábrica ocasiona ruidos para desarrollar su actividad produce una externalidad negativa sobre los vecinos, es decir, les traslada parte del coste de llevarla adelante. Típicamente, en los casos de efectos externos hay una divergencia entre el coste privado y el coste social de la actividad. A raíz de esto, las cantidades consumidas o producidas del bien que origina la externalidad negativa son mayores que las eficientes.

Supongamos que Jordi es dueño de un establecimiento que contamina los ríos. Como consecuencia de ello, los vecinos deben adoptar distintas medidas según el nivel de contaminación: primero, mientras la contaminación es leve, deben hervir el agua antes de beberla. Luego, a medida que la contaminación se hace más intensa esta precaución resulta insuficiente por lo que deben comprar agua potable. Por último, los niveles más elevados de contaminación hacen que el agua del río sea inútil incluso para lavar la ropa. En este punto el agua del río debe ser sustituida íntegramente por agua envasada. El coste total de la actividad de Jordi no incluye el coste de las medidas precautorias asumidas por los vecinos. Por esta razón, Jordi no percibe ese coste al momento de tomar decisiones. ¿Cuáles son los efectos de la actividad de Jordi sobre la eficiencia? Veámoslo gráficamente.

¹⁰² COASE, 1960.

¹⁰³ COASE toma como referencia el análisis de PIGOU, 1932.



El nivel de actividad que realiza Jordi en estas condiciones estará determinado por los beneficios marginales (Bmg) que reciba por la actividad y sus costes marginales (CmgP). Cuando el beneficio sea menor que el coste, él detendrá su actividad. Así se ubicará en un nivel Q_c . ¿Es este nivel eficiente? Si junto con los costes que la actividad tiene para Jordi se consideran los costes de la contaminación que deben asumir los vecinos, entonces, obtenemos una nueva curva de coste marginal. A esta curva la llamaremos coste marginal social (CmgS). Teniendo esto en cuenta, la intersección entre el coste marginal social y el beneficio marginal de la actividad indica el nivel eficiente es Q_e , un nivel mucho menor que Q_c .

¿Cómo puede lograrse que Jordi detenga su actividad en el nivel Q_e , dado que es el deseable socialmente? PIGOU cree que la manera de lograrlo es haciendo que Jordi internalice el coste total obligándolo a pagar un impuesto que equipare su coste marginal privado con el coste marginal social, o bien haciéndolo responsable por los daños que sufren los vecinos. El monto indemnizatorio o del impuesto debería ser igual a la diferencia entre el coste marginal social y el coste marginal privado. En el gráfico puede apreciarse que cuando la cantidad consumida es Q_c el beneficio marginal de la actividad es mucho menor que el coste marginal social. Si se impusiese un deber de indemnizar por daños equivalente a la diferencia entre el coste marginal social y el coste marginal privado, la cantidad consumida descendería a Q_e . Nótese que la zona P_s - a - Q_e - 0 representa los costes totales de la actividad. Dentro de esa zona pueden distinguirse dos tipos de costes: la zona P_p - b - Q_e - 0 representa los costes en insumos que tiene para el productor realizar la actividad, mientras que la zona P_s - a - b - P_p representa el coste de las indemnizaciones que el productor deberá pagar por daños a terceros.

Detrás de este análisis reposa una intuición económica muy básica que consiste en creer que si se responsabiliza objetivamente por daños a quienes los causan nadie realizará actividades más costosas que beneficiosas socialmente. Si un empresario con su actividad produce daños por 100.000 al año, estando

vigente una regla de responsabilidad objetiva, sólo realizará la actividad cuando le reporte beneficios mayores que esa cantidad, de modo que pueda indemnizar a las víctimas y conservar para sí un excedente.

Este es el análisis tradicional que COASE critica en su artículo. Pretende demostrar que hay dos errores en el razonamiento de PIGOU. En primer lugar, no siempre es necesaria una intervención estatal a fin de corregir una situación *natural*. Como explicaré seguidamente, COASE interpreta que la visión unidireccional de un agente dañador y una víctima es errada. En segundo lugar, demuestra que no siempre es deseable que se imponga una obligación de compensar sobre quienes producen externalidades.

2-La naturaleza recíproca del problema

Lo novedoso del enfoque de COASE está en acercarse al mundo de los daños profundizando la visión agregativa de la sociedad. Pensando en los criterios de eficiencia usualmente empleados por la economía de bienestar uno puede entender que lo relevante es la suma total de excedentes, por lo que las pérdidas de algunos no son decisivas al evaluar un estado social si son superadas por las ganancias obtenidas por otros. Esto implica tener una concepción de la sociedad personificada. Del mismo modo en que un individuo está dispuesto a sufrir un dolor, por ejemplo, aplicándose una inyección a fin de obtener un beneficio mayor consistente en curarse de una enfermedad, cuando se ve a la sociedad en términos agregativos se la considera un cuerpo distinto de la suma de los individuos que la componen, dispuesto a compensar también entre los dolores y los placeres de sus integrantes. Ello es lo que hace posible que un bienestarista proponga medidas que perjudican a algunos en beneficio de otros.

La profundización de esta visión agregativa llevó a COASE a sostener que el problema de los daños es de naturaleza recíproca. Cuando dos actividades son rivales, en el sentido de que no pueden realizarse a la vez, la teoría tradicional intenta establecer una relación causal entre una acción y un resultado dañoso para luego reprimir la acción. Dos actividades rivales podrían ser tocar música a alto volumen y dormir la siesta. Si Josep Lluís desea escuchar música mientras su vecino Jordi duerme por las tardes –suponiendo que las paredes que separan los departamentos son muy delgadas y que Jordi no puede dormir cuando hay ruido– se plantea un problema de incompatibilidad entre ambas actividades. En este contexto, la respuesta usual es identificar a Josep Lluís como causante del daño y a Jordi como la víctima y luego obligar al primero a indemnizar al segundo. Sin embargo, afirma COASE, esto es un error ya que permitir a Jordi dormir la siesta, prohibiendo a Josep Lluís tocar música, es dañar a Josep Lluís. En palabras de COASE: «evitar el daño a B implica causar daño a A. Lo que realmente corresponde resolver es: ¿debe

permitirse que A perjudique a B o debe permitirse que B perjudique a A? El problema es evitar el daño más grave»¹⁰⁴.

Esta pregunta podría indicarnos que la asignación de derechos de propiedad debería realizarse con base en la eficiencia. Debería asignarse el derecho a Josep Lluís o a Jordi teniendo en cuenta cuánto valora cada uno su propia actividad. No es esta una conclusión general a la que llega COASE. La respuesta depende de que los costes de transacción sean positivos o nulos. En éste último caso, no importa quién tiene derecho a qué, siempre que los derechos estén bien definidos y las partes puedan negociar libremente la asignación de recursos será eficiente. Esta idea proliferó en la literatura sobre los derechos de propiedad bajo la denominación de *Teorema de Coase*.

A continuación expondré las dos críticas que COASE realiza al planteo de PIGOU.

2.1-No siempre es necesaria la intervención estatal

Para entender por qué no es necesaria la intervención estatal en todos los casos seguiré, con algunas modificaciones, uno de los ejemplos que COASE trata en su artículo.

Supongamos que hay un agricultor productor de trigo y un ganadero que ocupan campos vecinos. Imaginemos que las vacas del ganadero destruyen parte del trigo del agricultor, es decir, que generan una externalidad negativa. A medida que aumenta el ganado se incrementa el valor de los daños sobre la propiedad vecina. Para analizar este caso utilizaré los valores de la siguiente tabla:

Unidades de ganado	Daño sufrido por el agricultor	Daño Marginal	Beneficio para el ganadero	Beneficio Marginal	Excedente social Total	Excedente social Marginal
1	1	1	5	5	4	4
2	3	2	9	4	6	2
3	6	3	11	2	5	-1
4	10	4	12	1	2	-3

Recordemos que según el *Teorema de Coase*, en ausencia de costes de transacción es irrelevante quién tenga derecho a qué, dado que si las partes pueden negociar libremente el resultado siempre será *el mismo*. Con los valores de la tabla el ganadero tendrá dos vacas en su campo, independientemente de que tenga o no derecho a dañar el trigo de su vecino. Este resultado es efi-

¹⁰⁴ COASE, 1960: 2.

ciente porque maximiza el excedente social. En cambio, incrementar el número de vacas a más de dos lo reduce.

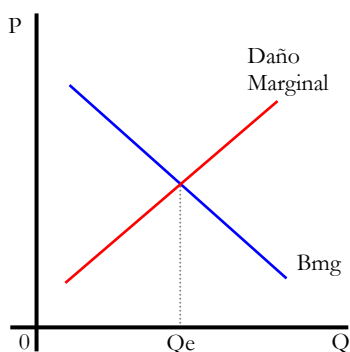
Así las cosas, cuando el agricultor tiene derecho a no ser dañado el ganadero le ofrecerá comprar ese derecho. Obsérvese que introducir la primera vaca reporta un beneficio de 5 para el ganadero y causa un daño de 1 al agricultor. Las partes podrán alcanzar un acuerdo que incluya un precio mayor que 1 y menor que 5 por el derecho a dañar el trigo. El precio que finalmente se establezca dependerá de la habilidad negociadora de las partes, pero en todo caso podemos estar seguros de que siendo nulos los costes de transacción habrá un acuerdo por la primera vaca. Lo mismo ocurre con la segunda. Agregar una nueva vaca supone un beneficio adicional de 4 para el ganadero y un daño adicional de 2 para el agricultor. También aquí podrán alcanzar un acuerdo en el que se repartan el excedente de 2 entre ambas partes. Incorporar la tercera vaca, sin embargo, ya no es eficiente porque genera un beneficio marginal de 2 y un daño marginal de 3. El beneficio extra que obtiene el ganadero por incluir una tercera vaca es insuficiente para compensar los daños que esta ocasiona. No hay una cifra que pueda ofrecerle al agricultor para poder tener esta tercera vaca. Coincidentemente, el resultado es deseable a nivel social. Si tanto las vacas como el trigo perteneciesen al mismo productor, él no tendría más de dos vacas en el campo.

A la inversa, cuando es el ganadero quién tiene derecho a que sus vacas dañen el trigo, uno podría pensar que su actitud inicial será llevar la producción a cuatro unidades. La última unidad adicionada le dará un beneficio de 1, aunque generará un daño de 4. No obstante, este daño no será tenido en cuenta por el ganadero. Pero en ausencia de costes de transacción, el agricultor estará dispuesto a pagarle al ganadero una suma de 4 para que reduzca las vacas a tres, una suma de 7 para que las reduzca a dos, una suma de 9 para que las reduzca a uno y una suma de 10 para que cese en su actividad; dado que el beneficio marginal de la segunda vaca es mayor que el daño marginal que produce, la negociación se cerrará allí. No podrá el agricultor pagar los 4 que exigirá el ganadero para reducir su ganado de dos a una vaca. En conclusión, también cuando es el ganadero quien tiene el derecho a dañar la cantidad de vacas será dos. Esta, reitero, es la cantidad eficiente.

Resumiendo, en ausencia de costes de transacción es indiferente a quién se otorgue el derecho, ya que el resultado siempre será eficiente. Lo único que importa es que los derechos de ambas partes estén bien definidos para que pueda haber negociación entre ellas. Quién tenga el derecho no es indiferente, por supuesto, en materia distributiva. La asignación del derecho al ganadero hará inmediatamente más pobre al agricultor. Por el contrario, la asignación del derecho al agricultor hará más pobre al ganadero. Ello es así porque, si bien los acuerdos privados a los que lleguen las partes una vez

establecidos los derechos de propiedad no afectarán la asignación de recursos, sí afectarán la distribución de ingresos y riquezas entre ambos¹⁰⁵.

De esta manera, COASE demuestra que PIGOU se equivoca al suponer que siempre es necesaria la intervención estatal a fin de corregir las situaciones dañosas. Es cierto que la intervención estatal es inevitable para establecer los derechos de propiedad, pero no para hacer que un agente dañador compense a una víctima, ya que sólo se es agente dañador o víctima una vez definidos los derechos. La naturaleza recíproca del problema es un nuevo enfoque según el cual la intervención es innecesaria una vez establecidos los derechos de propiedad, siempre que los costes de transacción no sean prohibitivos. Las transacciones voluntarias de las partes conducirán a una asignación eficiente de los recursos. Gráficamente:



En ausencia de costes de transacción y con derechos de propiedad bien definidos, el número de vacas siempre será Q_e , sin importar si es el ganadero o el agricultor quien tiene el derecho. Si es el ganadero, luego de ese nivel de vacas al agricultor le será conveniente ofrecer dinero al ganadero para que se abstenga de agregar otra unidad. Si es el agricultor quien tiene derecho, el ganadero se ofrecerá a compensarlo por daños también hasta la cantidad Q_e , más allá de la cual sus beneficios no son suficientes para pagar por los daños que ocasiona.

La cuestión cambia radicalmente cuando los costes de transacción imposibilitan la negociación entre las partes. En contextos como este, si el ganadero fuese el titular del derecho a dañar tendría cuatro vacas y el resultado sería ineficiente. En cambio, si fuese el agricultor quien tiene derecho a no ser dañado habría dos vacas, ya que el ganadero estaría gustoso de indemnizar los daños ocasionados. No podría tener más de dos vacas, porque los beneficios obtenidos no serían suficientes para compensar los daños generados. Esto prueba que cuando hay costes de transacción es relevante a quién se le otorga el derecho. En este caso particular debería otorgarse el derecho al agricultor para que la obligación de compensar a cargo del ganadero limitase a dos el número de vacas.

De lo dicho hasta aquí pueden extraerse dos conclusiones: a) que el sistema jurídico debe diseñarse de modo que se faciliten los acuerdos privados; y b) que el sistema jurídico debe diseñarse de modo que se minimice el daño cau-

¹⁰⁵ COASE, 1960: 5.

sado por la imposibilidad de celebrar acuerdos privados, por ejemplo, asignando el derecho de propiedad a quien más lo valora¹⁰⁶.

2.2-No siempre es necesario obligar a compensar

A diferencia de lo sostenido por PIGOU, para COASE la situación en la cual hay daños no compensados no es necesariamente indeseable en términos económicos. El argumento de PIGOU se basa en que si se impone la obligación de compensar los agentes sólo realizarán actividades que sean beneficiosas a nivel agregado, esto es, actividades que pagan sus costes. COASE demuestra con un ejemplo que el hecho de que la obligación de compensar sea o no eficiente depende de las condiciones particulares del caso.

El ejemplo analizado por COASE es el del ferrocarril que al pasar por los campos sembrados destruye con sus chispas parte de la cosecha¹⁰⁷. Siendo numerosos los propietarios de las tierras afectadas, el coste de celebrar acuerdos individuales entre la empresa y cada uno de ellos es prohibitivo. Según la recomendación tradicional, si el ferrocarril es obligado a compensar sólo realizará su actividad cuando sea eficiente. Lo que PIGOU no advierte es que la eficiencia de que pase el ferrocarril no depende exclusivamente de que pueda pagar los daños que ocasiona a terceros. Imaginemos que el ferrocarril es valorado en 100 por la sociedad. En estas circunstancias sólo debería prestar el servicio cuando los costes de operar los trenes sumados a los daños que provocan en las cosechas sean inferiores a 100. El modo de garantizarlo que se mantenga esta relación es imponiendo un deber de compensar los daños. Esto es un error, considera COASE. Supongamos que el valor de las cosechas dañadas es de 80 y que el coste de operar el ferrocarril es de 50. Si fuese responsable el ferrocarril no operaría, ya que su excedente sería: 100 (el valor del servicio) menos 50 (el coste de operar los trenes) menos 80 (el coste de las indemnizaciones), es decir, perdería 30.

¿Significa esto que es ineficiente que el ferrocarril preste el servicio? No necesariamente. Contemplemos el caso contrario y veamos qué ocurre si el ferrocarril no es responsabilizado por los daños. En este supuesto los propietarios de los campos afectados pueden hacer varias cosas. Pueden dejar de sembrar la zona afectada o intentar instalar algún dispositivo contra las chispas en caso de que esta tecnología esté disponible. Si dejan de sembrar la zona afectada se liberarán recursos que pueden ser aplicados en otra actividad alternativa. Esta actividad será la segunda mejor para el agricultor, dado que si hubiese una actividad que le reportase más de 80 ya habría optado por ella. Entonces, supongamos que la nueva actividad le significa un beneficio de 70. Así, el excedente es: 100 (valor del servicio de trenes), menos 50 (coste

¹⁰⁶ Sobre esto puede consultarse COOTER, 1982: 18-19.

¹⁰⁷ He modificado levemente el ejemplo de COASE, 1960: 32.

de operar los trenes), menos 80 (la pérdida por dejar se sembrar una parte del terreno), más 70 (lo que obtiene el agricultor en su nueva actividad), en total un excedente positivo de 40. Pero también podrá el agricultor instalar dispositivos para las chispas. Si el coste de esta medida precautoria es de 20, y es 100% eficaz en tanto reduce a cero la probabilidad de daño, entonces el excedente es: 100 (valor del servicio de trenes), menos 50 (coste de operar los trenes), menos 20 (coste de las medidas precautorias); en total 30.

Por supuesto, si se cambian los valores el resultado también cambiaría. Pero tal como está planteado el ejemplo, los empresarios no deberían ser responsabilizados por los daños que causan las chispas. Sin esta regla de responsabilidad, los agricultores dejarán de sembrar la zona afectada y destinarán sus recursos a la segunda mejor actividad que tienen disponible. Ello es así porque al cambiar de actividad pierden 10 y al instalar los dispositivos contra las chispas asumen un coste de 20.

En definitiva, la enseñanza de COASE es que debemos olvidarnos de una visión unidireccional en la que hay un agente dañador y una víctima. Esto no funciona para el análisis económico ya que la concepción del mundo es agregativa, y tomarse en serio esto implica concebir el problema de los daños como de naturaleza recíproca. Ello nos conmina a considerar todas las posibilidades de ajuste a fin de lograr un resultado eficiente. Algo de sentido tiene todo esto. Si el ferrocarril llevase pasando 10 años y de pronto los agricultores tuviesen la idea de sembrar junto a las vías ¿seguiríamos sosteniendo nuestra intuición de que el daño debe ser reparado? En este caso se confunden muchas cosas y no es mi intención analizarlo ahora. Lo único que deseo señalar es que presentado así el asunto nos inclinamos a pensar que tal vez los agricultores podrían hacer algo para no ser dañados. Nos cuestionamos que sea el tren el agente dañador, pese a ser quien emite las chispas, y que el agricultor sea la víctima. La concepción agregativa nos ilumina respecto del hecho de que son todos los involucrados los que pueden tomar medidas a fin de evitar las consecuencias más graves de las actividades incompatibles. Antes de optar por una regla de responsabilidad, o por su contraria, deberían considerarse los efectos sobre todas las variables ajustables.

3-El «mundo Coaseano» y el legado de COASE

El *Teorema de Coase* ha generado infinidad de estudios críticos¹⁰⁸ entre los cuales muchas veces se habla del mundo coaseano para referirse a un mundo sin costes de transacción. El propio COASE ha reaccionado contestando que este mundo es el de la teoría económica moderna, no el suyo, y que con su

¹⁰⁸ Para una revisión de todas las críticas al *Teorema* y las respuestas que se han dado en su defensa puede consultarse MEDEMA y ZERBE, 2000.

obra pretendía persuadir a los economistas de que lo abandonasen¹⁰⁹. De hecho, es evidente que el propósito de COASE es llamar la atención sobre la existencia de estos costes antes que resaltar las virtudes del mercado. En otro trabajo también clásico, *La naturaleza de la empresa*¹¹⁰, intenta descubrir por qué existen las compañías y la conclusión a la que llega es que surgen necesariamente por la existencia de costes de transacción. Operar en el mercado no es gratis, razón por la cual los agentes racionales tenderán a evitarlo cada vez que puedan, incorporando en el seno de la empresa algunas etapas productivas. A medida que crece la empresa los costes de búsqueda y de negociación se reducirán, pero aumentarán notablemente los costes de control u organización interna. De esta forma se determinará el tamaño óptimo de la compañía: cuando incorporar una nueva etapa productiva sea más costoso que contratarla en el mercado, ella dejará de crecer¹¹¹.

En *The Problem of Social Cost* el enfoque parece ser distinto, ya que el *Teorema* enfatiza que en ausencia de costes de transacción el resultado será eficiente si las partes pueden negociar libremente y los derechos de propiedad están bien definidos. No obstante, no hay nada en este artículo que nos indique que a COASE dejaron de preocuparle los costes de operar en el mercado. Al contrario, las conclusiones más interesantes que pueden obtenerse para entender el funcionamiento de ciertas instituciones, como el sistema de responsabilidad civil, tienen que ver con el hecho de que la existencia de costes de transacción impedirá muchas veces que se alcance un resultado eficiente. Extremando aun más la desconfianza sobre la posibilidad de un mundo libre de costes de transacción se ha dicho que esta condición tiene un límite. ¿Cómo es un mundo sin costes de transacción? Si estos costes están totalmente ausentes, lo que implica que los agentes disponen de información perfecta, ¿debemos asumir, por ejemplo, que el pescador sabe cuántos peces habrá en el mar el día en que sale a trabajar y cuántos podrá atrapar?¹¹² El mundo coaseano, irónicamente, no es el mundo de COASE sino el de los economistas que él se propone atacar¹¹³.

¹⁰⁹ COASE, 1990: 178.

¹¹⁰ COASE, 1937.

¹¹¹ Una fábrica de automóviles podría montarse con un escritorio, un teléfono y una computadora. Podrían encargarse a otras empresas la fabricación de cada una de las piezas necesarias y el ensamble final de todas ellas, pero los costes de negociar todos los contratos necesarios para hacerlo son prohibitivos. Entonces los fabricantes de automóviles suelen incorporar muchas etapas productivas, pero no todas. Así, quien fabrica el motor difícilmente fabrique a la vez los asientos o el reloj digital que se inserta en el tablero. Esta estructura de producción se debe a un balance entre los costes de operar en el mercado y los de organizarse internamente. El tamaño de la empresa será el que minimiza la suma de ambos tipos de costes.

¹¹² HSIUNG, 1999: 160.

¹¹³ ELLICKSON, 1989: 611-630.

Es claro que más allá de haber demostrado que no es necesario imponer sobre alguien la obligación de compensar todos los daños que se producen, y que ni siquiera está justificada en todos los casos la intervención estatal, por ejemplo, a través del sistema impositivo, el verdadero legado de COASE está en haber señalado un camino para el diseño y evaluación de las instituciones sociales basado en la existencia de costes de transacción. En realidad el problema de fondo es de coordinación. Si esta es costosa, los mercados no funcionan correctamente, pero tampoco la intervención estatal puede solucionar el problema. Si la coordinación no tiene costes, los mercados funcionan a la perfección, pero también lo hace la intervención estatal¹¹⁴. Esto prueba que lo realmente interesante para el economista es el estudio de los costes de transacción, que no son siempre prohibitivos. A veces existen pero son bajos, por lo que el *Teorema* mantiene su fuerza predictiva. En conclusión, habrá seguramente una combinación entre transacciones voluntarias e intervenciones estatales que será óptima desde el punto de vista de la eficiencia. El economista, preocupado por ella, debería hallar esa combinación al diseñar las instituciones sociales.

4-La relevancia del *Teorema de COASE* para la responsabilidad extracontractual

La economía clásica entiende que el mercado es la mejor herramienta para alcanzar una asignación eficiente de los recursos cuando los costes de transacción son bajos. Por ello, se afirma que el derecho de los contratos, por ejemplo, tiene por función lograr que los bienes graviten hacia su uso más valioso. Todo intercambio voluntario que se da en este contexto maximiza la riqueza social, en tanto que el resultado final de las transacciones es que los bienes quedan en manos que más los valoran.

Las actividades dañosas, por su parte, pueden tener lugar en ambos contextos. Es decir, pueden ocurrir cuando los costes de transacción son prohibitivos o bien cuando son nulos. En este último caso, la cuestión se resolverá como cualquier otro contrato. Si un individuo decide realizar obras de pintura en el exterior de su casa que necesariamente producirán un perjuicio a su vecino, supongamos estropeándole el jardín, siempre podrá negociar *ex-ante* una indemnización por las molestias ocasionadas. El vecino no consentirá las obras a menos que reciba el dinero suficiente para poder mantener su jardín en las mismas condiciones que antes de la obra. Pero supongamos que la relación personal entre los vecinos es pésima. Imaginemos que el dueño del jardín envidia profundamente la casa de su vecino. Así las cosas, la negociación entre ambos será más compleja o imposible. ¿Cómo se logra, entonces, una asignación eficiente de los recursos?

¹¹⁴MEDEMA y ZERBE, 2000: 877.

Por otra parte, pensemos el caso usual en el que los costes de transacción son elevados por problemas de información. Si cada conductor supiese a quién va a dañar, en qué momento y cuál será la gravedad del daño, y las víctimas también contasen con esa información, un contrato entre todos los involucrados sería la forma perfecta de corregir esas externalidades. La situación sería idéntica a la de los vecinos y el jardín dañado. Por supuesto, ni los conductores, ni las potenciales víctimas, cuentan generalmente con esta información. Entre conductores y peatones los costes de transacción son prohibitivos y la única manera de lograr una asignación eficiente de los recursos es mediante transferencias forzadas de derechos, reguladas por las reglas de la responsabilidad civil. ¿Cómo regula el derecho las transferencias forzadas?

Los derechos, según una vieja clasificación introducida por CALABRESI y MELAMED, pueden ser protegidos por distintos tipos de reglas. Un derecho está protegido por una regla de propiedad cuando se requiere a quien desee adquirirlo que lo haga de su actual propietario por medio de una transacción voluntaria. El precio del derecho se acuerda libremente entre ambas partes. Las reglas de propiedad implican un juicio sobre a quién debe otorgarse el derecho pero no sobre su valor. En cambio, un derecho está protegido por una regla de responsabilidad cuando puede ser destruido siempre que se esté dispuesto a pagar un valor objetivo determinado colectivamente. Ese valor puede ser el que hubiese solicitado el titular del derecho para desprenderse de él, pero su reclamo basado en el hecho de que hubiese exigido una suma más alta será irrelevante a los fines de modificar el valor fijado colectivamente¹¹⁵.

El paradigma del mercado exigiría proteger todos los derechos con reglas de propiedad. Pero esto parece excesivo. Considérense los efectos de conceder a las potenciales víctimas un derecho, protegido por una regla de propiedad, a no ser dañadas accidentalmente. Todos los potenciales agentes dañadores deberían negociar con las potenciales víctimas el monto indemnizatorio antes de realizar la actividad¹¹⁶. Deberían negociar, entre muchas otras cosas, el valor de los brazos y las piernas o de la vida misma. Como es de esperar, los costes de llevar adelante estas negociaciones son prohibitivos, por lo que muchas actividades socialmente valiosas, como conducir, dejarían de realizarse. El paradigma del mercado no funciona en este escenario y debe ser abandonado.

Por esta razón, el derecho de daños no protege a las víctimas con reglas de propiedad sino de responsabilidad. Esto permite a los potenciales agentes dañadores realizar la actividad, siempre que estén dispuestos a asumir el coste de compensar a las víctimas. Como el mercado falla cuando los costes

¹¹⁵ CALABRESI y MELAMED, 1972: 1092.

¹¹⁶ CALABRESI Y MELAMED, 1972: en p. 1108.

de transacción son suficientemente altos, según el *Teorema de Coase* no se producirán tantas transferencias voluntarias como sean necesarias para que la asignación de recursos sea eficiente. Entonces, se protege sólo con una regla de responsabilidad a aquél que suponemos realiza la actividad menos valiosa, para que el que realiza la más valiosa tome el derecho ajeno tanto como sea eficiente. Habrá así tantas transferencias involuntarias como sea necesario para conseguir una asignación de recursos óptima.

Nótese que la contrapartida de un derecho protegido por una regla de responsabilidad es un derecho protegido por una regla de propiedad. Cuando se trata del derecho a conducir y del derecho a no ser atropellado, el peatón está protegido por una regla de responsabilidad, porque el conductor puede desarrollar la actividad dañadora siempre y cuando esté dispuesto a pagar el coste del accidente. En cambio, el conductor está protegido por una regla de propiedad, en tanto para privarlo de su derecho de conducir el peatón debe pagar un precio de antemano a fin de lograr su consentimiento. Dado que se trata de un contexto de altos costes de transacción, ello no ocurrirá. De ahí que sea eficiente en estas circunstancias proteger a aquel que realiza la actividad *prima facie* más valiosa con una regla de propiedad y al que realiza la menos valiosa con una regla de responsabilidad.

Una pregunta que corresponde formularnos es la siguiente: ¿por qué se exige compensar a la víctima? Podría pensarse que el hecho de que las reglas de responsabilidad exijan a quien se apropia del derecho ajeno que compense es una reminiscencia del pensamiento pigouviano, y esto es un error. Las razones por las que se exige compensación son varias y tienen que ver con los incentivos que reciben tanto el agente dañador como la víctima. Me ocuparé primero de los que recibe el agente dañador.

Al analizar el caso de los ferrocarriles supusimos que el daño era fijo, es decir, que el hecho de que pasase un ferrocarril quemaba la cosecha y, una vez quemada, aunque pasasen más ferrocarriles no se producirían daños adicionales. Pero pensemos en el caso de los automovilistas. Aun cuando lleguemos a la conclusión de que conducir es una actividad económicamente valiosa, seguramente habrá un punto a partir del cual dejará de ser beneficiosa. Por ejemplo, conducir de una ciudad a otra es muy valioso, conducir dentro de la ciudad puede seguir siendo valioso, conducir por el centro de la ciudad puede tener algún valor, pero conducir por el microcentro de la ciudad puede que ya no tenga valor alguno en comparación con el coste de los accidentes que se producen. En este caso, es necesario brindar incentivos a los conductores para que detengan su nivel de actividad en algún momento. La única manera de lograr esto es al estilo pigouviano, imponiéndoles un deber de indemnizar. La crítica de COASE a PIGOU sigue siendo correcta, lo que ocurre es que se basaba en la existencia de actividades alternativas por las que la *víctima* podía optar. En el caso de los automovilistas que circulan por el

microcentro no hay otra segunda actividad disponible para los peatones, por ello, en éste caso sí es necesario a los fines de lograr un comportamiento eficiente que el agente dañador internalice los costes de su actividad.

Por parte de la víctima hay dos motivos por los cuales debe recibir compensación por los daños que sufre. En primer lugar, debe brindarse un incentivo para que demande por daños. Esto resulta esencial para mantener un sistema de responsabilidad civil efectivo a nivel disuasorio. Además, es importante que la víctima sea compensada para evitar que adopte medidas precautorias excesivas. Si no existiese compensación habría una tendencia de las potenciales víctimas a invertir demasiados recursos en autoprotección¹¹⁷.

En conclusión, el *Teorema de Coase* explica perfectamente las funciones económicas de los sistemas de reparación de daños. El fundamento de las reglas de responsabilidad civil es facilitar tantas transferencias no voluntarias de derechos como sean necesarias para lograr una asignación de recursos óptima. Cuando esta asignación es eficiente se habrá logrado el objetivo de minimizar el coste de los accidentes. En el próximo punto explicaré en detalle qué significa esto.

¹¹⁷ POSNER, 1998: 209.

IV-LOS OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Hay al menos dos maneras de concebir el derecho de daños. Un modo bastante difundido entre los juristas es el instrumentalista o consecuencialista. Esta aproximación consiste en evaluar la responsabilidad extracontractual a la luz de uno o más objetivos sociales. Estos objetivos pueden ser de diversa índole. Pueden consistir en la obtención de un resultado económico óptimo o en la implementación de algún principio moral. Lo característico de este enfoque es que estos objetivos deben moldear la institución. La responsabilidad extracontractual debe servir a la consecución de ciertos fines establecidos políticamente y, por lo tanto, sólo está justificada en la medida en que logre satisfacerlos. Para algunos, además, los objetivos nos permiten entender (no sólo elaborar propuestas para reformar) la racionalidad subyacente de la responsabilidad extracontractual.

Otro modo de concebir el derecho de daños tiene que ver directamente con su estructura. Un sistema de reparación de daños sólo puede ser comprendido apelando a las relaciones que establece entre los individuos. El vínculo que une al agente dañador con la víctima, que puede observarse estudiando el sistema jurídico, expresa de modo inmanente un orden moral inteligible. Así, tradicionalmente se ha visto al derecho de daños como una práctica que implementa la justicia correctiva. No obstante, debe advertirse que algunos instrumentalistas se refieren a este principio como un objetivo más del sistema, que puede entrar en conflicto con otras metas¹¹⁸. Pese a ello, debe quedar claro que no es esta la postura de quienes adoptan una visión formalista de la práctica.

La discusión respecto de cuál de estos enfoques es el apropiado para entender el derecho de daños la postergaré hasta la Tercera Parte. Aquí sólo pretendo explicar cuáles son los objetivos que los partidarios del AED —que obviamente es una teoría instrumentalista— han identificado como centrales para todo sistema de reparación de daños. Seguiré fundamentalmente la obra de CALABRESI, por ser en este aspecto el exponente más representativo de esta escuela.

1-La minimización del coste de los accidentes

En 1970, Guido CALABRESI publicó *The Costs of Accidents*, probablemente el mejor trabajo escrito sobre los objetivos económicos del derecho de daños. Pueden compartirse o rechazarse sus puntos de partida, pero lo que resulta indiscutible es la consistencia metodológica de su obra. Con un enfoque

¹¹⁸ Véase, por ejemplo, ABRAHAM, 2002: 14-20; DEWEES, DUFF y TREBILCOCK, 1996: 5-14.

sumamente novedoso para su época, CALABRESI renovó la teoría de la responsabilidad extracontractual. En lugar de preguntarse si Jordi debe compensar a Josep Lluís el daño que le causó, él se formula una pregunta muy diferente: ¿qué debemos hacer, como sociedad, con los accidentes?¹¹⁹ Entonces, que Jordi deba compensar a Josep Lluís dependerá de los objetivos que persiga el sistema de responsabilidad civil, en el marco de la justicia.

A partir de esta idea, luego de identificar los que él considera *objetivos del derecho de daños*, analiza cómo responden los distintos sistemas a su satisfacción, es decir, en qué medida cada diseño institucional alternativo es capaz de alcanzar las diversas metas. Enfatiza la importancia de advertir que las herramientas que la sociedad tiene disponibles para la consecución de estos objetivos son en algunos casos eficaces para ciertos fines y contraproducentes para otros. Esta limitación técnica es muchas veces pasada por alto por los juristas, aún hoy, a 40 años de la aparición de esta obra¹²⁰. CALABRESI no sólo estudia qué sistema es mejor para cumplir con cada objetivo, sino también qué sistema funciona mejor ante una combinación de objetivos. Ello nos dará la pista de qué esquema emplear cuando en un determinado ámbito del derecho una meta tiene un peso relativo mayor que las otras¹²¹.

Se pregunta CALABRESI cuáles son los objetivos principales de cualquier sistema de responsabilidad civil. En primer lugar, debe ser justo; en segundo, debe minimizar el coste de los accidentes. Pese a estar expuesta de este modo, como expliqué en el punto II.6.2, la justicia no es un objetivo del sistema sino que funciona como un veto al tipo de decisiones o políticas que pueden adoptarse para conseguir la reducción de costes. La justicia nunca recibe el mismo tratamiento que un objetivo, es más bien una restricción. El otro objetivo, la reducción del coste de los accidentes, está dividido en tres subobjetivos:

- a) *Reducción de los costes primarios*: estos costes están dados principalmente por la cantidad y la gravedad de los accidentes. En rigor, resultan de la sumatoria del valor de cada uno de los accidentes que hayan acaecido y del coste de las medidas precautorias que se hayan adoptado a fin de reducir la probabilidad de su ocurrencia. Las herramientas para lograr este subobjetivo son dos. Por una parte, puede emplearse la *disuasión general* o *método de mercado*. Este consiste en encarecer la actividad para los agentes dañadores, incluyendo dentro de sus costes privados el coste de la compensación. Por otra parte, la socie-

¹¹⁹ COLEMAN, 2005: 340.

¹²⁰ Véase PRIEST, 1988: 646. El autor considera que las propuestas de reforma que apuntan a lograr una multiplicidad de metas, sin tener en cuenta cómo pueden lograrse todas a la vez, son perjudiciales para los intereses del consumidor y los intereses sociales en general.

¹²¹ CALABRESI, 1970: 15.

dad puede decidir directamente prohibir o restringir una actividad. Cuando lo hace, emplea lo que CALABRESI llama *disuasión específica o método colectivo*.

- b) *Reducción de los costes secundarios o sociales*¹²²: en este punto, CALABRESI se presenta como un moderado dentro del AED, ya que explicita su preocupación por el hecho de que sean unos pocos individuos quienes cargan con el coste del accidente o que lo terminen asumiendo aquellos que están en peores condiciones de hacerlo; esto es, quienes menos recursos tienen. La forma de reducir los costes secundarios son la *dispersión*, que se logra haciendo que el coste del accidente recaiga sobre la mayor cantidad de gente posible, y la *distribución* (o método de *bolsillos profundos*), que ordena que asuma el coste quien tiene mayor poder adquisitivo.
- c) *Reducción de los costes terciarios o administrativos*: implementar un sistema de responsabilidad por daños tiene costes. Muchas veces los costes de administración son ignorados, pero resultan fundamentales a la hora de evaluar la eficiencia del sistema. Supongamos que estamos comparando dos reglas de responsabilidad por su capacidad de reducir los costes primarios. Hasta no incluir en el análisis el coste administrativo de implementar cada una de las reglas no podremos pronunciarnos sobre cuál es más eficiente¹²³. Imaginemos además que contamos con reglas de responsabilidad ideales para reducir los costes primarios, pero que los costes judiciales o de litigio son extremadamente altos. En este caso, muy probablemente ni siquiera podrá lograrse el objetivo de reducción de costes primarios, ya que las demandas se verán desincentivadas por los costes de demandar y, como consecuencia, los agentes tampoco tendrán incentivos para tomar medidas precautorias. En definitiva, el sistema será ineficiente a raíz de los costes terciarios. Conceptualmente esta categoría de costes es en el análisis macro tan importante como las dos anteriores, porque nos indica si la inversión para reducir los costes primarios y secundarios es mayor o menor que el beneficio que se obtiene de la reducción en sí¹²⁴.

Los tres subobjetivos son en alguna medida inconsistentes. No es posible lograr la reducción de una categoría de costes más allá de un punto sin in-

¹²² Nótese que cuando CALABRESI habla de costes sociales no se refiere a lo mismo que PIGOU. En el análisis de PIGOU (III.1) el coste social era simplemente el coste total de una actividad, incluyendo las externalidades negativas que sufrían los terceros.

¹²³ Pensemos en una sociedad en la cual la regla de responsabilidad R1 reduce los costes primarios a 1.000, mientras que la regla R2 a 1.200. Si implementar R1 tiene un coste en litigios de 500 y R2 de 200, la segunda es la más eficiente, pese a que con la primera la cantidad o la gravedad de los accidentes es menor.

¹²⁴ CALABRESI, 1970: 24-27.

crementar a la vez otra categoría. Por ejemplo, si se persigue disminuir al máximo los costes primarios, haciendo responsables a quienes los causan, necesariamente se incrementarán los costes secundarios, dado que no habrá ninguna manera de asegurarnos de que la mayor cantidad de personas posible carguen con los costes de los accidentes, ni de que vayan a absorberlos quienes están en mejores condiciones de hacerlo. Inversamente, el mejor método para reducir los costes secundarios, un mundo de total dispersión a través de un seguro estatal general, es el mejor método para incrementar los costes primarios. Esto es así porque, si nadie debe responder con su propio patrimonio por los daños que causa, las actividades dañosas multiplicarán su frecuencia. Este fenómeno es lo que en la literatura económica se denomina riesgo moral (*moral hazard*), y será explicado en el punto IV.4.3.

Entonces, el *desiderátum* es hallar la mejor combinación de costes primarios, secundarios y terciarios. Esta es la que minimiza el coste total de los accidentes.

2-Tres mitos que deben abandonarse

Antes de analizar el enfoque económico de los objetivos del derecho de daños, CALABRESI se encarga de argumentar en contra de tres mitos que entorpecen el desarrollo de sus ideas¹²⁵. En primer lugar, existe en general la creencia de que las sociedades deben hacer todo lo posible para salvar vidas. La vida humana no tiene valor económico, por lo tanto, debe ser preservada más allá de las consideraciones de eficiencia. Contrariamente, CALABRESI sostiene que las sociedades no están comprometidas con preservar la vida humana a cualquier coste. En segundo lugar, la visión relacional del derecho de daños, que implica concebir a la responsabilidad civil como mediando una particular relación entre quien causó el daño y la víctima, es injustificada. Por último, a menudo quienes tienen simpatía por el AED piensan que la economía brinda todas las respuestas. Esto también es un error. Las sociedades toman decisiones que traspasan las meras consideraciones económicas y se apoyan también en la moralidad.

2.1-La prevención de daños a cualquier coste

Nuestras sociedades no están comprometidas, como usualmente se cree, con la preservación de la vida a cualquier coste. De hecho, realizamos obras públicas, como la construcción de puentes y túneles, sabiendo que se producirá una determinada cantidad de muertes en el proceso. Puede que pensemos que la reducción del número de víctimas fatales de accidentes automovilísticos justifica la construcción del túnel. Lo que está claro es que no deja-

¹²⁵ CALABRESI, 1970: capítulo 2.

mos de realizar estas obras para prevenir las muertes que estadísticamente sabemos que ocurrirán. Tampoco utilizamos los productos más seguros que la tecnología pone en nuestras manos, sino que nos conformamos con un nivel *razonable* de seguridad, porque a partir de cierto punto esta es demasiado costosa.

No obstante, al tomar estas decisiones, al realizar un balance entre vidas y dinero, o entre vidas que se pierden y vidas que se salvan, el criterio económico no es el único empleado. Cuando las decisiones se toman colectivamente, también entran a jugar los argumentos morales.

2.2-La visión relacional del derecho de daños

CALABRESI advierte que la visión relacional del derecho de daños —que implica vincular muy especialmente al agente dañador con la víctima del accidente— no es más que un gran mito que debe ser abandonado por los juristas. Sostiene expresamente que no hay una relación necesaria entre el criterio para asignar compensación y el criterio para asignar los costes de la compensación. Más adelante continúa la idea al afirmar que «no existe virtualmente límite alguno a la manera en la que podemos asignar o distribuir el coste de los accidentes»¹²⁶. Esto implica disociar al agente dañador de la víctima, algo que desde el análisis tradicional podría parecernos contraintuitivo, pero que es perfectamente coherente con los objetivos que él identifica en su obra. Además, responde a la misma lógica apuntada por COASE acerca de la naturaleza recíproca del problema (III.2). Ello no obsta a que, en muchas ocasiones para cumplir con el objetivo general, la responsabilidad extracontractual vincule a ambas partes. De hecho, para reducir la cantidad de accidentes se responsabiliza al causante, aunque para el análisis económico esta vinculación es instrumental y no idiosincrásica del derecho de daños¹²⁷. Es instrumental en tanto sirve a cumplir con uno de los objetivos: la reducción de los costes primarios.

¹²⁶ CALABRESI, 1970: 23. Asimismo, en página 22 afirma que es un mito que debamos elegir al agente dañador o a la víctima para hacer recaer el coste del accidente. Hay muchas alternativas. Puede hacerse cargar con el coste a: I) las víctimas en particular; II) los agentes dañadores en particular; III) las categorías de personas que es probable que sean víctimas; IV) las categorías de personas que es probable que sean dañadores; V) aquellos que violan códigos morales (culpa); VI) la categoría de personas que es más probable que violen el código moral; VII) los grupos industriales según un criterio (como la riqueza) que no esté relacionado con la producción del accidente; VIII) una combinación de los anteriores métodos.

¹²⁷ COLEMAN, 1992: 203 y 319.

2.3-La economía brinda todas las respuestas

La decisión de sacrificar vidas a cambio de dinero a veces se toma políticamente, sin considerar el valor de las vidas perdidas y del dinero obtenido, y otras veces se toma a través del mercado sopesando estos dos valores. La economía no puede decirnos hasta dónde debemos a llegar para salvar vidas o reducir la cantidad de accidentes. Por ello, en estos casos, el *método de mercado* nunca es el único empleado.

Los casos dramáticos, por lo general, pueden resolverse políticamente. Por ejemplo, prohibimos la venta irrestricta de pirotecnia más allá de la capacidad de los productores de pagar las indemnizaciones por los daños que sufran los consumidores. El hecho de que la pirotecnia sea una actividad que paga sus costes es irrelevante a los fines de su prohibición. Políticamente decidimos con criterios que no son puramente económicos.

Habiendo realizado estas precisiones pasaré al análisis de los subobjetivos en particular.

3-La reducción de los costes primarios

Los costes primarios están constituidos por la agregación del coste de cada accidente sumada al coste total de las medidas precautorias adoptadas para evitar o reducir la probabilidad de que se generen daños¹²⁸. Las dos maneras de reducir los costes primarios son la *disuasión general (método de mercado)* y la *disuasión específica (método colectivo)*.

3.1-La disuasión general

3.1.1-¿Cómo funciona?

La *disuasión general* o el *método de mercado* consiste en incorporar el coste del accidente al coste de realizar la actividad. Las externalidades negativas que una determinada actividad genera a terceros son incorporadas al coste marginal privado del agente. Como se explicó en el punto III.1, de esa manera se logra que el nivel de actividad sea eficiente, ya que nadie obrará causando más perjuicios que beneficios sociales. CALABRESI también denomina a esta herramienta *método de mercado*, pero esto no debe entenderse literalmente. La idea básica es confiar en las decisiones de los individuos para lograr el resultado óptimo. No obstante, en el punto III.4 vimos que en el derecho de

¹²⁸ Así, en una sociedad en la que Juan ha sufrido un daño de 1.000, Lucas un daño de 2.000, Mateo un daño de 500 y Marcos ha invertido 50 en medidas precautorias para evitar ser dañado, los costes primarios ascienden a 3.550.

daños no existe un mercado entre víctimas y agentes dañadores, porque justamente la existencia del derecho de daños está justificada por los altos costes de transacción. El valor del daño, entonces, no es negociado por ambas partes, sino que es compulsivamente fijado por el Estado. Las reglas de responsabilidad posibilitan que tengan lugar tantas transferencias involuntarias como sea necesario para lograr una asignación de recursos eficiente. Suponiendo que la fijación colectiva del valor del daño sea más o menos aproximada al valor real, el fundamento de este método se encuentra en la economía de bienestar. CALABRESI reproduce esta vieja idea de que nadie mejor que el propio individuo sabe lo que le conviene. Advierte, sin embargo, que si el sistema fracasa al incorporar el coste del accidente al coste de la actividad, en teoría, los individuos se involucrarán en mayor medida en actividades dañosas de lo que es eficiente. Por lo tanto, la asignación de recursos estará lejos de ser óptima¹²⁹.

Dejando de lado estos problemas, veamos cómo opera la *disuasión general*. Cuando se implementa este método cabe esperar dos tipos de reacciones por parte de los individuos: a) que se involucren en actividades más seguras; o b) que hagan más segura la actividad adoptando medidas precautorias. Si se impone a los conductores la obligación de responder por los daños causados a los peatones es esperable que algunos conductores decidan trasladarse en bicicleta o a pie, mientras que otros intentarán adoptar medidas precautorias, como instalar frenos de mejor calidad o conducir más lentamente.

Uno podría preguntarse por qué no exigir a todos los conductores que instalen frenos de mejor calidad si esta tecnología está disponible. ¿Por qué no prohibir circular en automóviles que no cuenten con los mejores dispositivos de seguridad? Una respuesta podría ser que las reglas tan generales e inflexibles en este campo suelen ser ineficientes. Los individuos realizan la misma actividad de modos y en circunstancias muy distintas. Supongamos que Josep Lluís conduce por la ciudad todos los días para ir a su trabajo y que tiene un coste esperado en accidentes de tránsito de 1.000 al año. Jordi, por su parte, que vive en una zona alejada de la ciudad, y poco habitada, enfrenta un coste esperado de 50 al año. Si el coste de los frenos de alta calidad es de 100 al año, sería ineficiente que Jordi los instalase. Por lo tanto, prohibirle a Jordi conducir con frenos de baja calidad incrementaría injustificadamente sus costes de conducir. Él preferiría asumir el coste de las indemnizaciones y no el de las medidas precautorias. Una regla de responsabilidad, en cambio, incentivará a Josep Lluís a instalar los frenos y a Jordi a no hacerlo. La asignación de recursos será óptima¹³⁰.

Otra alternativa sería distinguir entre conductores que realizan su actividad de forma similar a Josep Lluís y quienes la realizan de forma similar a Jordi y

¹²⁹ CALABRESI, 1970: 69-72.

¹³⁰ CALABRESI, 1970: 74.

sólo prohibir a los primeros circular con frenos de baja calidad. Los costes de hacer esta distinción no justifican los beneficios. En todo caso es mejor responsabilizar por daños a los conductores y que cada uno decida si instala los frenos o no lo hace.

Una razón adicional para emplear el *método de mercado* es la siguiente: suponemos que no existen frenos de alta calidad, por lo tanto no puede emplearse prohibición alguna, salvo la de conducir. Así las cosas, la responsabilidad de los conductores incentivará a la industria a innovar en tecnología y elaborar frenos de alta calidad. Habrá un mercado dispuesto a pagar por esos frenos, cuya demanda estará integrada por todos los conductores como Josep Lluís, pero no por quienes conducen en las circunstancias de Jordi. Los conductores como Josep Lluís estarán encantados con la posibilidad de ahorrar 900 en costes de accidentes simplemente adquiriendo los frenos.

3.1.2-Los límites de la disuasión general

Un mundo en el que las decisiones sobre los accidentes se tomasen exclusivamente por el *método de mercado* es indeseable. En primer lugar porque la eficiencia de los mercados presupone que los agentes dañadores y la víctimas están en una situación de negociación y cuentan con información perfecta. Ninguno de estos dos requisitos se da en el ámbito de los accidentes. Si hubiese información perfecta, no podría hablarse de accidentes, ya que todo daño sería intencional¹³¹. Como sostuve más arriba, no existe un mercado en estos casos, todas las transferencias son involuntarias y el valor del daño está determinado por el Estado. Parece que un mundo de puras transferencias involuntarias de derechos carece de atractivo desde cualquier punto de vista. Por esta razón, la *disuasión general* debe ser necesariamente combinada con otros métodos.

En segundo lugar, la pura *disuasión general* no deja espacio alguno para el resto de los objetivos del sistema. La reducción de los costes secundarios se tornaría imposible si todo el sistema estuviese estructurado sobre la base del *método de mercado*. El objetivo de minimizar los costes primarios por el *método de mercado* requiere que el coste del accidente sea asumido por el causante. Siendo esto así, un sistema basado exclusivamente en éste método no permitiría dispersar el daño entre la máxima cantidad posible de personas. Tampoco la causalidad arroja ningún dato sobre la capacidad contributiva del agente dañador, por lo que los costes secundarios tampoco pueden reducirse mediante la *distribución* del daño. En conclusión, cualquier método que se aplique como único criterio impedirá alcanzar los otros objetivos del sistema de responsabilidad por daños.

¹³¹ CALABRESI, 1970: 89.

3.2-La disuasión específica

3.2.1-¿Cómo funciona?

La disuasión específica supone una decisión colectiva que tiene por objeto prohibir o restringir una actividad. Cualquier actividad, como la venta de pirotecnia o la conducción de automóviles, es pasible de ambas medidas. Por ejemplo, es posible prohibir totalmente la venta de pirotecnia o la circulación en transporte automotor; pero también es factible limitar estas actividades, permitiendo la venta, siempre que el producto no supere una determinada potencia explosiva y se destine a mayores de edad, o permitiendo conducir, supongamos, a menos de 80 Km/h. Adviértase que la restricción no es más que una prohibición sobre una subcategoría de la misma actividad. Obviamente, cuando los costes de subcategorizar sean bajos, será más eficiente restringir antes que prohibir.

Este método para la reducción de costes primarios tiene una justificación en parte paternalista. Asume que en ciertas ocasiones los individuos no saben lo que les conviene. Sugiere CALABRESI que si el único método empleado fuese el de mercado, antes de cruzar un semáforo en amarillo el conductor, para poder tomar una decisión racional, debería conocer en cuánto se incrementan sus costes esperados al realizar la acción. Esta información parece no estar disponible en la mayoría de los casos. Sin embargo, si creemos que de contar con la información relevante el individuo no habría acelerado al ver la luz amarilla, entonces, hay buenas razones para desincentivar esta conducta¹³².

A estas dificultades se suma la existencia de costes no monetarios, como el dolor y el sufrimiento que padecen las víctimas de los accidentes. Incluso si el *método de mercado* funcionase correctamente en la valuación de los daños, en estos casos la respuesta no sería satisfactoria. Una manera de minimizar estos problemas es evitando la producción de estos costes por medio de la prohibición de ciertas actividades. Imponer el deber de indemnizar es insuficiente porque no está claro con qué criterio tomarían los agentes dañadores decisiones eficientes, cuando el coste del accidente es indeterminado.

En apoyo a esto último, CALABRESI subraya que la minimización de los costes monetarios no es lo único que nos interesa como sociedad. También hacemos consideraciones morales. Así, por ejemplo, algunas sociedades prohíben la prostitución más allá de que la actividad pague sus costes. Evidentemente no es la eficiencia lo que tenemos en mira al tomar esta decisión sino otros valores. Otro buen ejemplo que brinda CALABRESI es el siguiente: supongamos que la actividad de concurrir a la iglesia genera una cantidad

¹³² CALABRESI, 1970: 105.

importante de accidentes. Aun así podemos permitir la actividad, o incluso subsidiarla limitando las indemnizaciones que deben pagar los feligreses por los daños que causan cuando concurren a misa. Analizar estos casos a partir de las ganancias y las pérdidas monetarias carece de sentido. En estas situaciones nos parece que hablar de costes y beneficios es inapropiado; hay una carga moral que lo convierte en irrespetuoso¹³³.

Por último, las decisiones colectivas que prohíben o restringen una actividad pueden estar justificadas para corregir los problemas de distribución del ingreso o los monopolios, entre otras cosas.

3.2.2-*Los límites de la disuasión específica*

Los principales límites que encuentra este método son dos: a) la imposibilidad de tomar decisiones políticas colectivas sobre todas las cuestiones que repercuten en los accidentes; y b) la imposibilidad de los individuos de controlar todas sus conductas.

En cuanto al primero de los límites, si uno quisiese regular por disuasión específica todo el derecho de daños debería poder decidir colectivamente qué cosas pueden o no hacerse, de qué modo pueden hacerse, qué insumos deben emplearse y cuáles no, quiénes pueden realizar cada actividad, etcétera¹³⁴. Estos factores, entre muchos otros, impactan en el nivel de seguridad. Si deseásemos el máximo de seguridad prohibiríamos todas las actividades, pero también aniquilaríamos nuestra libertad de actuar. Por esta razón, nos conformamos con un nivel de seguridad razonable. Ahora bien, este nivel puede alcanzarse de distintas formas. Una actividad es más o menos riesgosa, esto implica que genera más o menos costes esperados en daños, dependiendo de qué decisión se tome respecto de las cuestiones recién enumeradas. Con todo, aunque estos factores pudiesen decidirse colectivamente, es dudoso que los beneficios de hacerlo vayan a superar los costes.

El segundo límite viene impuesto por el hecho de que los individuos son incapaces de controlar todos sus actos. La *disuasión específica* presupone que el agente puede motivarse en la norma y además adecuar su conducta a ella. Por ello, un mundo dominado exclusivamente por la decisión colectiva es impensable. Con un ejemplo quedará más claro el punto. La sociedad considera indeseable que los conductores se distraigan mientras van al volante, no obstante ello, carece de sentido prohibir las distracciones. La distracción es involuntaria por definición. Esto indica que el *método de mercado* funcionará mejor en estos casos. Sólo conducirán aquellos cuyo nivel de distracción sea eficiente. La disuasión específica es efectiva en la medida en que los indivi-

¹³³ CALABRESI, 1970: 101.

¹³⁴ CALABRESI, 1970: 108.

duos puedan modificar su conducta o influir sobre la conducta de otros. En todos los demás casos, la prohibición es irrelevante.

3.3-Los problemas que enfrenta la reducción de los costes primarios

*3.3.1-La causalidad*¹³⁵

Al emplear el *método de mercado* es necesario identificar qué actividad puede evitar el coste del accidente de modo más económico. Según el *Teorema de Coase*, en ausencia de costes de transacción sería indiferente quién es responsabilizado por el daño, ya que el mercado encontraría su camino para minimizar el coste de los accidentes (III.2.1). En cambio, en presencia de costes de transacción sí es relevante quién es responsable. Veamos un ejemplo: supongamos que un accidente entre un automovilista y un peatón produce un daño de 100 a éste último, pero si el automóvil contase con paragolpes especiales, cuyo coste es de 50, el daño se reduciría a 10. Imaginemos, además, que los costes de negociar con el fabricante de automóviles son de 65 para los peatones y de 30 para los fabricantes de televisores. Si los fabricantes de automóviles fuesen responsables, instalarían los paragolpes especiales, dado que hacerlo les supone un coste de 50 (el coste de los paragolpes) más 10 (el coste esperado de los accidentes) en lugar de asumir un coste de 100 en daños. Si los peatones fuesen responsables no se instalarán los paragolpes, porque pagar al fabricante de automóviles implica un coste de 50 (el coste de los paragolpes) más 65 (los costes de transacción). Entonces, les resulta conveniente asumir el coste de los accidentes por 100 en lugar de invertir 115 en medidas precautorias. Por último, si los fabricantes de televisores son responsabilizados también se instalarán los paragolpes especiales, ya que ellos preferirán invertir 50 (el coste de los paragolpes) más 30 (los costes de transacción) antes que hacerse cargo de los daños de 100¹³⁶.

¹³⁵ La pregunta sobre la causalidad, considera POSNER, no vale la pena realizarla. Lo que debe preguntarse, por ejemplo, es si debe trasladarse el coste de la víctima inocente al agente dañador culpable. Una vez que se responde a esta pregunta, probablemente en forma afirmativa, decir que el accidente «fue un coste de conducir negligentemente» no agrega nada. Véase POSNER, 2005: 17. Aunque sea cierto que hablar en términos causales no agrega nada para el AED, como explicaré más adelante, resulta fundamental para la teoría del derecho de daños seguir utilizando estos conceptos tradicionales. Por su parte, George PRIEST sostiene que para reducir la tasa de accidentes debe recurrirse a una causalidad hipotética; uno debe preguntarse: ¿hay alguna acción que de haberse realizado hubiese evitado el accidente? Si no puede demostrarse que existía esa acción, imputar responsabilidad tendrá solamente los efectos del seguro sobre daños inevitables. Véase PRIEST, 1987: 21.

¹³⁶ Este ejemplo, con alguna variación, está tomado de CALABRESI, 1970: 136-137.

En contextos como este, el *método de mercado* encuentra decisivo asignar el coste de la actividad al evitador más económico. En el ejemplo se trata del fabricante de automóviles. A veces resulta más sencillo apreciar quién no es el evitador más económico. Intuitivamente, si no tuviésemos los valores del ejemplo a la vista, tenderíamos a descartar al fabricante de televisores y todo el problema se reduciría a optar entre responsabilizar a los peatones o a los fabricantes de automóviles¹³⁷. Muy a menudo se da esta situación, en la que no tenemos forma de saber quién es el evitador más económico. Simplemente no contamos con datos para aventurar una hipótesis plausible al respecto. En estos casos, puede asignarse el coste de modo que se maximicen las chances de que el error sea corregido. Esto se logra haciendo responsable al mejor *sobornador*, es decir, a quien puede realizar transacciones a menor coste a fin de corregir, por aplicación del *Teorema de Coase*, la mala asignación original de responsabilidad¹³⁸.

De igual manera, la *disuasión específica* debe determinar qué actividades son las que minimizan el coste de los accidentes. La diferencia con el *método de mercado* es que en lugar de excluir aquellas actividades capaces de evitar el daño a muy alto coste, también excluye aquellas consideradas deseables. Esto significa que una actividad pese a ser la que puede evitar el accidente de modo más económico, si es socialmente deseable —como en el anterior ejemplo, concurrir a la iglesia—, será descartada por este método¹³⁹. Nunca se cargarán los costes de los accidentes sobre las actividades que son valoradas por alguna razón moral, aunque fuese eficiente hacerlo. En principio, en casos como este, la prohibición no sería una opción disponible.

Pese a todo, que una actividad sea valorada depende también de cuál es el número de accidentes que genera. Si concurrir a la iglesia se convirtiese en la primera causa de muerte por accidentes, seguramente los feligreses encontrarían otro modo de honrar a Dios... un modo menos lesivo. Pero para tomar la decisión colectiva debemos poder realizar un balance entre cuán deseada es la actividad y cuáles son los efectos de prohibirla o restringirla sobre los accidentes que se estén considerando, y esto parece muy difícil de evaluar.

3.3.2-El valor de los accidentes

Un sistema de responsabilidad civil debe contar con una forma de valuar los daños, ya que en esencia se trata de transferencias involuntarias y para que estas sean eficientes es necesario comparar los beneficios con los costes de la

¹³⁷ La decisión de excluir a los fabricantes de televisores es correcta, porque no es el evitador más económico del accidente. Sin embargo, antes de excluir al fabricante de televisores deberíamos haber descartado a los peatones, pero usualmente no disponemos de la información necesaria para decidir con tanta precisión.

¹³⁸ CALABRESI, 1970: 150.

¹³⁹ CALABRESI, 1970: 176.

actividad generadora de daños. La subvaluación brindará incentivos para que haya más accidentes de lo que es óptimo. Contrariamente, la sobre-valoración reducirá injustificadamente las actividades beneficiosas.

Puede ocurrir que los accidentes afecten bienes que tienen un sustituto en el mercado o bienes que no lo tienen. La situación es distinta en cada caso. En general, para los bienes materiales el valor de mercado suele ser un buen criterio de compensación. Teóricamente, descontados los costes administrativos y los costes que supone estar privado de un objeto material durante el tiempo que transcurre entre el accidente y la efectiva indemnización, la víctima debería ser indiferente entre ser dañada y no serlo. Si a Jordi le destruyen accidentalmente su cortadora de césped y antes de que necesite utilizarla nuevamente lo indemnizan con el valor que el bien tiene en el mercado, él debería ser indiferente ante el daño. De hecho, descontados los costes de transacción que supone tener que adquirir una nueva cortadora, su utilidad no varía cuando en lugar del objeto cuenta con el dinero necesario para adquirirlo.

La cuestión se complica cuando se consideran daños que no recaen sobre bienes materiales sino que implican el dolor o el sufrimiento de las víctimas. Así, ejemplos paradigmáticos de este tipo de daños son el daño físico (la pérdida de un brazo, una pierna, la visión, la audición, la muerte, etcétera) y el daño a los sentimientos (el dolor por la muerte de un hijo, el dolor que sufre el concertista de piano que ha perdido un meñique por no poder ejecutar un concierto). Todos estos casos son problemáticos porque no hay un mercado de referencia para determinar el valor de los daños. El AED ha propuesto, sin embargo, un medio indirecto de establecer el valor de la vida. Se trata de la *equivalencia del riesgo*¹⁴⁰. Este método consiste en observar en el mercado cuánto están dispuestos a pagar los individuos por más seguridad. Cuando un individuo toma la decisión de pagar un precio más alto por un automóvil más seguro que otro disponible en el mercado, nos está indicando cuánto valora la seguridad adicional e, indirectamente, cuánto valora su vida. Si paga 100 por un dispositivo que reduce la probabilidad de accidentes mortales a 1% podemos imputar un valor a su vida de 10.000. Ello es así porque, si el agente se comporta racionalmente, el coste esperado de su accidente (el valor de su vida de 10.000 multiplicado por 0,01 que es la probabilidad de ocurrencia) debe ser igual al coste de las medidas precautorias de 100.

Otro modo de explicarlo es observando cuánto más alto debe ser el salario de los trabajadores para que ellos acepten realizar trabajos más riesgosos. Si un trabajador pide 100 adicionales para asumir una tarea que incrementa en 1% el riesgo de perder su vida, es porque la valora en 10.000. Obviamente este método tiene deficiencias gravísimas. En primer lugar, como apunta

¹⁴⁰ COOTER y ULEN, 1998: 436-437.

CALABRESI, lo que ocurre en el mercado no es un gran indicio de nada, ya que en el caso de los empleos con distintos niveles de riesgo hay diferencia de salarios en las actividades con fuerte sindicalización, porque el riesgo es conocido por el trabajador. El modelo presupone que los consumidores y los trabajadores tienen información perfecta sobre el riesgo que asumen. Otro defecto serio del método de *equivalencia del riesgo* es que pasa por alto la ley de utilidad marginal decreciente. Cuando el riesgo de perder la vida es cero, uno puede aceptar 100 a cambio de realizar una actividad que lo incrementa a 1%. Pero continuar linealmente esta lógica es un error, ya que nos llevaría a la absurda conclusión de que el trabajador aceptaría 10.000 para pasar de un riesgo cero a un riesgo 100% de perder la vida. A medida que se asume más riesgo el pago adicional que se solicita asciende exponencialmente y no en forma lineal. Por último, considerar que el individuo que paga 100 por el dispositivo de seguridad que reduce a 1% la probabilidad de accidentes mortales lo hace porque valora en 10.000 su vida es también un error obvio. Lo que el individuo paga en el mercado no está determinado exclusivamente por su valoración, sino por el precio de equilibrio. Puede que un individuo valore en 1.000 ese dispositivo pero sólo pague 100, que es lo que solicitan los productores en el mercado. Se asume aquí que el consumidor de seguridad no tiene nunca excedentes, un supuesto poco realista cuando se trata del valor de la vida.

Lo cierto es que ningún método para valorar en términos monetarios la vida o el sufrimiento de las víctimas será convincente, justamente porque se trata de daños no monetarios¹⁴¹. Teniendo en mira los objetivos económicos, las reglas de responsabilidad deben imponer una indemnización por este tipo de daños a fin de evitar conductas ineficientes. Si el daño no pecuniario no fuese indemnizable, se producirían más daños de lo que es eficiente. ¿En cuánto debe indemnizarse el daño moral? Esta pregunta a mi juicio sigue abierta aunque se ha avanzado en la materia. Excede mis propósitos ahondar más sobre la cuestión. De todas maneras, corresponde aclarar es que el problema del daño moral es un problema general para todas las teorías de la responsabilidad civil y no sólo para el AED.

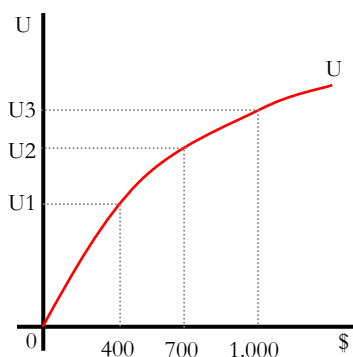
4-La reducción de los costes secundarios

Los costes secundarios son aquellos que resultan: a) de la concentración del daño en pocas personas; o b) del hecho de que lo soporte quien no está en condiciones de hacerlo por contar con una baja capacidad contributiva.

La justificación teórica de esta categoría de daños está dada por la ley de utilidad marginal decreciente. Según esta ley económica a medida que au-

¹⁴¹ CALABRESI, 1970: 213.

menta el ingreso también aumenta la utilidad, pero a una tasa cada vez menor¹⁴². Veámoslo gráficamente:



Nótese que el incremento de utilidad va disminuyendo a medida que el individuo cuenta con un ingreso más alto. El paso de 400 a 700 le reporta una utilidad mayor que el paso de 700 a 1.000. Ello implica que, en términos de utilidad o bienestar, es mejor que un daño de 300 lo cargue quien tiene un ingreso de 1.000 antes que uno que tiene un ingreso de 700. Del mismo modo, un daño de 1.000 es mejor que lo soporten 100 individuos pagando 10 cada uno, a que lo soporte un solo individuo. El modo de morigerar el impacto de los accidentes sobre el bienestar es haciendo que cargue con el daño aquél que dispone de una riqueza mayor, por una parte, y dispersando el coste del accidente entre la mayor cantidad de personas posible, por la otra. El primer método se denomina *distribución* del daño (*bolsillos profundos*) y el segundo *dispersión*¹⁴³. La compensación, que para CALABRESI no es un objetivo del derecho de daños, se hace necesaria muchas veces a fin de reducir los costes secundarios.

4.1-La dispersión del daño

La mayor dispersión de los daños se lograría implantando un sistema general de seguro administrado por el Estado y financiado mediante impuestos. En un sistema como éste todos los individuos, hayan participado o no en el accidente, aportarían la misma suma. Por supuesto, como se verá más adelante, un sistema con estas características no permitiría perseguir ningún otro objetivo más que la dispersión.

¹⁴² Las curvas de utilidad de cada persona son diferentes, algunas más pronunciadas que otras, pero en todo caso la ley de utilidad marginal decreciente explica satisfactoriamente ciertas decisiones de los agentes.

¹⁴³ CALABRESI, 1970: 39-44.

Una alternativa, que algunos podrían considerar más justa y razonable, es que el aporte al seguro general no sea para todos igual, sino que dependa del riesgo introducido por cada uno. Los individuos que generen más daños, o riesgos de causar daños, deberían pagar una cuota mayor. Así, los jóvenes que conducen automóviles más veloces deberían realizar un aporte más elevado que los padres de familia que conducen automóviles más seguros. También deberían establecerse estadísticas que reflejen los accidentes sufridos en el pasado para poder distinguir entre individuos con distinta propensión a los accidentes. La objeción que puede presentarse a este planteo es que un sistema de seguro diseñado de este modo reducirá los costes primarios antes que los secundarios. Piénsese que los daños quedarían sin dispersar en gran medida y, para reducir los costes primarios, una combinación de disuasión general y disuasión específica es por lejos más eficiente. La razón de ello está relacionada con el problema del riesgo moral. El seguro hará que los individuos se comporten con una diligencia inferior a la óptima, lo que incrementará considerablemente el volumen de costes primarios.

La dispersión también puede lograrse teóricamente por medio del seguro voluntario. No obstante, al estar usualmente gestionado por el sector privado, habrá una tendencia a subcategorizar a los asegurados cada vez con mayor precisión. Por las razones explicadas en el párrafo anterior, el objetivo de dispersión no puede satisfacerse cuando ello ocurre: con una perfecta individualización de los riesgos habrá una alta concentración de costes en aquellos que son propensos a los accidentes. Pero los problemas más serios que enfrenta el seguro privado voluntario al perseguir la *dispersión* son los siguientes¹⁴⁴:

- a) *Falta de información*: los individuos no pueden evaluar el riesgo al que están expuestos, por lo tanto, siendo voluntario el seguro privado, no se asegurarán.
- b) *Imposibilidad psicológica*: incluso quienes cuentan con información sobre los riesgos que supone una determinada actividad tienen dificultades para percibirlo en toda su magnitud. De hecho, la gente se asegura normalmente por los daños que puedan causar a terceras personas, pero no por los que ellos mismos puedan sufrir. Hay una idea generalizada de que los accidentes siempre afectan a otros.
- c) *El bienestar inmediato*: asegurarse implica restringir el consumo actual para disfrutar de una compensación futura, siempre que tenga lugar el evento dañoso. Existe una preferencia, también bastante general, por maximizar el disfrute presente, por lo que la decisión de tomar un seguro muchas veces es postergada.

¹⁴⁴ CALABRESI, 1970: 56-59.

- d) *La externalización*: los individuos saben que no asumirán el coste de los accidentes íntegramente, por ejemplo, si no tienen dinero suficiente para pagar la eventual indemnización. No obstante, podrían sentirse tentados de asegurarse por daños personales, pero en este caso cuentan con la red de la seguridad social.

POSNER sostuvo que este aspecto de la teoría de CALABRESI no es convincente. Asumir que por las razones recién expuestas la gente se aseguraría menos de lo óptimo pasa por alto la aversión al riesgo¹⁴⁵. Por otra parte, considera que la situación del seguro voluntario es distinta cuando el agente dañador y la víctima están en una posición negociadora, es decir, cuando son contratantes, que cuando no se conocen. En el primer caso, a diferencia de éste último, el nivel de seguridad y la eventual compensación podrían ser negociados como dos cláusulas más del contrato¹⁴⁶.

Otras maneras de *dispersar* los daños consisten en hacer responsables a quienes pueden tomar un seguro a menor coste, a quienes pueden autoasegurarse o a quienes están en condiciones de trasladar el coste a los consumidores a través de un aumento en los precios¹⁴⁷. Permítaseme hacer algunas aclaraciones. En realidad, para lograr el objetivo *dispersión* no es necesario responsabilizar a quien puede tomar un seguro *a menor coste*, sino simplemente a quien puede tomar un seguro. Lo que ocurre es que si no elegimos al que puede hacerlo a menor coste estaríamos incrementando absurdamente los costes primarios¹⁴⁸. En cuanto al autoseguro, se trata simplemente de hacer cargar con el coste a aquel que puede ahorrar para pagar daños futuros o que puede compensar los daños que paga en la actualidad con otras situaciones futuras en las que genera el mismo riesgo pero el daño no se produce. Cabe resaltar que la *dispersión* en este caso es solamente intertemporal. Por último, la traslación del coste vía precios es una buena alternativa cuando el consumidor desconoce la magnitud de los riesgos que enfrenta, esto es, cuando toma sus decisiones con información imperfecta. Se supone que si el consumidor fuese conciente de estos riesgos se aseguraría. El contrato per-

¹⁴⁵ Dada la ley de utilidad marginal decreciente, algunos individuos obtienen menos utilidad al incrementar su riqueza en 100 de la que pierden al disminuir su patrimonio en 100. Ante valores esperados equivalentes, el averso al riesgo prefiere mantener su ingreso constante antes que estar sujeto a una probabilidad de que se reduzca, por ello se aseguraría, contrariamente a lo que CALABRESI afirma. Así, un averso al riesgo preferiría un ingreso constante de 1.000 antes que ganar 1.500 o 500, con una probabilidad del 50%, es decir que $u(1.000) > u(0,5 \times 1.500 + 0,5 \times 500)$.

¹⁴⁶ POSNER, 1970: 640.

¹⁴⁷ PRIEST, 1985: 520.

¹⁴⁸ El coste de seguro puede ser considerado como coste primario o coste terciario. Prefero clasificarlo como coste primario para reflejar el hecho de que al hacerlo recaer sobre quien no puede asegurarse de modo más económico se afecta el nivel de actividad, del mismo modo que al exigir medidas precautorias más elevadas que las eficientes.

fecto con la empresa incluiría, entonces, un seguro por daños. La manera indirecta de lograr este mismo resultado es responsabilizando objetivamente a las empresas por los daños que sufren los consumidores. Al tener que reparar los daños que acaezcan, las empresas tenderán a subir el precio de los bienes que ofrecen. Con esa suma adicional que reciben como parte del precio compensarán a quienes resulten dañados. En definitiva, con la responsabilidad objetiva se consigue un aumento del precio que puede ser interpretado como la contratación de un seguro que el consumidor tomaría de contar con información completa. El resultado es óptimo porque el consumidor termina pagando por un seguro que valora pero que no contrata a causa de un problema de información.

4.2-La distribución del daño

La distribución del daño es, por razones técnicas, una herramienta poco empleada para reducir los costes secundarios. Es difícil imaginar qué regla general de responsabilidad, que no incremente infinitamente los costes primarios, podría garantizarnos que quien asuma el coste sea el que ostente mayor capacidad contributiva. A primera vista es previsible que de eximir de responsabilidad a las personas de bajos ingresos los costes primarios se multiplicarían, porque ya no encontrarían motivo alguno para adoptar medidas precautorias. Realizar la actividad de un modo más seguro siempre tiene costes, pero muchas veces los costes no son pecuniarios. Por ejemplo, levantarse más temprano para llegar a tiempo a una entrevista de trabajo y no tener que exceder el límite de velocidad implica un coste que todos pueden asumir, sean ricos o pobres. Entonces es importante motivar en general a todos a adoptar medidas precautorias. Por esta razón, una regla según la cual asume el coste el que percibe un ingreso más alto es indeseable.

Hay, sin embargo, un tipo de daños en el que esta regla funciona a la perfección: los que se producen a causa de hechos involuntarios. En el derecho de daños argentino la regla general es que estos hechos no generan responsabilidad alguna (art. 900 del Cód. Civil), es decir, deja el coste sobre la víctima. Pero si con el hecho se enriqueció el agente dañador, el art. 907 del Cód. Civil le asigna el coste del accidente, aunque solamente responde hasta al monto en que se haya enriquecido. Además, los jueces tienen la facultad de disponer *un resarcimiento teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del agente dañador y la situación personal de la víctima*¹⁴⁹, con independencia de que haya

¹⁴⁹ Art. 907 del Cód. Civil argentino: «Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido.

habido enriquecimiento. Uno podría ir más lejos que el Código Civil argentino y asignar directamente el coste del accidente al rico antes que al pobre cuando el daño se produce por hechos involuntarios, no haciéndolo depender del criterio judicial. Ello no afectaría en nada los incentivos de las partes para la reducción de costes primarios, porque se trata de hechos involuntarios, y contribuiría a reducir los costes secundarios. Más allá de incluir normas como estas, que requieren un estudio caso a caso, no veo de qué modo podría lograrse la distribución de daños en términos generales.

4.3-Los problemas que enfrenta la reducción de los costes secundarios

A esta altura ya resultan evidentes los problemas que acarrea la minimización de los costes secundarios. Este objetivo es contrario a la reducción de los costes primarios. Existe una tensión entre la dispersión y la distribución deseables y la necesidad de hacer cargar con los costes de los accidentes a aquellos que tienden a causarlos o sufrírselos. En un mundo de completa dispersión se compensaría a todas las víctimas al coste de que se eleven sustancialmente la cantidad y la gravedad de los accidentes.

Los seguros entrañan un problema denominado riesgo moral (*moral hazard*): la propia existencia del seguro genera incentivos para que el agente se comporte de modo menos diligente o no limite su nivel de actividad, porque sabe que no asumirá el coste de su negligencia. Por ejemplo, si el seguro automotor cubriese el robo de objetos personales los individuos no se preocuparían por no dejar nada a la vista dentro del vehículo, o de cerrarlo con llave, etcétera. Este problema puede ser resuelto ajustando la prima de la póliza según la probabilidad de que ocurra el siniestro, o sea, según el valor esperado de los accidentes; pero para esto debe ser posible monitorear la conducta del asegurado, y los costes de hacerlo son prohibitivos¹⁵⁰. Por este motivo, es conveniente dejar que parte de los daños queden concentrados.

5-Los costes terciarios

El estudio de los costes terciarios es probablemente más complejo que el de los costes primarios y secundarios. Ello se debe a que las variables que pueden afectar los costes de administrar un sistema de responsabilidad civil son muy numerosas. No basta con analizar en abstracto qué tipos de reglas de responsabilidad son más o menos costosas de administrar. Debe indagarse

Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima».

¹⁵⁰ POLINSKY, 1989: 56-57.

también sobre el derecho procesal al que están sujetas las partes¹⁵¹. Pese a todo, como hacen la mayoría de los analistas, me limitaré a realizar unos modestos comentarios sobre cómo afectan las reglas de no-responsabilidad (-R), de responsabilidad objetiva (RO) y de responsabilidad por culpa (RC) a las dos variables principales de los costes terciarios: la cantidad de demandas y el coste de decidir en cada una de ellas¹⁵².

La regla de no-responsabilidad, aquella que deja en cabeza de la víctima el coste del accidente, desincentiva totalmente a demandar. Por lo tanto, es la regla más económica en relación con los costes terciarios. Por supuesto, las consecuencias de esta regla sobre los costes primarios son nefastas. Nadie se ve incentivado a tomar medidas precautorias para evitar dañar a terceros¹⁵³.

La regla de responsabilidad objetiva eleva el número de reclamos, ya que en principio todo agente que haya causado el daño es responsable y las posibilidades de éxito son altas. Una regla de responsabilidad por culpa, por su parte, incentiva a demandar en mayor medida que una regla de no-responsabilidad, pero en menor medida que una regla de responsabilidad objetiva. En cuanto al coste de decidir el litigio, la regla de responsabilidad por culpa entraña un coste más alto que la regla de responsabilidad objetiva, simplemente por el esfuerzo probatorio que debe realizarse en uno y otro caso. Para lograr compensación con la primera regla debe probarse el daño, la relación de causalidad y la culpa del agente dañador. En cambio, con la segunda regla basta probar el daño y la relación de causalidad.

Sintetizando, pueden ordenarse las tres reglas en función de sus efectos sobre los incentivos a demandar, los costes de adjudicar y el incremento de los costes primarios:

Incentivos para demandar	—————▶	RO > RC > -R
Costes de adjudicar	—————▶	RC > RO > -R
Incremento de los costes primarios	—————▶	-R > RC > RO

Como puede apreciarse, ninguna de las reglas garantiza un dominio sobre las tres variables relevantes. De ahí que deba encontrarse aquella combinación que, en un contexto dado, minimice los costes terciarios.

¹⁵¹ Un buen ejemplo de este tipo de trabajos es PINTOS AGER, 2003.

¹⁵² SHAVELL, 1987: 262.

¹⁵³ Por esta razón HOLMES sostenía que no existiendo una causa importante para trasladar el coste del daño de un individuo a otro debe dejarse que el daño quede allí donde cayó. Véase HOLMES, 1881: 94 y 96. Una causa importante, en el sentido de HOLMES, podría ser el control de los costes primarios.

6-La redistribución de la riqueza por medio de la responsabilidad extracontractual

A veces se piensa que por medio del derecho privado puede lograrse una redistribución de la riqueza. La responsabilidad extracontractual, especialmente, ha sido objeto de estas pretensiones, sobre todo cada vez que algún colectivo desaventajado sufre daños causados por la acción de grandes corporaciones¹⁵⁴. En este contexto, corresponde preguntarnos si el derecho de daños tiene la capacidad de alcanzar este objetivo. La respuesta creo que es negativa. El derecho impositivo y del gasto público es el mejor instrumento para alcanzar una redistribución eficiente de los recursos, y a ese campo usualmente se difiere la cuestión¹⁵⁵. No sólo los partidarios del AED piensan esto. Los argumentos son aun más generales.

Comencemos preguntándonos cuál debería ser el monto indemnizatorio si la responsabilidad extracontractual debe redistribuir la riqueza. En los sistemas bilaterales la compensación coincide con el valor del daño. No obstante, si esto es así, la obligación de reparar no puede tener más que un fundamento resarcitorio y no redistributivo: la indemnización solo devuelve a la víctima aquello de lo que fue privada en primer lugar. En cambio, si la indemnización se fijase por encima del valor del daño a fin de transferir los recursos necesarios para que cada uno tenga lo que merece, tal sistema quedaría sujeto a la objeción de aleatoriedad.

Las sociedades liberales implementan la redistribución de la riqueza por medio de impuestos progresivos. Ello implica que quienes tienen una capacidad contributiva mayor realizan aportes adecuados a su situación patrimonial. La presión tributaria se aplica, como regla general, sobre los que más tienen, y no a la inversa. En principio, entonces, la dirección de la redistribución es de ricos a pobres. Si esto es correcto, el sistema de responsabilidad civil no puede nunca asegurar que se satisfaga este criterio. Nada garantiza que sean los ricos quienes dañen a los pobres. La redistribución debería beneficiar a quienes menos tienen, pero los daños pueden sufrírselos ricos y pobres indistintamente. Un derecho de daños que redistribuya la riqueza no debería imponer el deber de compensar a un pobre cuando daña a un rico, y no queda claro qué debería hacer cuando los daños tienen lugar entre pobres, dado que la redistribución entre ellos carece de sentido.

Otra característica relevante es que en las sociedades liberales la transferencia de recursos a los más pobres es una carga colectiva. Todos los individuos contribuyen en la medida de sus posibilidades a sufragar el gasto público. Sin embargo, si el derecho de daños fuese empleado para redistribuir la riqueza, esa carga colectiva terminaría recayendo en algunos pocos, en particular,

¹⁵⁴ Véase, en general, KEREN-PAZ, 2007.

¹⁵⁵ Véase SHAVELL, 2004: 655.

sobre aquellos involucrados en accidentes. Así, el taxista que trabaja todos los días en el centro de la ciudad está mucho más expuesto a tener que soportar la carga de la redistribución que el directivo de una empresa que vive en las afueras y que siempre utiliza taxis para movilizarse hasta su trabajo. El resultado de una institución semejante desvirtuaría la idea de que la redistribución es un deber colectivo que la comunidad cumple por medio del Estado. La responsabilidad colectiva de redistribuir la riqueza se convertiría en individual y azarosa.

Desde el punto de vista de las víctimas el resultado también es sorprendente, ya que solo recibirían los beneficios de la redistribución quienes son dañados. Aquellos que tienen menos de lo que deberían, pero que viven aislados, supongamos en el campo, sin prestaciones de ningún tipo y sin estar expuestos a los riesgos de la ciudad, muy probablemente nunca reciban transferencia suficiente, si la redistribución se confía en parte al derecho de daños.

Tampoco la redistribución es un objetivo compatible con las demás metas enunciadas en este capítulo por la misma razón que la total dispersión es perniciosa: si los pobres no fuesen responsables dejarían de adoptar medidas precautorias y los costes primarios ascenderían desmesuradamente. En otras palabras, redistribuir la riqueza por medio del derecho de daños impactaría negativamente sobre la reducción de los costes primarios, porque se requeriría modificar las bases de la responsabilidad y las sanciones, es decir, los montos indemnizatorios, o ambas cosas, para beneficiar a los peor situados. Esto desequilibraría todo el esquema de incentivos que permite lograr una disuasión óptima de los accidentes. El derecho impositivo, en cambio, puede operar sin alterar los incentivos de los agentes dañadores y de las víctimas¹⁵⁶.

En algunos tipos de daños, además, como en los daños a los consumidores, la función redistributiva de la responsabilidad civil es ilusoria. Ya vimos que si las empresas son responsabilizadas por daños, dependiendo de la elasticidad de la demanda, trasladarán total o parcialmente el monto de las indemnizaciones que deberán pagar al precio del bien o servicio. Por ende, no habrá redistribución de empresas a consumidores, sino de consumidores entre sí. Todos pagarán un precio más alto para que los perjudicados por los accidentes sean compensados.

Por último, aun cuando sea posible en teoría, como admite CALABRESI¹⁵⁷, redistribuir por medio del derecho de daños, los costes de administrar un sistema que cumpla ese objetivo de modo consistente con una teoría de la justicia serían prohibitivos. Piénsese que para recibir la porción distributiva que cada uno merece no sólo uno debería ser dañado, sino que debería ini-

¹⁵⁶ FRIED y ROSENBERG, 2003: 69.

¹⁵⁷ CALABRESI, 1970: 32.

ciar una demanda, con los costes de abogados, tasas de justicia, etcétera, que ello implica y esperar el resultado del litigio. Ante este escenario, incluso el sistema impositivo peor pensado parece una excelente alternativa.

En conclusión, la responsabilidad extracontractual bilateral no parece ser un buen instrumento para redistribuir la riqueza. Aun cuando podamos interpretar que sus objetivos son económicos, la redistribución no puede ser uno de ellos.

V-EL IMPACTO ECONÓMICO DE LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En este capítulo analizaré las reglas de responsabilidad extracontractual usualmente empleadas por los distintos sistemas jurídicos. En particular, me centraré en los efectos que ellas tienen sobre la reducción de los costes primarios. Dejaré de lado los costes secundarios porque su reducción corresponde al sistema de seguros y a reglas muy específicas e inusuales, como la indemnización por equidad (IV.4.2). Los costes terciarios, por su parte, fueron analizados en el punto IV.5. Las reglas de las que me ocuparé son la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por negligencia, la ausencia de responsabilidad y dos versiones de la excepción de culpa de la víctima, tanto cuando la responsabilidad del agente dañador es objetiva como cuando es por negligencia. Emplearé una versión muy simple de cada una de ellas. Por responsabilidad objetiva entenderé aquella regla que carga al agente con el coste de los daños que causa más allá de que haya sido diligente y con independencia de cuál haya sido el comportamiento de la víctima. La culpa, en cambio, sólo hace responsable al agente cuando su conducta no se ajusta a un determinado nivel de cuidado. Será culpable quien no adopte el estándar de medidas precautorias exigido por la norma jurídica. La ausencia de responsabilidad del agente dañador es idéntica a una responsabilidad objetiva de la víctima. Finalmente, consideraré dos versiones de la excepción de culpa de la víctima que en el derecho anglosajón se denominan culpa contributiva y culpa comparativa. Según la primera, la culpa de la víctima excluye la responsabilidad del agente dañador sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva. Cuando el régimen es de negligencia, sólo es responsable si no tomó las medidas precautorias exigidas por la norma jurídica y la víctima sí lo hizo. De acuerdo con la segunda, la excepción de culpa de la víctima atenúa la responsabilidad del agente dañador, aunque según su gravedad puede llegar a excluirla; el daño se distribuye entre las partes en proporción con la falta cometida.

Como expuse en el capítulo anterior, la reducción de los costes primarios de los accidentes consiste en minimizar el valor de los daños y el de las medidas precautorias adoptadas para prevenirlos o disminuir la probabilidad de su ocurrencia. En sentido estricto, cuando me refiera al coste de los accidentes, me referiré al *coste esperado*, ya que la situación en la que los intervinientes deben tomar sus decisiones es de riesgo. Veamos qué significa esto.

El hecho de que un individuo realice una actividad de manera negligente no está ligado necesariamente a la producción de un resultado dañoso. Sin embargo, hay diferentes niveles de negligencia que impactan en distinto grado sobre la probabilidad de ocurrencia. Si el límite de velocidad permitido es de

80 Km/h, cuando se conduce a 100 Km/h se incrementan los riesgos, pero la probabilidad de que ocurra un accidente es mucho mayor si la velocidad de circulación asciende a 150 Km/h. Debe notarse que existe una probabilidad de que ocurra un accidente aun cuando se conduce a la velocidad permitida. La mera realización de esta actividad introduce un riesgo, aunque se presume que un legislador racional y bien informado no la permitiría si no pagase sus costes, es decir, si la actividad de conducir a 80 Km/h no fuese más beneficiosa que costosa. El coste esperado de un daño, entonces, resulta de ponderar el valor del daño —en caso de que este se produzca— por la probabilidad de su ocurrencia. Así, un daño (D) de 1.000 cuya probabilidad de ocurrencia (p) es del 25 % supone un coste esperado (Ce) de 250.

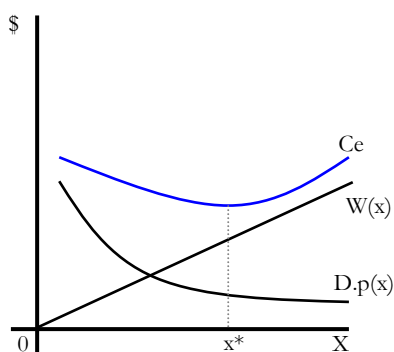
En lo que sigue, a fin de simplificar la exposición, asumiré que los agentes son neutrales al riesgo. Ello nos evitará tener que introducir cálculos de utilidad cada vez que los individuos sufran las consecuencias de la incertidumbre sobre su ingreso¹⁵⁸. Por supuesto, quien desee computar los costes secundarios deberá tener en cuenta también esta contingencia. Asimismo, asumiré que el agente dañador y la víctima toman sus decisiones sobre el nivel de diligencia simultáneamente.

Antes de pasar al análisis de los incentivos que tienen las partes dadas las distintas reglas de responsabilidad civil debe precisarse un poco más qué significa minimizar el coste de los accidentes. En todos los modelos trabajaré con el supuesto, bastante plausible, de que la adopción de medidas precautorias (x) disminuye la probabilidad de ocurrencia del daño hasta un cierto límite a partir del cual invertir en unidades adicionales de cuidado comienza a ser más costoso que beneficioso. El hecho de que la probabilidad de ocurrencia dependa de las medidas precautorias será simbolizado con la notación $p(x)$. Por otra parte, como las medidas precautorias no son gratuitas, mientras más precauciones se tomen mayor es el coste de hacerlo, $W(x)$. También supondré que el valor del daño, si se produce, es constante. Ello significa que la adopción de más o menos medidas precautorias no afecta la magnitud del daño cuando tiene lugar el accidente. Este supuesto poco realista se justifica también por la simplificación del cálculo. En ningún caso, complicar el análisis con estas cuestiones agregaría nada en el plano conceptual.

Como puede observarse en el gráfico que sigue, minimizar el coste esperado de los accidentes exige encontrar el nivel de diligencia en el cual no pueda reducirse la suma del valor esperado del daño y el coste de las medidas precautorias. Ese nivel es x^* . Más allá de ese punto el daño esperado puede disminuirse un poco más, pero a un coste en medidas precautorias más alto

¹⁵⁸ Los efectos de la incertidumbre en las personas aversas al riesgo fueron explicados en la nota 145.

que el beneficio obtenido de la reducción¹⁵⁹. Siendo $C_e = D.p(x) + W(x)$, x^* es el valor que minimiza C_e ¹⁶⁰.



$D.p(x)$ es el daño esperado. Este disminuye a medida que se incrementa el nivel de precauciones. Sin embargo, la tasa de reducción es decreciente. En un determinado punto, una unidad adicional de cuidado no disminuirá la probabilidad de ocurrencia de los accidentes.

$W(x)$ representa el coste de las medidas precautorias, que depende positivamente del nivel de cuidado adoptado (x).

C_e es el coste esperado de los accidentes y resulta de $D.p(x) + W(x)$.

x^* es el nivel de cuidado óptimo, es decir, el punto en el que C_e es más bajo.

A veces las medidas precautorias óptimas (x^*) deben ser adoptadas por el agente dañador (y^*), otras veces por la víctima (z^*) y muchas veces por ambos [$x^* = y^* + z^*$]. El coste de las medidas precautorias para las partes será simbolizado como $A(y)$, en el caso del agente dañador, y $V(z)$, en el caso de la víctima. Las reglas de responsabilidad civil promoverán la eficiencia en la medida en que brinden incentivos correctos para que las partes, ya sea individual o conjuntamente, alcancen un nivel de cuidado óptimo. No obstante, el análisis estaría incompleto si se detuviese aquí, ya que la probabilidad de que ocurra un accidente y, por lo tanto, el valor esperado de los daños, no depende solamente de las medidas precautorias que adopten las partes sino del nivel de actividad que ellas desarrollen. Más allá de que se hayan tomado medidas precautorias óptimas, en algunos casos puede resultar eficiente que el agente dañador limite su nivel de actividad o que directamente se abstenga de realizarla. Las reglas de responsabilidad civil también deben incentivar a las partes para que se comporten eficientemente respecto a esto.

A continuación analizaré las distintas reglas en los casos en los que se requiere que una de las partes, ya sea el agente dañador o la víctima, adopte medidas precautorias. Estos supuestos son conocidos en la literatura como *casos de precaución unilateral*. Luego repasaré los *casos de precaución bilateral*, en los que ambas partes deben adoptar medidas para que el resultado sea eficiente.

¹⁵⁹ El nivel de precaución eficiente, dice COLOMA, se caracteriza por ser aquél en el cual el beneficio marginal del incremento de precaución se iguala con el coste marginal que dicho incremento acarrea. Véase COLOMA, 2001: 151.

¹⁶⁰ En símbolos, cuando $x \neq x^*$ por definición se dará que $D.p(x) + W(x) > D.p(x^*) + W(x^*)$, o lo que es lo mismo, $C_e(x) > C_e(x^*)$.

Por último, veré qué incentivos brindan las distintas reglas a las partes para que controlen el *nivel de actividad*.

1-Casos de precaución unilateral

Los casos de precaución unilateral son aquellos en los que una de las partes, supongamos las potenciales víctimas, no pueden hacer nada a fin de evitar el accidente. El pasajero de un avión, por ejemplo, no puede tomar ninguna medida para prevenir los daños por desperfectos mecánicos que sufra la aeronave. Excluidas las conductas dolosas de su parte, una vez que compra el billete y comienza el viaje, toda la carga de la precaución recae sobre la aerolínea y el piloto.

Imaginemos que el agente dañador puede generar un daño de 100 con su actividad, que hay tres niveles de medidas precautorias que puede adoptar y que ellas impactan sobre el coste esperado del daño del siguiente modo:

Nivel de precaución	Coste de las medidas precautorias [A(y)]	Daño	Probabilidad de daño	Daño esperado	Coste esperado del accidente
Nivel 1	10	100	50%	50	60
Nivel 2	25	100	20%	20	45
Nivel 3	60	100	15%	15	75

¿Cómo funciona cada regla en casos como estos?

1.1-La negligencia

El agente dañador cuya actividad está regulada por una regla de culpa sólo será responsable por el daño causado cuando haya adoptado un nivel de cuidado inferior al exigido jurídicamente. Si el estándar jurídico (y^j) coincide con el nivel de precauciones eficientes (y^*), entonces, el agente será responsable cuando adopte menos medidas que las óptimas. Pero ello no ocurrirá si el agente obra racionalmente y con información perfecta, ya que comparará el coste de pagar el valor del daño en concepto de indemnización con el coste de adoptar las medidas precautorias óptimas y decidirá ser diligente. La razón es simple: como expliqué más arriba, por definición, el segundo valor es inferior al primero.

Dicho de otro modo, esta regla brindará incentivos para que el agente dañador se comporte eficientemente, siempre y cuando el legislador y los tribunales establezcan correctamente el estándar de cuidado debido. Si los jue-

ces, por la razón que sea¹⁶¹, exigen una diligencia menor que la óptima ($y_i < y^*$) el resultado será ineficiente, aunque el agente dañador ajustará su conducta al estándar jurídico. Debe recordarse que el agente sólo cargará con el daño cuando sus medidas precautorias sean inferiores al nivel establecido por la norma.

Con los valores de la tabla, el agente dañador puede optar entre el nivel 1, lo que le supondrá un coste esperado de 60 por haber obrado con culpa, o el nivel 2 a un coste de 25. Una vez que invierta esos 25 su conducta no será negligente y se verá liberado de responsabilidad. Pero si el estándar es fijado incorrectamente por los tribunales en un nivel inferior al eficiente, el agente dañador optará por invertir solamente 10 en medidas, ya que una vez que lo haga no será considerado responsable por los daños que cause. El nivel 2 no será una opción racional, porque si bien el coste esperado para la sociedad se reduce de 60 a 45, al agente le bastará invertir 10 para evadir su responsabilidad. Cuando la regla es la negligencia el coste que el agente espera asumir se limita al de las medidas precautorias, si adopta el nivel de cuidado que exige el estándar jurídico o uno más alto¹⁶². Pero si su nivel de precaución es menor será responsable y enfrentará un coste esperado igual al coste del accidente.

Lo mismo puede expresarse del siguiente modo:

Si $y_i < y^*$, entonces el agente tomará y_i y el resultado será ineficiente.

Si $y_i > y^*$, entonces el agente tomará y^* , aunque sea considerado responsable, o y_i según $D.p(y^*) + A(y^*) > 0 < A(y_i)$.

¹⁶¹ La conducta diligente a menudo consiste en observar una serie de aspectos que hacen a la seguridad, todos aspectos que impactan favorablemente sobre la reducción de la probabilidad de que ocurra el accidente. Sin embargo, cuando el legislador construye el estándar, y más aún cuando el juez lo aplica, surgen dificultades para tener todos esos factores en cuenta. Por ejemplo, el juez al aplicar el estándar puede evaluar si el conductor transitaba por su carril, a la velocidad permitida y con su automóvil en condiciones técnicas para circular, pero le será imposible saber cuántas veces por minuto el conductor debe mirar por el espejo retrovisor, es decir, el estándar que aplica no está completamente especificado. Por otra parte, aun cuando fuese completo y estableciese que debe mirarse por el espejo retrovisor una vez por minuto, no podrá controlar si el conductor ajustó su conducta al estándar o no lo hizo. Por estas razones el estándar jurídico podría ser menor que el óptimo. Véase SHAVELL, 1987: 9.

¹⁶² En el ejemplo se establecen sólo 3 niveles de cuidado, pero es posible que el nivel de precaución sea gradual. Cuando ello es así, puede ocurrir que siendo que el estándar jurídico exige invertir 25, el individuo invierta 30. Esto puede explicarse por la existencia de problemas de información o la incapacidad de controlar con precisión el nivel de cuidado. No obstante, sin estos problemas el agente nunca adoptará un nivel mayor que el exigido por el estándar. Una vez cumplido con lo que la norma requiere se libera de responsabilidad y toda inversión adicional carece de sentido.

En el ejemplo que estoy analizando, si y^i es fijado en el nivel 3, el agente tomará y^* porque $D.p(y^*) + A(y^*) < A(y^i)$, es decir, que $25 + 20 < 60$.

Por último, si $y^i = y^*$, entonces el agente tomará y^* por las razones ya vistas.

En conclusión, la eficiencia de esta regla depende de que el estándar de diligencia sea establecido correctamente por el legislador o los tribunales y aplicado con precisión por los jueces de modo que coincida con el nivel de medidas precautorias óptimas¹⁶³. Cuando es determinado por encima del nivel óptimo los efectos sobre las medidas precautorias no se alteran, pero el nivel de actividad del agente puede resultar afectado. Esta cuestión la discutiré más adelante. En lo que sigue, asumiré que siempre el legislador y el juez pueden respectivamente establecer y determinar el estándar jurídico de modo coincidente con la precaución eficiente.

1.2-La responsabilidad objetiva

Cuando la responsabilidad es objetiva el agente dañador deberá cargar con el valor del daño, ya sea que adopte o no el nivel de cuidado debido. Así las cosas, intentará minimizar su coste esperado y para ello invertirá 25 en medidas precautorias. El nivel 2 es el óptimo ya que reduce al mínimo el coste esperado del accidente. Por ello, cualquier otro nivel de precaución distinto del óptimo incrementará la carga del agente. La regla incentiva correctamente al agente dañador ya que iguala su coste privado con el coste social, siempre y cuando el valor del daño sea correctamente determinado por los tribunales. En casos de infracomensación o sobrecompensación los incentivos para los agentes dañadores se verán alterados y el resultado no será eficiente¹⁶⁴. En adelante asumiré que los tribunales no tienen mayores problemas al momento de valorar adecuadamente los daños sufridos por las víctimas, y que los potenciales agentes dañadores son conscientes de ello.

¹⁶³ De todas maneras es importante señalar que algunos consideran que la regla de negligencia es eficiente sólo en el corto plazo. POLINSKY explica que usualmente estos análisis se realizan tomando el número de agentes dañadores como una constante. Pero en los daños ocasionados por las empresas en el mercado el número de firmas tiende a variar en el largo plazo. Ello es así porque el coste de operar con una regla de negligencia sería demasiado bajo, ya que las empresas no internalizan totalmente los daños generados por la actividad. Por esta razón muchas empresas se ven incentivadas a entrar a ese sector de la industria, más de lo que resulta eficiente. Véase POLINSKY, 1980: 363-367. Este problema fue modelizado por Steven SHAVELL, advirtiendo que la negligencia era incapaz de incentivar correctamente la regulación del nivel de actividad. Véase sobre este punto el apartado V.3.

¹⁶⁴ COOTER, 1991: 13.

En notación matemática puede expresarse del siguiente modo: cuando $y \neq y^*$, entonces, $D.p(y) + A(y) > D.p(y^*) + A(y)^*$. Por ello, el agente dañador tomará medidas precautorias óptimas (y^*).

1.3-La ausencia de responsabilidad

Bajo esta regla los agentes dañadores no adoptarán medidas precautorias por lo que el resultado será ineficiente. Como se trata de un supuesto de precaución unilateral, la víctima no podrá hacer nada para evitar o reducir el valor del daño. Siendo ello así, la regla es totalmente inadecuada. Para arribar a este resultado no es necesario siquiera realizar un análisis técnico. Es bastante obvio que si no hay responsabilidad al agente le dará lo mismo dañar que no hacerlo. Su decisión dependerá de que obtenga algún beneficio de la actividad que genera el daño.

Una regla de este tipo, por supuesto, sería eficiente en un caso de precaución unilateral cuando fuese la víctima, y no el agente dañador, la única que pudiese tomar medidas a fin de evitar el daño o reducir la probabilidad de su ocurrencia.

1.4-La excepción de culpa de la víctima

Esta defensa puede emplearse cuando el agente dañador está sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva o a uno de negligencia. En ambos casos, tratándose de supuestos de precaución unilateral los efectos económicos de esta defensa son nulos. La excepción de culpa de la víctima no agrega nada a la regla de responsabilidad objetiva ni a la regla de negligencia porque la precaución óptima de la víctima es cero ($z^* = 0$). No puede hablarse de culpa cuando la víctima no pudo razonablemente contribuir a la minimización de la magnitud del daño esperado. Esta defensa vale la pena estudiarla en los casos de precaución bilateral.

2-Casos de precaución bilateral

Estos casos se caracterizan porque tanto el agente dañador como la víctima pueden realizar acciones tendientes a evitar o disminuir el coste del accidente. Por ejemplo, los conductores pueden circular a la velocidad permitida, respetando todas las señales de tránsito y con el automóvil en condiciones técnicas adecuadas mientras que los peatones pueden respetar los semáforos y cruzar las calles por la senda peatonal exclusivamente. Tanto unos como otros pueden fallar en adoptar estas precauciones básicas, tal vez para ahorrar costes.

Veamos un ejemplo. Imaginemos que si se produce el daño su valor es de 100. Además, el agente dañador y la víctima pueden tomar medidas precautorias a un coste de 10 [$A(y^*)$] y de 5 [$V(z^*)$] respectivamente o no tomarlas [entonces, $A(y^0)$ y $V(z^0)$ respectivamente]. Imaginemos también que las medidas impactan en las probabilidades y, por lo tanto, en el coste esperado del accidente, según los valores de la siguiente tabla:

Diligencia (+)/ Negligencia (-)					
Agente dañador (y)	Víctima (z)	Daño	Probabilidad de daño	Daño esperado	Coste esperado del accidente
-	-	100	50%	50	50
-	+	100	20%	20	25
+	-	100	10%	10	20
+	+	100	2%	2	17

De conformidad con estos valores, lo eficiente es que ambas partes tomen medidas precautorias. A continuación evaluaré qué reglas proveen a las partes los mejores incentivos para obrar diligentemente. Complementaré la explicación aplicando un simple modelo de teoría de juegos para analizar cuál es la estrategia óptima de cada una de las partes, dadas las distintas reglas de responsabilidad, y evaluar si el resultado alcanzado coincide con la situación óptima.

2.1-La culpa

Al igual que en los casos de precaución unilateral, con esta regla el agente dañador tendrá incentivos para invertir en medidas a fin de evitar su responsabilidad. Asimismo, la víctima encontrará beneficioso observar el debido cuidado para reducir el coste esperado del accidente.

Una vez que el agente dañador toma medidas precautorias, el coste esperado total se traslada a la víctima, y ella podrá reducirlo de 10 a 2 invirtiendo 5 en diligencia. Por supuesto, la eficiencia de este resultado depende de que el estándar jurídico para el agente dañador esté definido correctamente como la precaución óptima ($y^i = y^*$), según lo explicado en el apartado V.1.1.

Simbólicamente, siempre que $y^i = y^*$, dado que $A(y^*) < D.p(y^0, z^*) < D.p(y^0, z^0)$ el agente dañador tomará medidas precautorias eficientes. La víctima, sabiendo que el agente dañador tomará las medidas se enfrenta a la decisión de ser diligente o negligente y, como $D.p(y^*, z^*) + V(z^*) < D.p(y^*, z^0)$, tomará las medidas también.

Veámoslo en una matriz. Cada cuadrante expone el coste esperado para la víctima y el agente dañador de adoptar medidas precautorias o ser negligente.

Regla de negligencia		Víctima			
		Diligente		Negligente	
Agente dañador	Diligente	1)	AD: $\Lambda(y^*) / V: D.p(y^*, z^*) + V(z^*)$	3)	AD: $\Lambda(y^*) / V: D.p(y^*, z^0)$
	Negligente	2)	AD: $D.p(y^0, z^*) / V: V(z^*)$	4)	AD: $D.p(y^0, z^0) / V: 0$

Si la víctima pudiese observar la conducta del agente dañador, y éste fuese negligente, ella también lo sería. Pero, hay dos razones por las cuales ello no ocurrirá nunca. Primero, con esta regla de responsabilidad al agente dañador siempre le será ventajoso ser diligentemente independientemente de cómo se comporte la víctima. Así las cosas, la víctima minimiza sus costes siendo también diligente. En segundo lugar, el modelo presupone que los individuos toman su decisión simultáneamente, es decir, sin poder observar lo que hace la otra parte con anterioridad a la toma de su propia decisión. Entonces, aun cuando el agente dañador cometiese un error en el cálculo y se comportase negligentemente, la víctima no podrá advertirlo y asumirá lo contrario. Por ello, el equilibrio se ubicará en el cuadrante 1.

2.2-La responsabilidad objetiva

La regla de responsabilidad objetiva absoluta funciona correctamente en los casos de precaución unilateral, pero cuando la precaución eficiente es bilateral no brinda incentivos suficientes a la víctima. Dado que ella será compensada más allá de su negligencia, no tendrá motivos para adoptar medidas precautorias. Esta regla hace que el daño le sea indiferente (siempre que se trate de un daño patrimonial).

El agente dañador, en cambio, puede optar por tomar medidas o no tomarlas. Si la víctima toma medidas, al agente dañador le será conveniente adoptarlas también a fin de disminuir su responsabilidad de 20 a 2, lo que le implicará un coste total de 12 (2 de responsabilidad y 10 de medidas precautorias). Si la víctima no toma medidas, como es previsible que se comporte, igualmente al agente dañador le será conveniente adoptarlas, a fin de reducir su coste total de 50 a 20 (10 del coste esperado de la indemnización y 10 de las medidas precautorias). Sin importar lo que haga la víctima, el agente dañador se comportará diligentemente. La norma brinda incentivos apropiados para una de las partes, aunque el resultado final será ineficiente. Es imprescindible completar esta regla con una excepción de culpa de la víctima.

Sintetizando, con una regla de responsabilidad objetiva el agente dañador tomará y^* dado que $D.p(y^0, z^*) > D.p(y^*, z^*) + A(y^*)$; y $D.p(y^0, z^0) > D.p(y^*, z^0) + A(y^*)$. La víctima, por su parte, no tomará ninguna medida precautoria.

Expuesto en una matriz:

Regla de responsabilidad objetiva		Víctima			
		Diligente		Negligente	
Agente dañador	Diligente	1)	AD: $D.p(y^*, z^*) + A(y^*) / V: V(z^*)$	3)	AD: $D.p(y^*, z^0) + A(y^*) / V: 0$
	Negligente	2)	AD: $D.p(y^0, z^*) / V: V(z^*)$	4)	AD: $D.p(y^0, z^0) / V: 0$

El equilibrio está en el cuadrante 3. Por lo tanto, la regla es ineficiente.

2.3-La ausencia de responsabilidad

Contrariamente a lo que ocurre con la regla de responsabilidad objetiva, el agente dañador no tiene incentivo alguno para adoptar medidas precautorias. Puede anticiparse que el resultado también será ineficiente, aun cuando la víctima sí tiene incentivos para comportarse diligentemente. Dado que el agente dañador omitirá toda diligencia, la víctima tendrá la posibilidad de invertir 5 en medidas precautorias para disminuir el coste esperado del accidente de 50 a 25 (20 del valor esperado del daño y 5 de las medidas). Ello será así en virtud de que $D.p(y^0, z^*) + V(z^*) < D.p(y^0, z^0)$.

Ausencia de responsabilidad		Víctima			
		Diligente		Negligente	
Agente dañador	Diligente	1)	AD: $A(y^*) / V: D.p(y^*, z^*) + V(z^*)$	3)	AD: $A(y^*) / V: D.p(y^*, z^0)$
	Negligente	2)	AD: $0 / V: D.p(y^0, z^*) + V(z^*)$	4)	AD: $0 / V: D.p(y^0, z^0)$

El equilibrio está en el cuadrante 2. Por lo tanto, la regla es ineficiente.

2.4-La excepción de culpa de la víctima

Esta defensa puede ser esgrimida por el agente dañador ya sea que esté sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva o a un régimen de negligencia. En ambos casos, la defensa puede basarse en la regla de culpa contributiva o de culpa comparativa. Antes de analizar estas cuatro reglas, explicaré sintéti-

camente cómo funciona cada una de ellas en el siguiente cuadro. En todos los casos, indicaré quién es responsable, es decir, a quién corresponde asumir el daño. El signo «%» significa que cada uno de los involucrados en el accidente asume una parte proporcional de daño, según el grado de negligencia en el que haya incurrido.

Diligencia (+) / Negligencia (-)		Responsabilidad por negligencia con defensa de		Responsabilidad objetiva con defensa de	
Agente dañador (y)	Víctima (z)	Culpa contributiva	Culpa comparativa	Culpa contributiva	Culpa comparativa
-	-	Víctima	%	Víctima	%
-	+	Agente dañador	Agente dañador	Agente dañador	Agente dañador
+	-	Víctima	Víctima	Víctima	%
+	+	Víctima	Víctima	Agente dañador	Agente dañador

2.4.1-Responsabilidad por negligencia con excepción de culpa contributiva

Con esta regla el único supuesto en el que el agente dañador responde es que la víctima haya adoptado las medidas precautorias exigidas por el estándar jurídico y él no lo haya hecho (y^0, z^*). En todos los demás casos, la víctima debe soportar el daño. Esto es así, y ésta es la diferencia con la regla de negligencia, aun cuando el agente dañador haya actuado con culpa.

El análisis es bastante sencillo. La víctima tomará medidas precautorias tanto cuando el agente dañador las haya tomado, para disminuir su coste esperado de $D.p(y^*, z^0)$ a $D.p(y^*, z^*) + V(z^*)$ –de 10 a 7 en la tabla que estoy utilizando de ejemplo–, como cuando el agente dañador se haya comportado negligentemente, a fin de reducir su coste esperado de $D.p(y^0, z^0)$ a $V(z^*)$ –de 50 a 5. Adviértase que este es el único supuesto en el que la víctima puede trasladar el coste del daño al agente dañador, simplemente adoptando medidas precautorias. Teniendo esto en cuenta, el agente dañador se comportará diligentemente, ya que $D.p(y^0, z^*) > A(y^*)$, esto es que $20 > 10$.

En definitiva, ambas partes adoptarán las medidas óptimas, por lo que la regla es eficiente.

Responsabilidad por negligencia con excepción de culpa contributiva		Víctima			
		Diligente		Negligente	
Agente dañador	Diligente	1)	AD: $A(y^*) / V: D.p(y^*, z^*) + V(z^*)$	3)	AD: $A(y^*) / V: D.p(y^*, z^0)$
	Negligente	2)	AD: $D.p(y^0, z^*) / V: V(z^*)$	4)	AD: 0 / V: $D.p(y^0, z^0)$

Nuevamente, si el juego no fuese simultáneo y el agente dañador pudiese observar la conducta de la víctima, optaría por ser negligente cuando ella fuese también negligente. Sin embargo, por las mismas razones ya explicadas en el punto V.2.1, ello no ocurrirá nunca. Dado que, con independencia de lo que haga el agente dañador, a la víctima siempre le es conveniente ser diligente, el equilibrio estará en el cuadrante 1.

2.4.2-Responsabilidad por negligencia con excepción de culpa comparativa

Esta regla libera de responsabilidad al agente dañador cuando las medidas que adopta son óptimas. Pero si la diligencia empleada es inferior al estándar jurídico cargará con todo el daño, cuando la víctima haya sido diligente, o con parte del daño, cuando la víctima también haya sido culpable. En este último caso, cada uno asumirá una parte proporcional del daño (D^A y D^V) en relación con su grado de negligencia.

Según esta regla, si el agente dañador tomó medidas precautorias óptimas, la responsabilidad recae exclusivamente sobre la víctima. Así las cosas, a ella le será ventajoso ser diligente también, ya que por definición las medidas óptimas de la víctima (z^*) minimizan el coste esperado del accidente cuando el agente dañador adecua su comportamiento al estándar jurídico [$D.p(y^*, z^0) > D.p(y^*, z^*) + V(z^*)$].

Si el agente dañador no adoptó medidas precautorias óptimas, aparentemente puede darse que a la víctima le convenga, o no, tomar medidas óptimas, según $V(z^*) > 0 < D^v.p(y^0, z^0)$. Pero esto es un error. Como demuestran LANDES y POSNER¹⁶⁵, para que sea posible que a ninguna de las partes le convenga tomar medidas precautorias óptimas debe ser cierto que:

- (ec.1) $A(y^*) > D^A.p(y^0, z^0)$, y que
- (ec. 2) $V(z^*) > D^v.p(y^0, z^0)$, entonces que
- (ec. 3) $(D^A + D^v).p(y^0, z^0) < A(y^*) + V(z^*)$

Nuevamente, por la definición de cuidado debido sabemos que ec. 3 es falsa, porque no puede darse el caso de que el valor de las medidas precauto-

¹⁶⁵ LANDES y POSNER, 1987: 80-82.

rias óptimas sea mayor que el valor esperado del daño sumado al coste de las medidas precautorias. De ello se sigue que ec. 1 y ec. 2 no pueden ser a la vez verdaderas. Si ec. 1 es falsa, el agente dañador habrá tomado medidas precautorias eficientes y la víctima hará lo mismo. Si ec. 2 es falsa la víctima tomará medidas precautorias óptimas, lo que impulsará al agente dañador a imitarla, ya que $A(y^*) < D.p(y^0, z^*)$.

En conclusión, esta regla de responsabilidad también conduce a las partes a obrar de forma eficiente.

Responsabilidad por negligencia con excepción de culpa comparativa		Víctima			
		Diligente		Negligente	
Agente dañador	Diligente	1)	AD: $A(y^*) / V: D.p(y^*, z^*) + V(z^*)$	3)	AD: $A(y^*) / V: D.p(y^*, z^0)$
	Negligente	2)	AD: $D.p(y^0, z^*) / V: V(z^*)$	4)	AD: $D^A.p(y^0, z^0) / V: D^v.p(y^0, z^0)$

Esta matriz es un tanto más complicada que el resto. Comencemos el análisis por el cuadrante 4. Para que ese sea un equilibrio debe ser verdadera la ec. 3 pero, como dije, es falsa por definición. Entonces, una de las partes será necesariamente diligente. Si la víctima es diligente, el agente dañador comparará el coste que debe soportar en el cuadrante 1 con el que debe soportar en el cuadrante 2 y elegirá el primero. En cambio, si el agente dañador es diligente, la víctima comparará el coste que debe soportar en el cuadrante 3 con el que debe soportar en el cuadrante 1 y optará por éste último. Así, el equilibrio se halla en el cuadrante 1.

2.4.3-Responsabilidad objetiva con excepción de culpa contributiva

En este supuesto el agente dañador será responsable siempre que la víctima haya adoptado las medidas precautorias que le eran exigibles, pero quedará exento de responsabilidad en caso contrario. Por lo tanto, su decisión de obrar diligentemente, o no, dependerá del comportamiento de la víctima.

La víctima tiene incentivos para tomar las medidas precautorias óptimas a fin de trasladar el coste del daño al victimario. Obsérvese que si el agente dañador no se comporta diligentemente, la víctima encontrará beneficioso adoptar las medidas óptimas para reducir su coste esperado de 50, porque será declarada contributivamente negligente si no toma precauciones, a 5 (el valor de las medidas precautorias necesarias para ser considerada inocente según esta regla y así hacer que el coste del daño recaiga sobre el agente dañador). Por el contrario, si el agente dañador adopta las medidas óptimas, a la víctima también le resultará conveniente ser diligente y reducir su coste esperado de 10 a 5.

Sabiendo esto, el agente dañador preferirá comportarse diligentemente para reducir su coste esperado de 20 a 12 (2 del valor esperado del accidente y 10 de las medidas precautorias).

Resumiendo, la víctima tomará z^* ya que $V(z^*) < D.p(y^*, z^0) < D.p(y^0, z^0)$. Por su parte el agente dañador también se comportará eficientemente porque $D.p(y^*, z^*) + A(y^*) < D.p(y^0, z^*)$.

En conclusión, la regla brinda a las partes incentivos apropiados para alcanzar el resultado eficiente.

Responsabilidad objetiva con excepción de culpa contributiva		Víctima			
		Diligente		Negligente	
Agente dañador	Diligente	1)	AD: $D.p(y^*, z^*) + A(y^*) /$ V: $V(z^*)$	3)	AD: $A(y^*) /$ V: $D.p(y^*, z^0)$
	Negligente	2)	AD: $D.p(y^0, z^*) /$ V: $V(z^*)$	4)	AD: 0 / V: $D.p(y^0, z^0)$

El equilibrio está en el cuadrante 1. La víctima será diligente en todo caso, por lo que el agente dañador también encontrará ventajoso tomar medidas óptimas.

2.4.4-Responsabilidad objetiva con excepción de culpa comparativa

Esta regla hace responsable exclusivamente al agente dañador cuando la víctima haya sido diligente. En el caso contrario, el coste del daño se distribuirá en proporción al grado de negligencia. Es importante distinguir, para analizar correctamente esta regla, que la víctima puede ser negligente de dos formas: a) omitiendo toda precaución (z^0) o; b) tomando medidas precautorias pero inferiores a las óptimas (z^i). Esta distinción es relevante porque si bien el agente dañador está sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva, su responsabilidad se atenúa con la culpa de la víctima. Ahora, si la víctima omite toda precaución, puede que sea considerada exclusivamente culpable, en cuyo caso el agente dañador quedará libre de responsabilidad. Es decir, pese a que el caso en el que el agente dañador es diligente y la víctima culpable, en principio, está regulado de modo que se distribuyan proporcionalmente los daños entre las partes, podría darse que la proporción correspondiente a la víctima fuese 100% de la culpa y, consecuentemente, 100% del daño. No obstante, es habitual que la víctima adopte alguna precaución, aunque sea insuficiente. Por ello, tomaré para el análisis el caso en el que las medidas adoptadas por la víctima, siendo positivas, no llegan a ser óptimas ($z^* > z^i > 0$).

Hecha esta aclaración, veamos qué incentivos proporciona esta regla. Al igual que en el caso de la regla de negligencia con excepción de culpa comparativa, se da que aparentemente cuando el agente dañador es negligente, la decisión de la víctima de tomar medidas precautorias se basará en si $V(z^*) > 0 < D^v.p(y^0, z^i) + V(z^i)$; mientras que cuando el agente dañador es diligente, la decisión de la víctima dependerá de si $V(z^*) > 0 < D^v.p(y^*, z^i) + V(z^i)$.

Sin embargo, aplicando el mismo análisis de LANDES y POSNER, expuesto en el punto V.2.4.2, sabemos que ambas partes tomarán las medidas correspondientes y que, a diferencia de lo que ocurre cuando la regla es la responsabilidad por negligencia, el agente dañador deberá cargar con el coste esperado del daño. Los incentivos respecto de la adopción de medidas precautorias son idénticos a los que brinda la responsabilidad por negligencia con excepción de culpa comparativa. La diferencia está en quién se hace cargo del daño cuando ambas partes se comportan diligentemente. En el primer caso, la responsabilidad recae finalmente sobre la víctima, mientras que en este supuesto sobre el agente dañador. El legislador debería optar por una u otra regla, no por los efectos sobre los incentivos de las partes que, como dije, son idénticos, sino atendiendo a los efectos sobre la distribución de riqueza que cada regla genera.

Responsabilidad objetiva con excepción de culpa comparativa		Víctima			
		Diligente		Negligente	
Agente dañador	Diligente	1) AD: $D.p(y^*, z^*) + \Lambda(y^*) / V: V(z^*)$	3) AD: $D^A.p(y^*, z^i) + \Lambda(y^*) / V: D^v.p(y^*, z^i) + V(z^i)$		
	Negligente	2) AD: $D.p(y^0, z^*) / V: V(z^*)$	4) AD: $D^A.p(y^0, z^i) / V: D^v.p(y^0, z^i) + V(z^i)$		

Por un razonamiento análogo al del punto V.2.4.2, puede afirmarse que la situación de equilibrio es la del cuadrante 1.

3-El nivel de actividad de las partes

Hasta aquí me he ocupado de estudiar los efectos de las distintas reglas de responsabilidad sobre los incentivos de las partes para tomar medidas precautorias eficientes. No obstante, como señalé al comienzo de este capítulo, el análisis debe ser completado considerando el impacto de estas reglas sobre los niveles de actividad del agente dañador y de la víctima. Ello es así porque la debida diligencia no es el único factor que influye en la probabilidad de ocurrencia del daño. La frecuencia con la que los individuos se involucran en sus actividades también aumenta o disminuye esta probabilidad, por lo que es igualmente relevante para calcular el coste esperado del accidente.

Esto puede apreciarse fácilmente con un ejemplo: un automovilista puede comportarse diligentemente o negligentemente. Si en lugar de ajustarse a la velocidad máxima permitida de 80Km/h conduce a 85Km/h, sin dudas será negligente y aumentará, aunque sea de forma mínima, la probabilidad de que ocurra un accidente. Lo interesante es que esta probabilidad también varía cuando el conductor se comporta diligentemente, manteniéndose dentro del límite de velocidad, pero aumenta la frecuencia o las horas que conduce por día. Si el conductor inicialmente sólo sale con el automóvil los domingos para dar un paseo y luego comienza a utilizarlo para trasladarse diariamente hasta su trabajo, las probabilidades de que ocurran accidentes se incrementarán. Del mismo modo aumentarán si en lugar de conducir una hora diaria hasta el centro de la ciudad, el individuo conduce 8 horas diarias (supongamos porque cambió de empleo y ahora es transportista). Siendo esto así, en algunos casos, luego de que se tomen las medidas precautorias óptimas puede ser necesario que el agente limite su actividad para minimizar el coste esperado del accidente. Ello significa que controlar el nivel de actividad puede ser tan importante como controlar el nivel de precaución a los fines de lograr un resultado eficiente.

El modelo que presentaré a continuación presupone entonces dos cosas: a) que un aumento en el nivel de actividad eleva el coste esperado de los daños; y b) que un aumento en el nivel de actividad incrementa, al menos hasta cierto punto, la utilidad del agente¹⁶⁶.

Supongamos que Jordi realiza una actividad capaz de producir un daño de 50 cuando no toma medidas precautorias, pero la probabilidad de su ocurrencia disminuye al 50% si invierte 10 en la diligencia óptima. El beneficio que obtiene de la actividad es de 100. Imaginemos también que Jordi tiene la posibilidad de disminuir su nivel de actividad, obteniendo un beneficio de sólo 80, lo que reduce la probabilidad de que ocurra un accidente al 20%, de modo que el coste esperado del daño es 10 y lo óptimo es que no invierta en medidas precautorias de ningún tipo¹⁶⁷. Resumida en un cuadro, la situación es la siguiente:

¹⁶⁶ SHAVELL, 1987: 21.

¹⁶⁷ El nivel óptimo de precaución puede depender, como en este caso, del nivel de actividad. Por ello, con la actividad inicial puede ser óptimo invertir 10 en diligencia, pero si se reduce la actividad puede ser óptima una precaución menor, o incluso ninguna. Un ejemplo sencillo ilustrará este punto. Un individuo puede encontrar ineficiente comprar un par de guantes para proteger sus manos cuando lava los platos en su casa. Pero si consiguiese un trabajo de lavaplatos y estuviese 8 horas por día realizando esa tarea, sin dudas lo óptimo sería que emplease los guantes.

Nivel de actividad	Beneficio para el agente dañador	Medidas precautorias óptimas	Probabilidad de ocurrencia	Coste esperado del daño	Excedente social
Nivel inicial	100	10	50%	25	65
Nivel reducido	80	0	20%	10	70

La riqueza social se maximiza cuando el agente dañador reduce su actividad. Nótese que con la actividad inicial el beneficio social es de 65 ($100 - 10 - 25$) mientras que con la actividad limitada es de 70 ($80 - 0 - 10$). A la sociedad en su conjunto le resulta conveniente que se restrinja el nivel de actividad.

¿Cuáles son las reglas que incentivarán al agente dañador para que actúe eficientemente? Un régimen de responsabilidad objetiva, a diferencia de la regla de negligencia, logrará el objetivo de minimizar los costes primarios. Veamos por qué. En todos los casos, el agente dañador tomará su decisión respecto del nivel de actividad teniendo en cuenta el excedente que obtiene cuando realiza la actividad a su nivel inicial y el que obtiene cuando la reduce. Este excedente depende del tipo de regla de responsabilidad que regule su conducta. Cuando la regla es de **negligencia**, invirtiendo 10 en medidas precautorias se libera de responsabilidad, entonces comparará los beneficios que obtiene de la actividad al nivel inicial (B^i) con los que obtiene de la actividad reducida (B^r), descontando en ambos casos los costes de las medidas precautorias óptimas para cada nivel. Así, elegirá el nivel según $B^i - A(y^{i*}) > 0 < B^r - A(y^{r*})$. Como en el caso de la tabla el nivel inicial le reporta un excedente de 90 y la reducción uno de 80, el agente optará por no reducir su nivel de actividad y el resultado será ineficiente.

Con una regla de **responsabilidad objetiva** el cálculo es distinto. Su decisión de reducir el nivel de actividad dependerá de que $B^i - D.p(y^{i*}) - A(y^{i*}) > 0 < B^r - D.p(y^{r*}) - A(y^{r*})$. En el ejemplo de la tabla como el nivel inicial le supone un excedente de 65 ($100 - 25 - 10$) y el nivel reducido uno de 70 ($80 - 0 - 10$), reducirá el nivel y el resultado será eficiente. Esta regla brindará siempre los incentivos correctos. Cada vez que a la sociedad le resulte conveniente que el nivel de actividad sea considerado por el agente dañador, un régimen de responsabilidad objetiva hará que él ajuste su conducta.

Esto se explica porque la responsabilidad objetiva opera sobre el agente dañador haciendo que interprete las medidas precautorias en un sentido amplio, incluyendo como un modo de reducción de la probabilidad de ocurrencia, o evitación del accidente, la limitación de su nivel de actividad. Como adelanté, los estándares de diligencia que emplean los tribunales suelen ser complejos, compuestos de muchas variables. Por ejemplo, en el caso de los

conductores de automóviles, el estándar puede considerar relevante la velocidad a la que conducen, si mantienen el vehículo en condiciones, si respetan los semáforos, etcétera, pero en ningún caso incluyen el nivel de actividad. Ningún juez se pregunta si el conductor podía haber disminuido la probabilidad de ocurrencia del accidente limitando la cantidad de horas que conduce por día¹⁶⁸. Por esta razón, cuando la regla es la negligencia, los agentes no tendrán incentivos para incorporar dentro de sus medidas la reducción de actividad. Pero la responsabilidad objetiva, al hacer que el agente internalice los costes del accidente, brinda incentivos para la limitación cuando ella es eficiente¹⁶⁹.

Una regla de **no responsabilidad** obviamente, así como no tiene efectos sobre la adopción de medidas precautorias por parte del agente dañador tampoco brinda incentivos correctos para la limitación de la actividad. Cualquier medida o restricción implica una resignación de beneficios sin sentido desde su punto de vista.

La **responsabilidad por negligencia con excepción de culpa de la víctima**, en cualquiera de sus versiones, por las razones vistas al analizar la negligencia en general, no incentivará al agente dañador en lo que hace al nivel de actividad. Su responsabilidad se limita a la adopción de las medidas precautorias óptimas, que no incluyen dentro del estándar el nivel de actividad.

Por último, la **responsabilidad objetiva con excepción de culpa de la víctima**, también en cualquiera de sus versiones, dado que la víctima tomará medidas precautorias pero no reducirá su nivel de actividad porque el estándar de culpa no lo exige, hará que el agente sí reduzca la propia activi-

¹⁶⁸ LANDES y POSNER, 1987: 66. No obstante, esto no es del todo así. Muchas veces la normativa establece un número máximo de horas durante las cuales puede realizarse la actividad. Por ejemplo, en el transporte de larga distancia existen este tipo de restricciones. La violación de la norma determinará que la conducta del agente sea negligente. Pero esta consideración del nivel de actividad como parte de la diligencia debida no es uniforme en todos los ámbitos. Los jueces no se cuestionan, es cierto, si el agente podía haber disminuido eficientemente el nivel de riesgo utilizando su automóvil únicamente tres veces por semana y valiéndose de transporte público el resto de los días.

¹⁶⁹ Esta conclusión ha sido cuestionada en GILLES, 1992: 329. Su argumento consiste en señalar que las categorías «precaución» y «nivel de actividad» no son mutuamente excluyentes. En muchas ocasiones es difícil saber si un individuo fue negligente o si su nivel de actividad fue excesivo. Por ejemplo, si alguien en un día de fuerte nevada decide ir a su trabajo en bicicleta en lugar de tomar el transporte público, uno puede considerar que fue negligente, o bien que el nivel de actividad óptimo era cero; o incluso, que fue negligente *porque* el nivel de actividad óptimo era cero: *debió* ir en transporte público y no en bicicleta. El autor analiza además distintos casos en los que evaluar la negligencia implica considerar el nivel de actividad. Creo que la crítica es interesante, pero daré por bueno el punto usualmente expuesto por el AED según el cual los tribunales tienen serias dificultades en incorporar la eficiencia del nivel de actividad en el estándar de diligencia.

dad cuando ello sea eficiente. Debe recordarse que el agente es el responsable residual, es decir, que cargará con el daño cuando la víctima sea diligente, y por ello intentará disminuir su valor esperado. Cuando este valor puede ser minimizado limitando la actividad, el agente obrará en ese sentido.

Por parte de la víctima, el razonamiento es el inverso en todos los casos. Esto significa que la regla de responsabilidad que incentiva a que el agente dañador limite su actividad hace que la víctima no la limite y viceversa. Ello se debe simplemente a que las partes elegirán un nivel de actividad eficiente sólo cuando sean los responsables residuales¹⁷⁰. En el próximo punto se verá más clara esta cuestión.

4-Las medidas precautorias y el nivel de actividad: la imposibilidad de conseguirlo todo

A partir de lo explicado en los tres primeros puntos de esta sección, puede elaborarse el siguiente cuadro comparativo sobre cómo incentivan a las partes las distintas reglas de responsabilidad para adoptar medidas precautorias y ajustar su nivel de actividad a lo que resulte eficiente:

Reglas	Agente dañador		Víctima	
	Medidas precautorias	Nivel de actividad	Medidas precautorias	Nivel de actividad
Negligencia	+	-	+	+
Responsabilidad objetiva	+	+	-	-
No responsabilidad	-	-	+	+
Negligencia con excepción de culpa de la víctima	+	-	+	+
Responsabilidad objetiva con excepción de culpa de la víctima	+	+	+	-

A primera vista puede notarse que **no hay ninguna regla de responsabilidad totalmente eficiente**. Ninguna de las reglas analizadas es capaz de incentivar a ambas partes para que regulen su actividad y adopten las medidas precautorias óptimas¹⁷¹.

Siendo ello así, el legislador debe elegir la regla que regirá en cada área del derecho de daños teniendo en cuenta qué objetivos pueden lograrse con cada

¹⁷⁰ MICELLI, 2004: 67.

¹⁷¹ SHAVELL, 1980: 7.

una. Así, por ejemplo, si desea regular los casos de precaución bilateral, deberá descartar inmediatamente la responsabilidad objetiva y la regla de no responsabilidad. Entre las restantes, deberá inclinarse por una u otra según sea necesario incentivar al agente dañador o a la víctima para que reduzca su actividad. Ya que no hay ninguna regla capaz de incentivar a ambos a la vez, cuando se enfrente con un caso en el que sería eficiente que ambos limitasen su actividad deberá establecer una regla que incentive a aquel cuyo nivel excesivo produce un incremento mayor en el valor esperado del daño. Dado que la regla de negligencia y la de negligencia con excepción de culpa de la víctima tienen los mismos efectos respecto de las dos variables que estoy analizando, la opción del legislador estará entre cualquiera de ellas y la responsabilidad objetiva con excepción de culpa de la víctima. El resultado será subóptimo, pero el mejor que puede alcanzarse con el sistema de responsabilidad civil. Veamos un ejemplo. Supongamos que el agente dañador y la víctima pueden realizar dos niveles de actividad (Dn1 y Dn2 para el agente dañador y Vn1 y Vn2 para la víctima), cuyos beneficios, costes de medidas precautorias óptimas y valores esperados del daño son los siguientes:

Nivel de actividad	Beneficio		Coste de las medidas precautorias óptimas		Coste esperado del daño	Excedente social
	Agente dañador	Víctima	Agente dañador	Víctima		
Dn1; Vn1	100	90	10	5	25	150
Dn1; Vn2	100	85	10	1	15	159
Dn2; Vn1	80	90	0	3	5	162
Dn2; Vn2	80	85	0	0	2	163

Con estos valores el resultado eficiente es que ambos reduzcan su nivel de actividad. El excedente social más elevado (163) se obtiene cuando el agente dañador reduce su actividad a Dn2 y la víctima la reduce a Vn2. Como ninguna regla de responsabilidad puede lograr incentivar al agente dañador y a la víctima a la vez, el legislador debe optar por el segundo mejor resultado. Este es que el agente dañador limite su actividad y la víctima no lo haga. Para lograrlo debe emplear una regla de responsabilidad objetiva con excepción de culpa de la víctima.

Por supuesto que para poder realizar esta tarea se requiere una información usualmente difícil de obtener. Pese a ello, a veces es fácil advertir cuál de las partes incrementa en mayor medida los riesgos sin contar con datos precisos. Así, al elegir entre los peatones y los automovilistas, claramente quienes deben ajustar su nivel de actividad son estos últimos, por lo que tendría perfecto sentido que la regla que regula los accidentes de tránsito sea la responsabilidad objetiva con excepción de culpa de la víctima.

5-El estándar de cuidado debido

5.1-La fórmula de *Learned Hand*

Antes expliqué que las reglas de negligencia y las que incorporan la excepción de culpa de la víctima sólo pueden producir resultados eficientes si el estándar jurídico establecido por el legislador y aplicado por los jueces coincide con el nivel de cuidado óptimo (V.1.1). La pregunta que debe responderse es cómo se determina este nivel óptimo. En otras palabras, ¿cuándo las medidas precautorias son eficientes?

El juez Learned Hand, en el famoso caso *United States v. Carroll Towing Co.*¹⁷², sostuvo que la diligencia es una función de tres variables:

- a) la probabilidad de ocurrencia del accidente
- b) la gravedad del accidente si ocurre
- c) el coste de las medidas precautorias

De acuerdo con esto, un individuo será negligente cuando el coste de las medidas precautorias sea menor que el valor del daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia y pese a ello haya omitido tomarlas. En la notación que estoy utilizando, la negligencia será definida como la omisión de tomar precauciones pese a que $A(y) < D \cdot p(y)$. La razón por la que se considera negligente únicamente a quien no adopta medidas cuando se da esta condición es que a un coste mayor que el valor esperado del daño no tiene sentido invertir en diligencia. Sería absurdo, por ejemplo, invertir 60 para evitar un daño de 50. Debe recordarse que el coste del accidente comprende tanto el valor esperado del daño como el coste de las medidas precautorias.

Una primera aproximación para comprender el fundamento de la fórmula consiste en considerar, desde el punto de vista individual, qué coste en medidas precautorias estaría dispuesto a asumir un agente racional que actuase con información completa para evitar sufrir un daño él mismo. Evidentemente su límite estaría en el valor esperado del daño. Parece obvio que si éste es de 50, para estar económicamente justificada la inversión en medidas precautorias debe ser de una suma inferior al valor del daño. Este razonamiento se extiende al caso en el que la inversión en precaución debe ser asumida por uno de los agentes a fin de prevenir o disminuir los daños sufri-

¹⁷² 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

dos por el otro¹⁷³. Ahora, ¿es esto del todo correcto? ¿Debe tomarse *cualquier* medida cuyo coste sea menor al valor del daño?

Se ha señalado que la formula de Hand es ambigua, susceptible de tres interpretaciones¹⁷⁴. Una **primera interpretación**, la literal, exigiría invertir en medidas precautorias hasta el valor esperado del daño. Así, veamos qué ocurre en un caso en el que hay cuatro niveles de medidas precautorias tal como muestra la siguiente tabla:

Coste de las medidas precautorias	Probabilidad de ocurrencia	Daño esperado	Coste del accidente
0	100%	50	50
10	70%	35	45
23	50%	25	48
30	40%	20	50

Con estos valores el agente que no invirtiese 23 en medidas precautorias sería considerado negligente porque $23 < 25$. Sin embargo, el resultado eficiente se da cuando se toman medidas precautorias de 10, ya que así se minimiza el coste de los accidentes.

Esto lleva a la **segunda interpretación** de la formula de Hand según la cual la relación entre la precaución y el valor esperado del accidente debe medirse en términos marginales. Siendo ello así, será negligente el individuo que no adopte medidas precautorias cuyo beneficio marginal sea superior a su coste marginal. El beneficio marginal está dado por la reducción en el valor del daño respecto del nivel de precaución anterior. En el caso de la tabla, cuando se pasa de invertir 10 a invertir 23, el coste marginal de la medida es de 13 y el beneficio marginal puede calcularse observando la reducción del daño esperado. Esta es de sólo 10, ya que pasa de 35 a 25. Entonces, el coste de las medidas adicionales no es compensado por el beneficio que se obtiene al tomarlas, por lo tanto, deben ser omitidas. La interpretación literal, en cambio, sólo se detendría cuando el coste total de las medidas fuese superior al coste esperado del daño, como en la última fila de la tabla.

La **tercera interpretación** consiste en aplicar la fórmula en términos marginales pero con información limitada. En lugar de suponer que los jueces disponen de los datos necesarios para calcular la precaución óptima de las partes, este modelo supone que sólo pueden realizar sus cálculos tomando como dado lo que *de hecho* hizo la otra parte. Como vimos en el punto V.2, cuando se requiere que los dos involucrados en el accidente tomen medidas para lograr el resultado eficiente, la información necesaria para determinar el

¹⁷³ HIRSCH, 1999: 143.

¹⁷⁴ BROWN, 1973: 332-335.

nivel óptimo de cada uno de ellos es de difícil acceso. La pregunta que se formularía el juez, entonces, es si dado cómo se comportó de hecho cada una de las partes ellas podrían haber realizado alguna acción capaz de reducir el valor esperado del daño a un coste marginal menor que el beneficio marginal de la acción¹⁷⁵.

Aunque esta tercera interpretación pueda parecerse más a lo que hacen los tribunales al decidir un caso, la segunda interpretación es la que con mayor precisión define, a nivel teórico, la negligencia de las partes. También es la empleada por la inmensa mayoría de los autores en sus análisis. Según POSNER, además, la fórmula de Hand expresa la esencia del resto de las reglas de responsabilidad que conducen a resultados eficientes¹⁷⁶. Esto parece poco controvertido, ya que tanto la aplicación de la fórmula como la del resto de las reglas explicadas más arriba requieren fundamentalmente la realización de un análisis coste-beneficio. Comparando la segunda con la tercera interpretación, en términos estrictos, la segunda nos conducirá siempre al mejor resultado posible, pero requiere para su aplicación una información que no está usualmente disponible. La tercera, en cambio, implica un resultado subóptimo; no obstante, será el mejor que puede lograrse con información limitada.

Aun así, queda un problema por resolver que afecta a la fórmula de Hand en cualquiera de sus versiones. El problema al que me refiero es si ella debe aplicarse objetiva o subjetivamente. A continuación analizaré la doctrina del hombre razonable, según la cual la culpa debe considerarse un estándar objetivo.

5.2-La doctrina del hombre razonable

Una aproximación alternativa, más tradicional, a la determinación del estándar de diligencia es la doctrina del hombre razonable. Para saber si alguien fue negligente uno debe preguntarse cómo hubiese actuado en esas circunstancias un individuo razonable. Otras formulaciones similares son el «buen hombre de negocios», el «buen padre de familia» o el «hombre medio». Los partidarios del AED creen que un hombre razonable actuaría siempre aplicando la fórmula de Hand: nunca realizaría una acción cuyos beneficios esperados fuesen inferiores a sus costes. Hay una gran discusión respecto de

¹⁷⁵ BROWN, 1973: 334.

¹⁷⁶ POSNER, 1972: 29-96. El autor analiza la aplicación de las distintas reglas del *Common Law* en casos de daños a partir de sentencias dictadas entre 1875 y 1905. En todos ellos encuentra una justificación económica de las doctrinas basada en un análisis coste-beneficio. Por otra parte, en POSNER, 1998: 180-181, sostiene que los tribunales se ven restringidos a un análisis marginal con información limitada.

si esta doctrina puede o no ser subsumida en el análisis coste-beneficio¹⁷⁷. En este apartado no me ocuparé de este problema sino que analizaré qué función económica cumple la doctrina del hombre razonable según la entiende el AED.

En la fórmula de Hand tal como fue explicada está implícito que el coste de la precaución es igual para todos los agentes dañadores. Sin embargo, ello no es exactamente así en la realidad¹⁷⁸. El coste de las medidas precautorias en algunos casos puede ser objetivo, por ejemplo, instalar unos frenos de mejor calidad implica un coste idéntico para todos los agentes dañadores: el precio de mercado¹⁷⁹. Pero observar un determinado estándar de diligencia al conducir puede tener distintos costes para cada agente, según se trate de personas más o menos hábiles al volante. ¿Qué costes de precaución deberá tomar en cuenta el juez a los fines de calcular si eran mayores o menores que el valor esperado del daño? Si adopta un parámetro objetivo, por ejemplo el del hombre medio o razonable, los individuos menos hábiles se verán perjudicados, porque para ellos será más costoso que para el resto cumplir con el estándar. Lo revelante no es esto de todos modos, sino que el resultado en concreto puede llegar a ser ineficiente, si los costes marginales de tomar las medidas precautorias para la persona torpe son mayores que el beneficio marginal obtenido por la reducción del daño.

Veamos un ejemplo. Supongamos que hay tres individuos con distinta habilidad: el hombre torpe, el hombre medio y el hombre hábil. Imaginemos que los tres se encuentran en una situación en la que pueden ocasionar un daño de 100 si no adoptan medidas precautorias, pero la probabilidad de ocurrencia puede disminuir a 50%, 20% o 15% si adoptan el nivel 1, 2 o 3 de precaución respectivamente. Como muestra la tabla que sigue, el coste de estos niveles de diligencia es distinto para cada uno de los individuos. El coste esperado del accidente varía lógicamente en función del nivel de precaución que se adopte, pero también en función de quién sea el agente dañador.

¹⁷⁷ GILLES, 1994: 1015-1054. El autor sostiene que la fórmula de Hand y la doctrina del hombre razonable no son estándares mutuamente excluyentes. También es falsa la afirmación de que la segunda es una forma de aplicación de la primera. Cree que la fórmula de Hand constituye una norma de la comunidad y que para implementarla es necesario prestar atención a los valores de la persona media. En definitiva, la fórmula es correcta siempre que no se interprete en términos exclusivamente monetarios.

¹⁷⁸ MICELI, 2004: 50.

¹⁷⁹ Esto es así siempre que nos limitemos al estudio de los costes primarios. En términos de costes secundarios la carga de instalar los frenos no es igual para todos, sino que depende del ingreso y la riqueza de cada uno. Véase el punto IV.4.

Y	A (y ^{HM})	A (y ^{HT})	A (y ^{HH})	D	p(y)	D·p(y)	Ce (y ^{HM})	Ce (y ^{HT})	Ce (y ^{HH})
N1	10	20	1	100	50%	50	60	70	51
N2	25	60	5	100	20%	20	45	80	25
N3	60	130	9	100	15%	15	75	145	24

Los costes de las medidas precautorias, A(y), se diferencian con los superíndices HM (para el hombre medio), HT (para el hombre torpe) y HH (para el hombre hábil). Lo mismo respecto de los costes esperados de los accidentes, Ce.

El punto que quiero resaltar es que el nivel eficiente de precaución es distinto para cada sujeto. Para el hombre medio el nivel 2 es el óptimo, mientras que el 1 lo es para el torpe y el 3 para el individuo más hábil. Esto significa que si los legisladores, o los jueces en los casos particulares, contasen con esta información deberían exigir distintos niveles de diligencia a cada persona. Sólo así se lograría un resultado completamente eficiente. Obsérvese que para el hombre torpe el coste marginal de pasar del nivel 1 de precaución al 2 es de 40, mientras que la reducción del daño esperado es de 30. Pese a ser ineficiente, cuando la regla es la negligencia, el individuo torpe adoptará el nivel 2 de precaución, ya que así minimiza su coste esperado. Si adopta un nivel inferior al 2 entonces será hallado negligente y deberá enfrentar un coste esperado de 100 o de 70, según haya omitido toda diligencia o haya adoptado el nivel 1. Cuando adopta el nivel 2, no será considerado negligente, por lo que su coste total será de 60 (el coste de las medidas precautorias). En cualquier caso, le es más conveniente ser diligente que negligente, pero el resultado, como dije, es ineficiente. Si la regla que rige es la responsabilidad objetiva, el individuo asumirá un nivel de precaución siempre eficiente; este será el que minimiza el coste esperado total del accidente.

Algo similar ocurre con el hombre más hábil. Mientras que lo eficiente sería que adopte el nivel 3 de diligencia, él se limitará al nivel 2, porque ello minimiza su coste total. Una vez que invierte 9 en medidas precautorias deja de ser responsable del daño.

La eficiencia de la regla del hombre razonable puede ser justificada sobre la base de los altos costes de información en los que debería incurrirse para discernir los distintos niveles de habilidad entre las personas. Al establecer el estándar jurídico de diligencia tomando como referencia los costes de precaución para el hombre medio, habrá coincidencia en la mayoría de los casos entre el estándar jurídico y el nivel que es subjetivamente eficiente exigir a cada persona. A la vez esto permite un ahorro importante en costes de información necesarios para determinar en cada caso cuál era la diligencia óptima. Sin embargo, el hecho de que una persona sea incapaz de adoptar un nivel más alto de medidas precautorias a un coste razonable no significa que

le sea imposible evitar el accidente a un coste razonable. Siempre tendrá la alternativa de reducir su nivel de actividad o de abstenerse de realizarla¹⁸⁰.

Es la doctrina del hombre razonable lo que anima a POSNER a sostener que la negligencia constituye un estándar objetivo¹⁸¹. Si bien esto es cierto, él mismo reconoce que cuando los costes de información son bajos los tribunales tienden a alejarse de esta doctrina y entran a evaluar la capacidad en concreto del individuo para reducir el valor del daño a un coste razonable. Así, las personas especialmente calificadas, como los médicos y los profesionales en general, son juzgadas con un estándar de diligencia más alto cuando actúan en circunstancias normales a las que todos estamos expuestos; mientras que otras personas, como los ciegos, son sujetas a un estándar menos exigente que el del hombre razonable¹⁸².

6-Un breve repaso y algunas consideraciones adicionales

En el desarrollo precedente he analizado los efectos económicos de las distintas reglas de responsabilidad civil extracontractual que generalmente emplean los sistemas jurídicos. He dejado de lado las reglas referidas a los daños intencionales, porque mi preocupación central son los accidentes.

Los supuestos más interesantes que se plantean en este campo son los de precaución bilateral. En estos casos ni la regla de responsabilidad objetiva ni la regla de negligencia aisladamente pueden incentivar a las partes a adoptar medidas precautorias óptimas. Ambas requieren ser complementadas con una excepción de culpa de la víctima. Al introducir esta defensa podría pensarse que el sistema se termina basando fundamentalmente en la idea de responsabilidad por culpa, pero ello no es así. La responsabilidad objetiva con excepción de culpa de la víctima se diferencia de la negligencia contributiva o comparativa en quién es el responsable residual. Con la primera regla el agente dañador debe cargar con el coste del accidente cuando nadie obró negligentemente. En cambio, con la segunda, la víctima es responsable residualmente. Esto implica que las reglas de responsabilidad civil, como surge de lo dicho en el capítulo III, tienen efectos en la distribución del ingreso.

Justamente, el hecho de que haya un responsable residual es la razón por la cuál será imposible motivar a ambas partes para que regulen su nivel de actividad de modo eficiente. Lo máximo a lo que pueden aspirar las reglas de responsabilidad civil es a motivar tanto al agente dañador como a la víctima para que adopten medidas precautorias eficientes, pero más allá de esto, aquél que no es responsable residual no tendrá motivos adicionales para, por

¹⁸⁰ LANDES y POSNER, 1987: 126.

¹⁸¹ POSNER, 1972: 31.

¹⁸² LANDES y POSNER, 1987: 126-127.

ejemplo, reducir su nivel de actividad, ya que una vez satisfecho el estándar jurídico de diligencia se libera de responsabilidad.

Por último, otra diferencia entre ambos tipos de reglas está dada por los incentivos que generan a las partes para invertir en obtener información. Uno podría preguntarse si tiene sentido responsabilizar objetivamente al agente dañador aun cuando no sea el evitador más económico del accidente. Esta pregunta es pertinente ya que muchas veces la decisión del legislador de hacer responsable a una de las partes más allá de su diligencia no está apoyada en información precisa sobre los costes de precaución en los que deben incurrir las categorías de personas a las que la regla se aplica. ¿Qué razón podría haber para establecer en estos casos una responsabilidad objetiva? La razón podría ser incentivar a los agentes dañadores a que inviertan recursos en la obtención de información relevante para prevenir los accidentes a menor coste en el futuro¹⁸³. Por ejemplo, pese a que uno piense que los fabricantes de automóviles no son actualmente los evitadores más económicos de accidentes automovilísticos, sino que los conductores lo son, tiene perfecto sentido hacer solidaria y objetivamente responsables a los primeros, si se cree que en el futuro ellos podrán desarrollar nueva tecnología que reducirá el coste de los accidentes a un nivel menor que el presente. La justificación de esta regla de responsabilidad estaría en el análisis a largo plazo.

¹⁸³ CALABRESI y KLEVORICK, 1985: 625. Con posterioridad, SHAVELL desarrolló un modelo sobre los incentivos que brindan las distintas reglas de responsabilidad extracontractual para obtener información acerca del riesgo de una actividad. Véase SHAVELL, 1992.

VI-CRÍTICA A LA *NATURALEZA RECÍPROCA DEL PROBLEMA* COMO PARADIGMA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Mi propósito en este capítulo es criticar parcialmente la versión positiva del AED. Como ya he mencionado en el capítulo I, una de las tesis positivas sostiene que la eficiencia nos permite *comprender* la práctica de la responsabilidad extracontractual. POSNER, por ejemplo, ha argumentado que las doctrinas del *Common Law* buscan promover la eficiencia. Alega que todas las reglas del sistema pueden ser entendidas en términos de la fórmula de Hand, de modo que las razones subyacentes del sistema tienen que ver con la maximización de la riqueza.

En otras ocasiones, los estudios positivos consisten en la aplicación del método económico para predecir el impacto de las normas sobre los incentivos de sus destinatarios y el resultado final en la asignación de recursos. El análisis realizado en el capítulo V es una muestra de este tipo de trabajos. Allí se explican, a partir de modelos basados en el supuesto de comportamiento racional de los agentes, cuáles son los efectos sobre los incentivos de los individuos cuando están sujetos a las distintas reglas de responsabilidad extracontractual. Respecto de estos estudios no puedo más que recomendar su lectura. Más allá de las críticas que merece el AED como teoría general para la comprensión de la práctica, debe reconocerse que actualmente muchos autores de esta corriente realizan estudios de este tipo que, como he adelantado, considero de gran valor.

Finalmente, otros trabajos intentan una recaracterización conceptual de la responsabilidad extracontractual. Así, interpretan la culpa, la responsabilidad objetiva o la causalidad, entre otros conceptos, en términos de eficiencia.

En esta Sección me ocuparé de criticar tanto la tesis que se refiere a la comprensión de la práctica como el abandono de la *estructura conceptual* del derecho de daños.

En los capítulos II y III hemos visto que una concepción agregativa de la sociedad necesariamente nos conducirá a analizar el fenómeno de los daños como un problema de naturaleza recíproca. Desde este punto de vista, las políticas deben estar dirigidas a minimizar el coste agregado de los accidentes, es decir, el que soportan todos los individuos de la sociedad en su conjunto. Para ello, debe implementarse un sistema de reglas de responsabilidad extracontractual basado exclusivamente en un análisis coste-beneficio. Según la teoría positiva, el principio de eficiencia expuesto en este razonamiento normativo subyace a todas las reglas del sistema y a todas las doctrinas creadas por los jueces y juristas.

Argumentaré que este paradigma, el de la naturaleza recíproca del problema, es un paradigma equivocado para estudiar la responsabilidad extracontractual. El análisis coste-beneficio aplicado a la responsabilidad extracontractual como sucedáneo de la teoría tradicional adolece de dos problemas relacionados: problemas descriptivos, más específicamente de comprensión, y problemas conceptuales. Los primeros se refieren a la incapacidad de esta teoría de explicar las razones subyacentes del sistema de responsabilidad civil. Los segundos se relacionan con la forma implausible en que el AED recaracteriza los conceptos empleados por los juristas. La noción de causalidad, que resulta fundamental para comprender el derecho de daños, es para el AED innecesaria o vacua. Esta corriente tampoco puede dar cuenta de la distinción entre la actividad riesgosa y la conducta incorrecta, por lo tanto, tampoco entre la responsabilidad objetiva y la culpa. No puede explicar por qué los montos indemnizatorios se corresponden con el valor de los daños, ni refleja la idea de que las decisiones de los jueces no están fundadas en un análisis consecuencialista sino en el reconocimiento de que las interacciones de las partes están reguladas por un complejo de derechos y deberes. En la Tercera Parte analizaré en detalle de qué modo están relacionadas la comprensión de la práctica con la adecuada caracterización de los conceptos que figuran en ella. Por ahora basta con asumir que una explicación del punto de vista interno no puede prescindir del contenido que los conceptos fundamentales que organizan la práctica tienen para los participantes. Así, cualquier inconveniente en este segundo nivel se traslada indefectiblemente al primero.

Uno podría cuestionarse si es importante que el AED sea descriptivo y si es imprescindible que dé cuenta de las categorías tradicionales. Es más, un partidario del análisis económico podría responder sosteniendo que justamente pretende criticar estas categorías y por esta razón no puede dar cuenta de ellas. Incluso, para algunos, el aporte verdaderamente importante de esta escuela es haber refinado la terminología de la teoría jurídica. Las herramientas económicas habrían mejorado la claridad y la lógica de la argumentación cambiando las categorías con las que los juristas piensan los problemas¹⁸⁴.

En cuanto a lo primero, si el AED tuviese pretensiones exclusivamente normativas, no sería criticable su incapacidad para comprender la práctica del derecho de daños. Pero, como vimos en el capítulo I, esta línea de pensamiento presenta dos tipos de tesis: positivas y normativas. Por ello, no puede escapar a la crítica de este modo o, mejor dicho, puede evadir la objeción convirtiéndose en una teoría exclusivamente normativa... una teoría, además, cuya implausibilidad intenté poner de manifiesto en el capítulo II.

¹⁸⁴ Véase, por ejemplo, HANSMANN, 1983: 228 y 236.

En cuanto a la segunda objeción, referida a que es imposible que el AED dé cuenta de los conceptos y las categorías tradicionales porque pretende que sean abandonados, la cuestión no es tan sencilla. En primer lugar, si bien el AED se presenta como una teoría disolvente, permanentemente intenta ganar el apoyo de los juristas reinterpretando las doctrinas y los conceptos que ellos emplean en términos económicos, incluso cuando ciertas nociones no tienen un sentido claro a la luz del principio de eficiencia. Esto significa que procura preservar tanto como sea posible las categorías con las que estamos acostumbrados a analizar el derecho de daños, dándoles un contenido distinto. Así, aunque consideren que la causalidad es ajena al derecho de daños, los trabajos más importantes, como se verá oportunamente, incluyen un capítulo sobre la *causación* e intentan comprender esta exigencia en términos económicos. En otras palabras, intentan traducir el discurso causal a un lenguaje económico.

Por otra parte, la propuesta del AED no consiste simplemente en reemplazar un instrumental teórico por otro distinto. Si una teoría es superior a otra es razonable adoptarla dejando de lado las ideas de la teoría anterior. Pero el AED requiere mucho más que esto. Requiere que nos desprendamos de ciertas categorías profundamente enraizadas en nuestro modo de ver el mundo. Si se nos exige olvidar la distinción entre la acción incorrecta y la acción que sin ser incorrecta genera riesgos, se nos está pidiendo demasiado. Una teoría que nos obliga a desprendernos de estas nociones, y de las intuiciones que están detrás de ellas, pierde mucha de su plausibilidad¹⁸⁵. Entendemos nuestras relaciones sociales sirviéndonos de estos conceptos y, además, luego de una reflexión moral apropiada, *consideramos valioso* entender la realidad de esta manera: distinguiendo lo correcto de lo incorrecto y pensando que nuestros juicios causales son relevantes a los fines de la responsabilidad. Creemos que haber causado un daño es una *razón prima facie* para ser obligado a compensarlo; y cuando nos referimos a *haber causado* lo hacemos de un modo muy particular. No nos referimos a cualquier omisión, como la de haber estado en posición de evitar de modo más económico un daño.

Pero con independencia de esto último, cuando el AED implícitamente exige que olvidemos la distinción entre la corrección y la incorrección de las acciones por no ser funcional a la maximización de la riqueza, fracasa al comprender la práctica porque en ella los participantes se valen de esta distinción para asignar consecuencias diferentes a cada tipo de acto. La objeción

¹⁸⁵ Ello no supone admitir sin más la verdad de toda proposición que se ajuste a nuestro sentido común, pero es razonable sostener una inversión de la carga de la prueba para aquellos que pretenden acabar con las creencias y los usos del lenguaje asentados en nuestro modo de aproximarnos al mundo. Véase, por ejemplo, REID, 1855. La relevancia de este tipo de posiciones marcó de manera crucial el desarrollo de la filosofía analítica a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, especialmente de la mano de autores como G.E. MOORE o J.L. AUSTIN. Sobre esto puede consultarse STROLL, 2002.

que presento no es normativa, en tanto el AED ignora dos categorías que son valiosas para nuestra moralidad, sino positiva, ya que la misma práctica captura esta distinción.

En lo que sigue explicaré cada uno de estos puntos críticos. Lo que debe quedar claro hasta aquí es que si el AED pretende ser una teoría positiva y no logra dar cuenta de la racionalidad de la práctica, de las decisiones de los tribunales o del razonamiento de los juristas, entonces, no es una buena teoría. Asimismo, si no logra dar cuenta de la estructura del derecho de daños, que incorpora ciertos conceptos básicos como la causalidad y la incorrección de la acción como algo distinto de la acción riesgosa, tampoco puede ser una alternativa satisfactoria respecto de otras teorías rivales. En este último caso, el AED presentaría una deficiencia conceptual que lo hace impropio para analizar la responsabilidad extracontractual. Estas deficiencias conceptuales impactan de manera decisiva sobre su capacidad de dar cuenta de la práctica porque ello requiere analizar la estructura bilateral de la responsabilidad extracontractual, y esta se basa en la relación de causalidad, un factor de atribución (el riesgo introducido, la acción incorrecta, etcétera) y la equivalencia del daño y la indemnización, entre otros conceptos. Por esta razón, si bien a los fines expositivos dividiré la crítica en distintas objeciones, no es posible comprenderlas independientemente. El análisis crítico, para ser completo, dependerá de la articulación coherente de todas ellas.

1-La incapacidad de dar cuenta de la práctica: el mito de la fórmula de Hand

Los principales partidarios del AED pertenecen al ámbito del derecho anglosajón. Por esta razón, cuando formulan sus tesis positivas lo hacen en referencia a ese sistema jurídico. Ya vimos que POSNER cree que detrás de todas las doctrinas que lo conforman se esconde un análisis coste-beneficio, sintetizado en la fórmula de Hand, capaz de explicar las reglas básicas y las decisiones de los tribunales¹⁸⁶.

Richard W. WRIGHT, en un extenso y profundo trabajo, se ocupa de desmascarar el mito de la fórmula de Hand. Afirma que la tesis según la cual la negligencia está definida en el *Common Law* a partir de un test agregativo consistente en un balance entre el riesgo y la utilidad social de la conducta (o un análisis coste-beneficio) no es más que un mito académico. Alega que el test casi nunca es mencionado por los tribunales, pero incluso cuando sí es mencionado en las sentencias rara vez es efectivamente aplicado. Según WRIGHT, los pocos jueces que intentan realmente aplicarlo fracasan o termi-

¹⁸⁶ POSNER, 1972.

nan decidiendo el caso por razones de justicia independientes del análisis coste-beneficio¹⁸⁷.

De ser esto así, ¿por qué razón, entonces, es tan famosa la fórmula de Hand? ¿Por qué ha logrado tanta presencia en los textos jurídicos? La explicación de WRIGHT se relaciona con la historia del derecho norteamericano. Una versión del test riesgo-utilidad irrumpe en el discurso jurídico explícitamente con la aparición del *Restatement of the Law of Torts* del *American Law Institute* de 1934, que hace referencia al *riesgo irrazonable* como aquel que supera al beneficio social de la actividad. Esta mención tuvo alguna influencia en los juristas, que comenzaron a citar el test al tratar el tema de la negligencia y la conducta razonable. Sin embargo, los tribunales seguían ignorándolo, salvo por el Juez Learned Hand, casualmente uno de los fundadores del *American Law Institute* y activo participante en las discusiones de los varios *Restatements*. Además de él, casi ningún juez tenía en cuenta el test en esa época. Incluso, como se verá más adelante, el propio Hand dejó de referirse a la fórmula en las sentencias posteriores a 1949¹⁸⁸.

Todo esto mostraría que la proyección de la fórmula de Hand en el derecho anglosajón es engañosa y su relevancia académica puramente anecdótica. En parte, su fuerza vendría dada por el hecho de que quienes simpatizan con el análisis económico ostentan importantes cargos institucionales. Así, observa Owen FISS que muchos de los miembros del movimiento del AED —como Richard POSNER, Frank EASTERBROOK, Ralph WINTER y Robert BORK— fueron designados por Ronald Reagan en la justicia federal y, por lo tanto, lograron una influencia mayor que la alcanzada por cualquier miembro de la escuela crítica del derecho¹⁸⁹. Por supuesto, el hecho de que la escuela crítica tenga escasos representantes en el poder judicial no es suficiente para afirmar que por esta razón el AED se impone como corriente dominante. Pero no puede negarse que el prestigio del que gozan académicos tan respetados como los recién mencionados se ve reforzado por el doble rol que cumplen como profesores y miembros del poder judicial. Desde esta última posición también impactan sobre la academia, especialmente en un sistema como el *Common Law*. Teniendo esto en cuenta, es plausible afirmar que el crecimiento del AED a partir de la década de los ochenta puede haber sido favorecido por estas designaciones.

Las conclusiones de WRIGHT se apoyan en un exhaustivo examen de la jurisprudencia y un detallado análisis de las sentencias más importantes. Un primer dato interesante es que el propio Hand, en casi cinco décadas de ejercicio de su función, sólo se refirió a la fórmula en 11 casos de negligencia entre 1938 y 1949, época en la que estaba más comprometido con su activi-

¹⁸⁷ WRIGHT, 2003: 132.

¹⁸⁸ WRIGHT, 2003: 4-6.

¹⁸⁹ FISS, 1986: 2.

dad en el *American Law Institute*. Según se especula, la mención de la fórmula en estos casos estaba ligada a su interés por fomentar el *Restatement*, que incluía una versión poco sofisticada del test¹⁹⁰. Sin embargo, ni siquiera en la primera mención del test, en el caso *Gunnarson vs. Robert Jacob, Inc.*¹⁹¹, Hand aplicó coherentemente la fórmula. Allí se limitó a expresar que la negligencia depende de un balance entre el riesgo y la utilidad de la conducta, pero luego asumió que fue exclusivamente negligente una de las partes aun cuando existían razones para considerar que la otra tenía un mayor conocimiento de los riesgos involucrados, lo que en términos de CALABRESI implica que era el evitador más económico del daño y por ello debió ser responsabilizado. Concluye WRIGHT que el resultado de este caso no puede explicarse por la fórmula de Hand¹⁹². Asimismo, en otra oportunidad Hand reconoció que la implementación de la fórmula requiere información que es inaccesible, por lo que la cuestión del cuidado razonable debería ser decidida por el jurado con base en los «estándares comúnmente aceptados»¹⁹³.

Las interpretaciones de POSNER que consagran la fórmula de Hand como el principio fundamental del derecho de daños también son objeto de crítica por parte de WRIGHT. Puntualmente argumenta que POSNER, tanto en su trabajo *A Theory of Negligence* como en *The Economic Structure of Tort Law* –este último en colaboración con William LANDES¹⁹⁴– no discute seriamente los hechos de ninguno de los 1528 casos que afirma haber analizado. En particular, cuando trata el caso *Carroll Towing*, que enuncia la fórmula en términos matemáticos, POSNER describe incorrectamente los hechos, confundiendo varias cuestiones relacionadas con el actor y el demandado, los daños que se reclamaban y los hechos por los que se evaluó la negligencia, entre otras cosas. Del mismo modo critica la vaguedad y la parcialidad de las citas jurisprudenciales que LANDES y POSNER seleccionan para sus análisis y las conclusiones que extraen a partir de interpretaciones totalmente sesgadas de las palabras de los jueces¹⁹⁵. Las críticas de WRIGHT son sumamente elaboradas e interesantes, aunque en algunas ocasiones parecen excesivas. No obstante, pese a que su lectura de la obra de LANDES y POSNER es poco caritativa, el autor logra relativizar el éxito descriptivo del AED.

Otra crítica que me gustaría rescatar del trabajo de WRIGHT tiene que ver con una objeción técnica que realiza a la aplicación de la fórmula de Hand para definir la culpa contributiva. LANDES y POSNER afirman que el Juez Hand, al evaluar un caso de este tipo, seguramente aplicaría su fórmula a la conducta de la víctima. Pero ¿qué ocurriría si el coste de las medidas pre-

¹⁹⁰ WRIGHT, 2003: 10-14.

¹⁹¹ 94 F. 2d 170 (2d Cir. 1938).

¹⁹² WRIGHT, 2003: 20-21.

¹⁹³ WRIGHT, 2003: 22.

¹⁹⁴ POSNER, 1972; LANDES y POSNER, 1987.

¹⁹⁵ WRIGHT, 2003: 41-42.

cautorias para la víctima fuese menor que el daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia pero mayor que el coste de las medidas precautorias para el agente dañador? ¿Sería la víctima considerada contributivamente negligente? La respuesta de LANDES y POSNER es que la aplicación marginal de la fórmula conducirá al resultado eficiente siempre que se realice sobre cada una de las partes, bajo el presupuesto de que la otra tomó las medidas precautorias óptimas, o sea que se comportó diligentemente¹⁹⁶. Supongamos que un daño de 100 puede ser evitado por la víctima a un coste de 50 o alternativamente por la adopción de medidas precautorias conjuntas de 25 el agente dañador y 10 la víctima. El resultado eficiente es que ambos adopten medidas precautorias. Esto maximiza el excedente porque implica un ahorro social de 15. Sin embargo, si se aplica la fórmula de Hand a la víctima, ella será considerada negligente cuando no toma medidas precautorias de 50, dado que 50 es menos que 100. Por ello, aclaran LANDES y POSNER que para calcular la negligencia de la víctima la fórmula debe aplicarse marginalmente y *asumiendo que el agente dañador adoptó las medidas precautorias óptimas*.

El problema de esto, como bien observa WRIGHT, es que resulta imposible determinar el nivel óptimo de las medidas precautorias de una parte sin conocer el nivel óptimo de la otra. Para conocer las medidas eficientes de la víctima debo conocer cuáles son las precauciones óptimas para el agente dañador. Pero las medidas óptimas del dañador dependen, según esta regla, de las medidas óptimas de la víctima, de modo que el razonamiento se torna circular. Entonces, para determinar cuál es el nivel eficiente de diligencia de las partes deben conocerse todas las combinaciones posibles de medidas precautorias conjuntas y seleccionar aquella que minimiza el coste del accidente. Siendo esto así, debe admitirse que la negligencia de las partes no surge de la aplicación de la fórmula de Hand en forma sucesiva a cada una de ellas¹⁹⁷. Esto es lógicamente imposible y, por lo tanto, también es pragmáticamente imposible.

Por último, un punto también controvertido es el hecho de que en muchas oportunidades el cálculo agregativo de los beneficios y los costes asociados con un determinado curso de acción viola el *principio de separabilidad de las personas*¹⁹⁸. Nótese que en la aplicación de la fórmula de Hand lo que se com-

¹⁹⁶ LANDES y POSNER, 1987: 88.

¹⁹⁷ WRIGHT, 2003: 82-84.

¹⁹⁸ Se pregunta NOZICK por qué no es posible violar la personalidad o la autonomía de las personas para conseguir un mayor bienestar social, del mismo modo que cuando vamos al dentista asumimos un dolor o sufrimiento que se compensa con el mayor beneficio de evitar daños más graves en el futuro. La respuesta que ofrece es que no existe una entidad social que asume un sacrificio por su propio bien. Lo único que existe son las personas individuales, con sus vidas individuales. Usar a una persona para promover un mayor beneficio de otros es no respetar el hecho de que somos personas separadas que no obtenemos una compensación por el sacrificio que se nos impone. Por lo tanto, «la

para es el coste para un individuo, el agente dañador, de evitar el daño que sufre otro individuo distinto, es decir, la víctima. Cuando se llega a la conclusión de que evitar el daño es ineficiente, 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 implica instrumentalizar a las personas, significa tratarlas como meros medios y no como fines. En definitiva, constituye una violación del imperativo categórico. Esta idea, profundamente arraigada en el razonamiento práctico habitual, se cristaliza en que la relación entre las partes está regulada por sus derechos y deberes. Por ello, no debe sorprendernos que los abogados nunca presenten su caso apelando a los beneficios que obtuvo su cliente cuando no adoptó las medidas precautorias que hubiesen evitado el accidente. Esto es plausible únicamente en el discurso académico del AED pero no en el de los tribunales. Es más, en el sistema jurídico norteamericano, cuando se prueba que el agente dañador realizó un cálculo coste-beneficio para decidir entre evitar el accidente o no evitarlo y soportar el coste del litigio, los tribunales suelen condenar por daños punitivos¹⁹⁹. La fórmula de Hand diría que un individuo que realiza el cálculo previamente y decide no adoptar las precauciones porque el análisis coste-beneficio es negativo no es negligente. Es verdad que a veces los tribunales no exigen al agente que adopte medidas más costosas que el valor del daño, pero ello depende fundamentalmente de los derechos afectados. En definitiva, el problema descriptivo es que el AED no captura el hecho de que la práctica se estructura a partir de los derechos y deberes de los individuos, que no parecen estar sujetos al cálculo consecuencialista.

Una réplica que se ha intentado contra el argumento de la mediatización consiste en señalar que al tratar los intereses de otras personas del mismo modo en que trataríamos a los propios estamos honrando el *principio de equidad*. Por supuesto que la aplicación de la fórmula de Hand nos llevaría a no tomar medidas precautorias para proteger a terceros, cuando ellas son más costosas que beneficiosas, del mismo modo que tampoco las tomaríamos para proteger nuestros propios intereses. No obstante, Stephen PERRY explica que plantear la cuestión de esta manera es engañoso. El problema está en que cuando un individuo impone un coste justificado por la fórmula de Hand a otro, el primero conserva los beneficios de la acción, mientras que el segundo asume los costes. Ello parece violar la *igual consideración y respeto* que nos debemos unos a otros. Concluye que tal vez la equidad exija para proteger a los demás que el agente tome al menos las mismas medidas que tomaría para sí mismo, pero de allí no se sigue que nunca se requiera adoptar un nivel de precaución mayor²⁰⁰.

sociedad» no tiene el derecho de forzarnos a soportar este tipo de sacrificios. Véase NOZICK, 1974: 31-33.

¹⁹⁹ WHITE, 1990: 128.

²⁰⁰ PERRY, 2001: 896.

Dado lo dicho hasta aquí, ¿por qué insisten algunos partidarios del AED en sostener tesis positivas como la de POSNER? Creo que el imperialismo de la ciencia económica²⁰¹, que expande sus fronteras abarcando cada vez más campos de estudio, ha llevado a los economistas a asumir un fuerte compromiso con los fundamentos teóricos de su disciplina. Este compromiso, seguramente desmedido, les hace ver el mundo a través del prisma del análisis coste-beneficio, lo que les genera una ilusión de inmanencia del principio de eficiencia. Terminan analizando desde esta perspectiva todas las cuestiones de la vida, incluso aquellas que nunca pensaríamos desde el sentido común como una cuestión económica. Ejemplo de ello es la interpretación de POSNER del delito de violación. Según este autor se prohíbe la violación simplemente porque existe un mercado sexual y el violador lo evade. Uno puede contraer matrimonio, tener una pareja o recurrir a la prostitución para conseguir sexo, es decir, el sexo es un bien que se ofrece en el «mercado»; sin embargo, el violador lo «roba» en lugar de pagar por él, lo que evidentemente impide la maximización de la riqueza. Sólo por esta razón debe prohibirse la conducta²⁰².

Esta interpretación del delito de violación es tan absurda que resulta difícil creer que sea sostenida por un intelectual de la talla de Richard POSNER. Las pretensiones universalistas del AED no respetan ningún límite y la disciplina sufre necesariamente de un defecto en cuanto a su esfera de incumbencia²⁰³. Que la violación pueda ser entendida en términos económicos como un acto ineficiente, dada la definición de eficiencia, es algo muy distinto de afirmar que la violación se prohíbe *porque* es ineficiente.²⁰⁴ Los partidarios del AED parecen convertir todos los enunciados del primer tipo en enunciados del segundo. Por supuesto, considerando que las sociedades no son clubes de suicidas, el derecho de daños generalmente se ajustará en mayor o menor medida a la eficiencia. Es plausible sostener que una sociedad que perdura en el tiempo y pretende continuar su existencia no cuenta, ni puede contar, con un sistema de responsabilidad extracontractual ineficiente, por ejemplo, en el

²⁰¹ Para un buen panorama de las razones esgrimidas por los economistas para explicar por qué ellos se han trasladado a otros campos de estudio en lugar de que los sociólogos, por ejemplo, se trasladen a la economía, véase BRENNER, 1980: 183.

²⁰² POSNER, 1998: 238.

²⁰³ Este problema también es señalado por SCHWARTZ, quien sostiene que el AED debe ser tomado en serio como teoría jurídica, aunque es un error no comprender que su dominio es limitado. Algunas cuestiones revelan un carácter eminentemente moral y, en estos casos, debe confiarse en juicios morales apoyados en el sentido común. Véase SCHWARTZ, 1979: 813.

²⁰⁴ KELMAN, aunque por razones algo distintas a las que expongo, acusa a la ortodoxia neoclásica de llevar a los estudiantes de derecho y a los juristas, a través de su elegante simplicidad, a cometer un pecado menor –no comprender el derecho– y otro más grave –no comprender la vida en sociedad. Véase KELMAN, 1983: 274. Este parece ser el caso de quienes interpretan que ciertas instituciones, como el matrimonio o el mismo delito de violación, tienen por función maximizar la riqueza social.

que los daños no son compensados. Pero de allí no puede extraerse como conclusión que la sociedad persigue a través del derecho de daños la maximización de la riqueza.

Para alguien como POSNER, que define la economía como el estudio de la conducta humana racional, no hay ámbitos excluidos del análisis²⁰⁵. Es cierto que toda conducta puede ser analizada económicamente desde este punto de vista, ya que toda acción implica un coste, aunque sea un coste de oportunidad; de allí no se sigue, como parecen suponer algunos autores, que en todos los ámbitos de la vida los individuos se comporten como maximizadores de utilidad. Es posible que algunas de sus conductas sean incidentalmente maximizadoras, pero ello no demuestra que puedan ser explicadas o comprendidas a la luz del criterio de eficiencia. Para comprender lo que el individuo *hace*, una ciencia de la conducta humana racional debe apelar, entre otras cosas, a la *intención*. Por ello es relevante lo que el individuo se ve a sí mismo realizando cuando actúa. De esta manera, es posible que su conducta maximice la riqueza, pese a que sea un error explicarla a partir del principio de maximización²⁰⁶.

En definitiva, las aspiraciones descriptivas del AED se quedan a mitad de camino al intentar elaborar una teoría comprensiva que explique el mundo a la luz del principio de eficiencia. Si sus enunciados se limitasen a corroborar en qué medida ciertas normas son compatibles con la eficiencia y cuáles no lo son sus conclusiones serían mucho más acertadas y útiles para comprender cabalmente el derecho de daños.

2-El riesgo y la acción incorrecta

Al estudiar las reglas de responsabilidad expliqué que la diferencia entre la regla de negligencia y la de responsabilidad objetiva es que la segunda carga al agente dañador con el coste del accidente aun cuando haya adoptado las medidas precautorias óptimas. La razón por la que se hace responsable a quien no pudo obrar con mayor diligencia tiene que ver con que ésta es una manera de brindarle los incentivos necesarios para que regule su nivel de actividad, cuando es deseable que la controle. Es decir, de ser eficiente que el agente reduzca su nivel de actividad, el modo de conseguir ese resultado es haciéndolo objetivamente responsable.

²⁰⁵ POSNER, 1979: 287.

²⁰⁶ La explicación de lo que un individuo hace no se limita al estudio de sus intenciones. Es posible que un individuo haga algo pese a que no tenía la intención de hacerlo. No obstante, cuando la descripción externa de sus actos coinciden con sus intenciones, la mejor explicación radica en lo que el propio individuo se ve a sí mismo realizando.

Vimos, sin embargo, que la reducción del nivel de actividad puede ser considerada una forma más de precaución. Incluso algunos autores entienden que una conducta puede ser descripta como negligente o como un exceso de actividad. En efecto, toda conducta negligente es por definición un exceso: el nivel eficiente de actividad negligente es cero, que es lo mismo que decir que debió ser omitida²⁰⁷. Esta observación es relevante porque si, como sugiere SHAVELL, la incapacidad de los tribunales de incorporar el nivel de actividad de las partes en el estándar de negligencia es un defecto de la regla de la culpa²⁰⁸, esto significa que sustantivamente no hay una diferencia entre esta regla y la de responsabilidad objetiva: la regla de la culpa en condiciones ideales *incluye* el nivel de actividad de las partes, por lo que la única diferencia con la regla de responsabilidad objetiva estaría dada por quién resulta responsable residualmente. Con la regla de culpa, el responsable residual será la víctima y con la regla de responsabilidad objetiva será el agente dañador.

Si esto es correcto, de aquí se sigue que para el AED la distinción entre la responsabilidad objetiva y la culpa es puramente formal y no sustancial, pese a que en nuestro uso habitual del lenguaje reconocemos que la culpa es una categoría distinta de la conducta riesgosa. La culpa se asocia a una idea de *incorrección de la acción*, de *conducta prohibida*, mientras que la responsabilidad objetiva se relaciona con conductas que estando *permitidas* generan *riesgos* hacia terceros. La generación de niveles *normales* de riesgo no puede ser considerada desde ningún punto de vista como una acción incorrecta. Sólo en algunos casos es incorrecto realizar conductas riesgosas. Explica JAKOBS que «puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediabilmente tolerado, como *riesgo permitidos*»²⁰⁹.

Pero estas categorías no interesan al AED. Lo único relevante es el coste esperado de un accidente y el beneficio que se obtiene de la actividad que causa el daño. Así, para un partidario de esta escuela debe disuadirse tanto al taxista que conduce diligentemente 12 horas por día, es decir, observando las normas de tránsito, como a quien conduce una vez a la semana negligentemente, si es que el valor esperado del daño y el beneficio que obtienen las partes de su actividad fuese idéntico en ambos casos. Supongamos que un taxista conduce 4 horas más cada día para obtener un beneficio anual extraordinario de 40. Su actividad implica una probabilidad del 10% de generar daños por 1800, por lo que anualmente el valor esperado de los daños es de 180. Imaginemos que puede reducir la probabilidad de causar daños por 1800 al 7,5% renunciando al número de horas extraordinarias. En este caso

²⁰⁷ Véase la opinión de Stephen GILLES en la nota 169.

²⁰⁸ SHAVELL, 1987: 25.

²⁰⁹ JAKOBS, 2002: 44.

el valor esperado de los daños será de 135. Como el beneficio marginal que obtiene es sólo de 40 y la reducción de daños esperados es de 45, lo óptimo será que limite su actividad.

Supongamos, por otra parte, que Jordi conduce una sola vez a la semana pero a gran velocidad, superando el límite establecido por las normas de tránsito. El beneficio que obtiene de su actividad también es de 40, es decir, que aceptaría no conducir a alta velocidad a cambio de esa cantidad de dinero. Imaginemos que con su nivel de actividad genera una probabilidad del 90% de causar daños por 200. El valor esperado del daño es 180. Digamos que si conduce dentro de los límites de velocidad permitidos la probabilidad de ocasionar ese volumen de daños es del 2%, dado que sólo conduce una vez a la semana. Lo eficiente es también en este caso que Jordi se comporte diligentemente (o reduzca su nivel de actividad negligente a cero).

Estos dos ejemplos demuestran que dos conductas, una permitida pero realizada muy frecuentemente (como la del taxista) y otra negligente pero infrecuente (como la de Jordi), son desde el punto de vista económico idénticas. Ambas son conductas ineficientes; ambas deben ser disuadidas. Ninguna otra consideración es relevante para el AED. Sin embargo, la acción del taxista es distinta de la acción de Jordi. La del taxista es una acción diligente y, desde el punto de vista moral, al menos no es incorrecta. En cambio, la acción de Jordi es negligente y moralmente incorrecta²¹⁰. Esta distinción no se ve reflejada en el modo en que el AED trata a las conductas. Toda conducta ineficiente, correcta o incorrecta, debe ser desincentivada.

Un punto similar puede señalarse respecto de la teoría de los daños punitivos. Estos daños, que son otorgados muy excepcionalmente por los tribunales de los Estados Unidos, tienen por finalidad castigar ciertas conductas intencionales o temerarias en el agente dañador. Se entiende que están diseñados para expresar la desaprobación de la conducta del demandado²¹¹. No obstante, para el AED deben imponerse daños punitivos cada vez que la probabilidad de que el agente sea condenado por los daños que causa sea inferior al 100%²¹². Si un individuo puede causar un daño de 1.000.000, con una probabilidad del 1%, y sólo hay una probabilidad del 10% de que sea condenado a indemnizar cuando causa el daño, el AED recomendaría que el monto indemnizatorio no se corresponda con el valor de daño sino con un

²¹⁰ Es cierto que una conducta es negligente cuando la norma jurídica así lo establece y, entonces, muchas conductas podrían ser calificadas como negligentes sin ser moralmente incorrectas. Esto podría deberse a un error del legislador. Sin embargo, lo relevante para mi argumento es que la regla de la negligencia intenta capturar la incorrección de la acción. A diferencia de la responsabilidad objetiva, donde lo primordial es un determinado resultado indeseable, la regla de la negligencia se basa en una actitud crítica hacia la conducta del agente, una desaprobación de *lo que el individuo hace*.

²¹¹ CANE, 2006: 173-174.

²¹² POLINKSY y SHAVELL, 1998: 887-896.

valor diez veces superior, o sea, de 10.000.000. Ello es así porque, con estos valores, el agente dañador sólo tomará medidas precautorias cuando ellas sean inferiores a 1.000, que es el coste esperado que enfrenta. Como dije, el daño es de 1.000.000, y la probabilidad de su ocurrencia es de 0,01, por lo tanto el daño esperado es de 10.000. Pero la cuestión no termina allí. Como el agente sabe que sólo será condenado el 10% de las veces, su coste esperado en indemnizaciones es solamente de 1.000. A fin de evitar que el agente tome medidas precautorias ineficientes, esto es, tomando como referencia los 1.000 que enfrenta como indemnización y no los 10.000 de daños esperados que genera, debería imponérsele como daños compensatorios la cantidad de 1.000.000 y como daños punitivos la cantidad de 9.000.000. De este modo se logra el efecto deseado: la disuasión óptima. Cuando la indemnización se fija en 10.000.000, el valor esperado de la condena que enfrenta el agente es de 10.000²¹³, y éste es el límite de las medidas precautorias que debe estar incentivado a tomar. Esta recomendación tiene por efecto conseguir que el agente dañador tome medidas precautorias óptimas, y desde el punto de vista analítico es admisible.

Pese a todo, en la idea de condenar a pagar 10.000.000 a quien genera una probabilidad del 1% de causar daños por 1.000.000 hay algo que nos incomoda. Además, nos parece problemático que 9/10 partes de la indemnización sean a título de *castigo* cuando el agente dañador realiza una acción tan poco riesgosa. Es más, la idea de daños punitivos, tal como es presentada por el AED, no se restringe a las indemnizaciones por acciones negligentes o acciones prohibidas²¹⁴. Siempre que no haya certeza de que el agente vaya a ser condenado cuando causa un daño, aunque la acción realizada esté permitida, los daños punitivos son recomendados por la teoría. Nuevamente, se deja absolutamente de lado la distinción entre la corrección y la incorrección de la acción. Según el AED los individuos pueden ser castigados aunque sus acciones no sean incorrectas, y esto es contraintuitivo²¹⁵.

Otra cuestión relevante que el AED pasa por alto es que debería observarse cuál es el motivo de que la probabilidad de ser condenado sea inferior al

²¹³ Este valor surge de ponderar los 10.000.000 que se fijan como indemnización por la probabilidad de que ocurra el daño (0,01) y por la probabilidad de que el agente sea condenado en el juicio (0,1).

²¹⁴ Justamente los partidarios del AED afirman que los daños punitivos no son un castigo, pero en nuestro lenguaje ordinario ¿de qué otro modo denominaríamos a la obligación de pagar una suma de dinero que excede el valor de la compensación?

²¹⁵ En los Estados Unidos hay estudios que indican que los individuos en general, y los jueces y los jurados en particular, muestran una fuerte reticencia a condenar por daños punitivos cuando la conducta del agente no es incorrecta. La principal función de los daños punitivos consiste en castigar por la realización de conductas reprobables. El hecho de que el agente esté sujeto a una probabilidad menor al 100% de ser hallado responsable es irrelevante para la concesión de daños punitivos. Véase SUNSTEIN, SCHKADE y KAHNEMAN, 2002: 132-141.

100%. Si se debe a una ineficiencia del Estado que omite controlar, parece extraño que ello amerite un *castigo* para el agente dañador. En cambio, si se debe a que el propio agente realizó conductas tendientes a disimular su conducta para disminuir la probabilidad de ser detectado, la idea de daños punitivos se torna atractiva. Pero el AED ignora esta distinción y recomienda aumentar el monto indemnizatorio en todos los casos. Estos daños deberían imponerse sólo cuando hay una conducta tendiente a evadir la condena o cuando se determina que el agente obró tomando en cuenta la baja probabilidad de ser penado y no el valor esperado del daño ocasionado por su acción.

Es verdad que los trabajos de análisis económico sobre daños punitivos suelen ser normativos; no pretenden describir las circunstancias en las que los tribunales imponen esta penalidad sino que definen las circunstancias en las que deberían imponerlos. En otras palabras, proponen una fórmula para que se otorguen daños punitivos con el fin de brindar los incentivos correctos al agente dañador. Sin embargo, al ser una tesis normativa puede apreciarse aun mejor que la distinción entre acción correcta e incorrecta es irrelevante para el AED. Ello es así porque no importa que la acción sea correcta, si la probabilidad de ser condenado que enfrenta el agente dañador no es igual al 100%. Es decir, bajo esta propuesta normativa se esconde una determinada concepción del derecho de daños. Según esta concepción, el derecho es un instrumento para reducir los costes de los accidentes, con independencia de que estos resulten de conductas correctas o incorrectas. El entramado conceptual utilizado por el economista para estudiar la responsabilidad extracontractual prescinde de estas categorías. En este sentido, no puede tratarse de una buena explicación interna. En un caso como el descrito más arriba, el AED recomienda castigar severamente a quien realiza una acción correcta y que impone un mínimo riesgo a terceros. De esta manera, y como consecuencia de no distinguir entre las acciones correctas y las incorrectas, no existe una relación conceptual entre el castigo y la falta cometida. Una falta levísima, o incluso una acción permitida, puede ser severamente castigada si la eficiencia lo exige.

Cuando el AED propone este tipo de interpretaciones de la regla de responsabilidad objetiva, de la negligencia y de los daños punitivos está pidiendo a los teóricos que abandonen una distinción que es esencial en la comprensión de nuestras relaciones sociales. Como vengo sosteniendo, me refiero a la distinción entre acciones correctas e incorrectas. La comprensión habitual de la moralidad se basa en esta distinción, en la idea de que ciertas cosas no deben realizarse. En palabras de FRIED, la distinción entre lo correcto y lo incorrecto es el fundamento de nuestra personalidad moral. Nada de lo que hacemos, de las decisiones que tomamos o de las cosas que

elegimos es más importante que el fundamento, basado en la corrección y la incorrección, de estas acciones, decisiones o elecciones que realizamos²¹⁶.

Una teoría que nos obliga a desprendernos de categorías tan fundamentales como éstas no puede servir para la comprensión del derecho, y mucho menos de la responsabilidad extracontractual. Los individuos se ven a sí mismos participando en una práctica de reparación de daños organizada por un entramado de derechos y deberes correlativos, para cuya coherencia, como mostraré en el capítulo X, la diferencia entre la acción incorrecta y la conducta riesgosa es relevante. Mi argumento no se basa simplemente en la gramática superficial del lenguaje²¹⁷ que se emplea en estas prácticas sociales, sino que apela a las creencias y actitudes más profundas de sus participantes. Si la práctica, y las convicciones que la sustentan, están justificadas o no es una cuestión que por ahora dejo de lado.

3-La irrelevancia de la causalidad

3.1-Los orígenes: COASE y CALABRESI

Aceptar que el fenómeno de los daños es de naturaleza recíproca, como hace COASE en *The Problem of Social Cost*, implica negar la relevancia de los procesos causales. Decía COASE, para el caso de actividades rivales, que evitar el daño a B supone causar daño a A. Según esta visión, la idea de un agente dañador que causa un perjuicio a la víctima carece de sentido ya que ambos son *conditio sine qua non* del resultado. Lo determinante a la hora de

²¹⁶ FRIED, 1978: 7-8.

²¹⁷ CALABRESI, al referirse al modo en que empleamos nuestro lenguaje, señala que podríamos describir nuestra tarea jurídica valiéndonos exclusivamente de términos como «justicia» o «derechos». Por otra parte, podríamos asumir que todo asunto involucra un balance entre costes y beneficios. Finalmente, podríamos utilizar ambos tipos de términos. La cuestión es qué lenguaje resalta la similitud entre aquellas cosas que deseamos normalmente someter a intercambios, sacrificando una por obtener otra (por ejemplo, intereses patrimoniales), y las que rara vez o nunca deseamos sacrificar (por ejemplo, la dignidad). Aclara, no obstante, que no cree que exista la categoría “nunca”, aunque nos guste decir que hay cosas sobre las que *nunca* hacemos un análisis coste-beneficio. Esto es coherente con su posición según la cual no estamos comprometidos con la prevención de accidentes a cualquier coste. En definitiva, la utilización del lenguaje es puramente funcional. Deberíamos agrupar, cree CALABRESI, aquellas cuestiones que deseamos someter a intercambio y separar aquellas en las que nuestro deseo de intercambio es infrecuente. Sólo así da sentido al lenguaje de los derechos. véase CALABRESI, 1983: 363. El problema de esta reconstrucción es que reduce el sentido de la práctica, y su moralidad, a un conjunto de preferencias sociales. Lo que yo sostengo es que los participantes de la práctica utilizan el lenguaje de un determinado modo para reflejar sus profundas convicciones sobre la corrección y la incorrección de las acciones; y hacen esto, como se verá más adelante, por buenas razones.

asignar el derecho a ser compensado es conocer el valor de lo que se consigue y el valor de lo que se sacrifica para conseguirlo²¹⁸.

Esta misma posición adopta CALABRESI en *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* al afirmar que en el mundo de los economistas usualmente no hay diferencia entre cargar con el coste de un daño al trabajador o a su empleador. Si se lo adjudica al trabajador, éste podrá tomar un seguro y demandar un salario más alto. Si, por el contrario, el empleador es responsabilizado, bajarán los salarios. De cualquier modo, predice la teoría, el coste impactará sobre los precios²¹⁹. De aquí se sigue que entre las consideraciones para asignar responsabilidad la causalidad no juega ningún papel.

Posteriormente, siguiendo esta misma línea, CALABRESI reconoce en *The Costs of Accidents* que su uso de la palabra «causa» es engañoso y que no considerará qué significa —si es que la expresión tiene algún sentido— decir que una actividad *causa* un determinado accidente²²⁰. El desprecio por la causalidad como presupuesto de la responsabilidad extracontractual toma su forma más cruda en afirmaciones del tipo «si el fabricante de televisores es el evitador más económico de los accidentes de tránsito, él debe ser responsabilizado». Es cierto que normalmente no será el evitador más económico alguien que no guarda ninguna vinculación causal con los hechos del accidente pero, si por alguna razón lo fuese, el AED no tendría problemas en hacerlo responsable.

La primera objeción que uno puede plantear a una teoría que, siendo una teoría de la responsabilidad extracontractual, no recoge el requisito de causalidad como relevante es que falla al describir la práctica y las categorías empleadas usualmente en el discurso del derecho de daños. En el discurso habitual, prescindir de la idea de causa implica renunciar a identificar un agente dañador y una víctima. Alguien es *agente dañador* cuando *causa* un daño. No es suficiente que reúna ciertas características, como ser rico, pobre o estar en condiciones de evitar el daño de modo más económico.

No obstante, sólo para continuar con el argumento, supongamos que fuese posible identificar a dos individuos como dañador y víctima, independientemente de la causalidad, a partir de alguna característica especial. Digamos que la víctima es aquella que sufre un menoscabo en sus intereses y que el agente dañador es aquel que está en condiciones de impedir ese menoscabo a un coste menor que otros individuos, incluida la víctima²²¹. Aun así, el sentido común nos indica que debe haber una razón para vincular a ambas partes entre sí. Esta razón, en el derecho de daños, es la relación de causalidad. El

²¹⁸ COASE, 1960: 2.

²¹⁹ CALABRESI, 1961: 505.

²²⁰ CALABRESI, 1970: 6, nota 8.

²²¹ Esta idea es defendida en POSNER, 1990: 328.

agente dañador está vinculado con la víctima porque causó el daño. Este requisito de causalidad, dice FEINBERG, no es más de lo que en el discurso práctico ordinario quiere significarse con frases tales como «el daño de B ocurrió debido a la acción de A» o «como consecuencia de la acción de A, B fue dañado»²²².

Ahora bien, ¿es suficiente para vincular al dañador con la víctima el hecho de que el primero puede evitar el daño de un modo más económico? Usualmente los sistemas de responsabilidad civil consideran irrelevantes los costes de evitación para vincular a dos sujetos, es decir, para vincular a la víctima con uno de los muchos sujetos que podrían ser vinculados con ella. La vinculación siempre viene dada por alguna forma de causalidad. El AED podría entonces renunciar a su pretensión de prescindir de la causalidad e interpretar que el evitador más económico, que omite intervenir para que la víctima no sufra el menoscabo, causó el daño. Esta noción de causalidad sería demasiado amplia y contraria a lo que se interpreta como causación por omisión. Las omisiones son problemáticas, como explican HART y HONORÉ, porque uno puede considerar que es causa de la muerte de una planta la omisión del jardinero que no la regó, pero también la de cualquier otra persona que tampoco la haya regado²²³. Supongamos que los costes de regar la planta sean idénticos para el jardinero y para todo transeúnte. Imaginemos que la planta está en un jardín público y que la regadera está a la mano de cualquiera. En esas condiciones, ¿qué razón tenemos para vincular al jardinero y no a cualquier otro individuo que haya pasado frente a la planta? El AED haría responsable a cualquiera de los transeúntes, incluyendo al jardinero como uno más. Pero en el discurso ordinario la razón por la que la omisión del jardinero es la *única* causa de la muerte de la planta tiene que ver con que su omisión es anormal en ese contexto. Es parte de la rutina —del escenario habitual— que el jardinero se encargue de regar la planta, y es perfectamente normal que el resto de los individuos omitan regarla²²⁴.

Además, los juicios causales tienen una pretensión explicativa que la noción de evitador más económico no puede satisfacer. ROSENKRANTZ expone este punto al afirmar que «el hecho de que A sea el evitador más barato de costes, dado que puede prever el accidente y puede asegurarse contra él del modo más económico, es un asunto absolutamente tangencial desconectado de la cuestión de si el accidente puede ser descrito como algo hecho por A. Por consiguiente, pensar, como CALABRESI, que todos los juicios causales dependen de juicios de eficiencia es sencillamente un error de categoría»²²⁵.

²²² FEINBERG, 1984: 118-119.

²²³ HART y HONORÉ, 1985: 37-38.

²²⁴ HART y HONORÉ, 1985: 38.

²²⁵ ROSENKRANTZ, 2005: 22.

Piénsese en el caso de Álvaro que, tomando un café en un bar, observó detenidamente los siguientes hechos: Sergio al ingresar al establecimiento dejó su paraguas junto a la puerta. Se dirigió al baño y un mozo, para evitar que se mojase la entrada, tomó el paraguas y lo guardó en un lugar más apropiado. Inmediatamente después entró Mateo y apoyó su paraguas, que era casi idéntico al de Sergio, también junto a la puerta. Cuando Sergio salió del baño tomó el paraguas de Mateo y se retiró. Álvaro podría haber evitado la confusión de Sergio a un coste muy bajo, simplemente avisándole que el paraguas que se estaba llevando no era el suyo. Por su parte, Sergio no tenía forma de percatarse a un coste razonable de que el paraguas era ajeno, ya que el de Mateo era muy similar y estaba ubicado en el mismo sitio en el que minutos antes había dejado el propio. Cuando Mateo salió del baño se retiró pensando que le habían hurtado el paraguas. Álvaro, tampoco dijo nada en esta oportunidad. ¿Significa esto que Álvaro, por ser el evitador más económico, fue el causante de la confusión y, en última instancia, del daño? Evidentemente no. El uso común de nuestros conceptos causales no nos permite describir la pérdida del paraguas de Mateo como algo hecho por Álvaro.

Lo que quiero discutir aquí es la noción de causalidad basada en la idea de poder evitar el daño de modo más económico, una idea que no resulta convincente en absoluto. Ello sin perjuicio de seguir reconociendo que seguramente el causante coincidirá en muchos casos con el evitador más económico, pero no es causante por esa razón.

En conclusión, si el AED pretende prescindir de la idea de causalidad no podrá dar cuenta de que en el derecho de daños existe una víctima y un agente dañador especialmente vinculados por el hecho de que el segundo causó un daño al primero. Ahora, si pretendiese eludir esta crítica apelando a la causación por omisión de quien era el evitador más económico del daño, el argumento no se sostiene por las razones recién explicadas.

3.2-La causalidad al servicio de los objetivos del derecho de daños

Consciente de que el problema de la causalidad no podía ser ignorado eternamente por los estudios de análisis económico, en 1975 CALABRESI escribió un trabajo²²⁶, que se convertiría en clásico, en el cual intenta encontrar una justificación económica a la exigencia de causalidad. Se pregunta qué papel juega el lenguaje causal para alcanzar los objetivos del derecho de daños. Su intención es pensar la causalidad a la luz de la disuasión, la distribución y la dispersión del daño (estos objetivos fueron explicados en detalle en el capítulo IV). En última instancia, cree CALABRESI, el requisito de causalidad debe ser justificado en términos funcionales, esto es, por el servicio que presta a las necesidades humanas. Desde esta perspectiva, afirma que muchas

²²⁶ CALABRESI, 1975: 69-108.

discusiones filosóficas aparentemente significativas acerca de la causa son irrelevantes para el uso jurídico del término. Por ejemplo, en el ámbito del derecho, la causa de una enfermedad depende de cómo, en un determinado momento, puede ser controlada más fácilmente²²⁷.

Las nociones causales que CALABRESI analiza son tres: la vinculación causal, la *conditio sine qua non* y la causa próxima. El primer concepto es totalmente empírico. Hay vinculación causal entre un acto o actividad y un daño cuando puede concluirse sobre la base de la evidencia disponible que la ocurrencia del acto o actividad incrementa las probabilidades de que ocurra el accidente. La *conditio sine qua non* identifica la causa como aquella condición sin la cual el daño sería imposible que se concrete. Por último, la proximidad causal tiene como elemento central la previsibilidad del resultado. Hay proximidad causal entre un acto X y un resultado Z cuando era previsible que la realización de X traería como consecuencia un estado de cosas Z. Veamos cómo sirven estos conceptos causales a cada uno de los objetivos del sistema.

De acuerdo con el la *disuasión general* o *método de mercado* —que consiste en hacer responsable a aquel que está en mejor posición para decidir si el coste de evitación es menor que el coste del daño— la vinculación causal debería ser exigida ya que parece difícil que alguien pueda ser el evitador más económico²²⁸ de un daño si sus acciones no incrementan las probabilidades de que ocurra el accidente. Sin embargo, el mismo CALABRESI reconoce que alguien puede estar mejor posicionado para realizar el análisis coste-beneficio de la actividad y para influir en la conducta de los individuos sin estar involucrado directamente en el accidente o, en sus propios términos, sin estar causalmente vinculado²²⁹. Éste es el caso de la confusión de paraguas que relaté en el apartado VI.3.1. En principio, entonces, no sería necesario a los fines de la responsabilidad extracontractual, tal como la concibe el AED, que las conductas de los individuos incrementen el riesgo de que se produzca el daño, aunque CALABRESI no lo admita claramente.

La exigencia de que la acción del individuo sea *conditio sine qua non* del daño se justifica porque carecería de sentido intentar incentivar a quien no impacta de ningún modo en la producción del resultado ni puede hacer nada para modificar las conductas de los involucrados. No obstante, tanto la *conditio sine qua non* y la vinculación causal dependen de la proximidad causal para que el método de mercado sea efectivo. Nótese que sin previsibilidad el individuo

²²⁷ CALABRESI, 1975: 105.

²²⁸ Nótese que la definición de evitador más económico ha variado levemente. En *The Costs of Accidents*, CALABRESI hacía referencia al mejor sobornador (IV.3.3.1), mientras que en trabajos posteriores identifica al evitador más económico como aquél que está en mejores condiciones de realizar el análisis coste-beneficio para determinar si vale la pena evitar el accidente y puede actuar en consecuencia evitando o sobornando. Véase CALABRESI y HIRSCHOFF, 1972: 1060 y nota 19.

²²⁹ CALABRESI, 1975: 85, nota 21.

no podrá comparar los costes de los daños con los de las medidas precautorias necesarias para evitarlos. En este sentido, la proximidad causal es funcional a la consecución de este objetivo.

Continuando con los métodos, al considerar la *disuasión especial* o *método colectivo* debe advertirse que la vinculación causal tiene perfecto sentido exigirla, pero no así la *conditio sine qua non*. La disuasión especial consiste en prohibir (penalizar) una determinada actividad. Por ello, sólo parece razonable prohibir actividades que incrementen el riesgo de daño y no otras. Sin embargo, como son muchas las actividades que incrementan el riesgo de daño, el criterio *sine qua non* no es convincente para imponer una prohibición. Seguramente habría un exceso de actividades prohibidas. Esta noción causal no ofrece guía para seleccionar, del universo de acciones causalmente vinculadas con el accidente, cuál debe ser colectivamente disuadida. La proximidad causal, en cambio, sí es necesaria porque es importante penalizar sólo aquellas acciones cuya propensión a generar daños puede ser conocida por los destinatarios de la norma antes del accidente. De otro modo, la penalización no podría alterar los incentivos de los individuos.

Finalmente, en los objetivos compensatorios, la *dispersión* y la *distribución* del daño, los conceptos causales son mucho más difíciles de justificar económicamente. Ya sea para que el daño sea asumido por la mayor cantidad de gente posible como también para que sea soportado por el que se encuentra en mejores condiciones económicas de hacerlo (el que más ingreso y riqueza posee) la vinculación causal y la *conditio sine qua non* son conceptos totalmente inútiles. Ninguna de estas nociones causales nos ayuda a lograr estos objetivos²³⁰. La proximidad causal, en cambio, puede ser importante exigirla a los fines de identificar a aquél que puede dispersar de modo más económico. Haciendo responsable a quien puede prever el daño y su magnitud se maximizan las posibilidades de que este individuo pueda contratar un seguro. Contrariamente, quien no puede prever difícilmente pueda tomar un seguro a coste razonable. No puede decirse lo mismo, por supuesto, respecto del objetivo distribución. Aquí ninguno de los conceptos causales es relevante. Ninguno de ellos garantiza que se sinde como causante a quien está en mejores condiciones económicas de asumir el daño. Como siempre, CALABRESI apela a la idea de que se debe lograr la mejor combinación de objetivos a fin de minimizar del coste total de los accidentes.

¿Es satisfactoria esta reconstrucción económica de los conceptos causales? La sensación que produce el trabajo de CALABRESI es que el AED, enfrentado a la tarea de explicar el rol de la causalidad, ha deformado los conceptos

²³⁰ En rigor, aunque CALABRESI no lo considera, podría sostenerse que la *conditio sine qua non* sirve a la dispersión del daño porque usualmente con este criterio podrá conectarse con el daño a una multiplicidad de personas. De todos modos, es esperable que los costes administrativos de hacerlo sean prohibitivos.

tradicionales para poder hacerlos entrar a la fuerza en el contexto de los objetivos de la responsabilidad extracontractual enunciados en *The Costs of Accidents*. En realidad, si se sigue estrictamente el análisis económico, la proximidad causal no funciona como expone CALABRESI. Por ejemplo, respecto de la dispersión del daño, señala WRIGHT, no existe una conexión necesaria entre la parte que causa el daño y quien puede dispersarlo o absorberlo una vez que ha ocurrido²³¹. La proximidad causal es un límite a la responsabilidad de quien actúa: sólo se responderá por los daños que fuesen previsibles de acuerdo con la acción realizada. Pero a los fines de la dispersión no es necesario que se responsabilice al actor, sino simplemente a quien pudo prever el daño y tomar un seguro. Entonces, o bien el rol de la proximidad causal no está correctamente descrito por CALABRESI desde el punto de vista económico, porque debería incluir a cualquiera en condiciones de asegurarse, o bien tal como es aplicado este concepto por el sistema jurídico no sirve a la satisfacción de objetivos económicos.

Lo mismo puede decirse de la causa próxima en relación con el método de mercado. El que puede tomar las medidas a menor coste necesariamente debe poder prever el daño, pero no necesariamente debe ser el causante en el sentido jurídico del término, como demuestra el ejemplo de la confusión de paraguas. Corresponde aclarar de todos modos que aunque estuviese bien descrita en términos económicos, la proximidad dejaría de ser la misma idea empleada por los tribunales, porque para satisfacer los criterios de eficiencia debería desvincular a quien realiza la acción de aquél que puede tomar medidas o asegurarse de modo más económico. Esto es relevante porque CALABRESI pretende explicar la noción *tradicional* en función de los objetivos de la responsabilidad extracontractual.

Siguiendo la misma idea, creo que el problema que subyace a su explicación es que no toma en cuenta las categorías tal como son empleadas por los juristas. De haberlo hecho, advertiría que una interpretación de la causalidad en términos de costes y beneficios es inviable. Una visión semejante olvida que en materia de causación las cosas no son tan sencillas. CALABRESI piensa que puede analizar la causalidad en el derecho de daños partiendo de conceptos causales muy simplificados. Así, al reducir la idea de proximidad causal a la previsibilidad del resultado se disocia al actor de quien puede prever. Además, se ignora que la causalidad en el sentido habitual incluye mucho más que la previsibilidad. Usualmente también se exige la posibilidad de controlar el curso de los acontecimientos, aunque esto sea todavía insuficiente. El relato de la confusión de paraguas nuevamente demuestra que poder prever y controlar un resultado no convierte la acción de quien se encuentra en esa posición en *causa*. ¿Qué más se requiere? Esta no es una pregunta que pretenda responder aquí. Sólo diré que algunos han intentado analizar la cuestión a partir de casos paradigmáticos. Para ROSENKRANTZ,

²³¹ WRIGHT, 1985: 440.

por ejemplo, la combinación de previsibilidad, control y expectativas sociales de un determinado comportamiento individual hace que alguien pueda ser considerado causante en los supuestos causales paradigmáticos. En los casos no paradigmáticos no se requiere necesariamente ninguno de estos elementos, sino que el caso cuadre dentro de algún otro paradigma de causación²³². Pese a lo complejo de estas teorías y las dificultades teóricas a las que nos enfrentan, lo que es indudable es que capturan en gran medida nuestras intuiciones al momento de realizar juicios causales. Todo el mundo aceptaría que Álvaro no es el causante de la confusión y la pérdida del paraguas de Mateo, pese a haber tenido previsibilidad y control sobre la situación. El caso no es una instancia paradigmática de causación porque no había ninguna expectativa social de que Álvaro interviniese en los acontecimientos.

En conclusión, el AED debe reconocer que no puede dar cuenta de la exigencia de causalidad, porque muchas veces requerirla conduce a resultados ineficientes. CALABRESI indirectamente admite que ello es así cuando afirma que ningún concepto causal por sí mismo puede satisfacer todas las metas del sistema de responsabilidad extracontractual. No obstante, intenta interpretar los conceptos causales a la luz de la eficiencia y para poder hacerlo abandona las caracterizaciones usuales de los juristas, de modo que incumple su objetivo inicial: dar cuenta del requisito de causalidad.

3.3-Un último intento de explicación económica

A partir del trabajo de CALABRESI, Steven SHAVELL desarrolló un interesante modelo económico para explicar por qué el derecho de daños limita el ámbito de la responsabilidad a las acciones causadas por el agente dañador. En otras palabras, su modelo intenta explicar por qué es eficiente que los individuos sean responsables sólo por los daños que causan²³³.

Veamos uno de los varios ejemplos que SHAVELL analiza en su trabajo²³⁴: si un ciclista entra al parque puede verse involucrado en un accidente con un corredor, que a su vez podría sufrir un daño en toda circunstancia (supongamos que si no es atropellado por el ciclista tropezará con una rama que le ocasionará exactamente la misma lesión)²³⁵. La situación está ilustrada en la tabla que sigue:

²³² ROSENKRANTZ, 2005: 22-23.

²³³ SHAVELL, 1980: 463-516.

²³⁴ SHAVELL, 1980: 472-473.

²³⁵ Los supuestos poco realistas empleados por SHAVELL son duramente criticados en WRIGHT, 1985: 444-445.

Acciones	Estados		
	Poca visibilidad	Visibilidad moderada	Buena visibilidad
<i>Probabilidad</i>	0,01	0,02	0,97
El ciclista entra al parque pero no es diligente	Pérdida de 200	Pérdida de 100	No hay pérdida
El ciclista entra al parque y es diligente	Pérdida de 200	No hay pérdida	No hay pérdida
El ciclista no entra al parque	Pérdida de 200	No hay pérdida	No hay pérdida
Nota: el coste de la precaución es de 1 y el beneficio que obtiene el ciclista al entrar al parque es de 2,5			

El valor esperado de cada una de las acciones es el siguiente:

- El ciclista entra al parque y no es diligente: $2,5 - (0,01).(200) - (0,02).(100) = -1,5$
- El ciclista entra al parque y es diligente: $2,5 - 1 - (0,01).(200) = -0,5$
- El ciclista no entra al parque: $-(0,01).(200) = -2$

El resultado eficiente es que el ciclista entre al parque y sea diligente. Sin embargo, si es responsabilizado objetivamente por el accidente en los tres estados del mundo posibles el ciclista se abstendrá de entrar al parque. Por esta razón, el requisito de la relación causal tiene por función excluir del ámbito de responsabilidad el estado donde hay poca visibilidad. Dado que la diligencia del ciclista es indiferente para la producción del daño, no tiene sentido responsabilizarlo. La responsabilidad haría que el nivel de actividad del ciclista se reduzca ineficientemente. Si la regla es de negligencia, en cambio, la reducción del ámbito de responsabilidad no surte ningún efecto sobre sus incentivos. Como siempre, con esta regla tendrá incentivos para tomar las medidas óptimas, de modo que la concreción de otros estados del mundo será indiferente para el ciclista.

Este es a grandes rasgos el argumento de SHAVELL. Sin duda presenta un avance respecto del estado anterior de la cuestión. Es un intento interesante por explicar por qué la ausencia de relación causal es eximente de responsabilidad. Pese a ello, creo que el modelo sigue siendo deficiente porque confunde la causalidad con la negligencia. Obsérvese que económicamente lo que él denomina ausencia de causalidad no es más que otro caso en el que las medidas precautorias óptimas por parte del agente dañador son 0. En este esquema no es posible identificar una conducta como la *causa* de un resultado dañoso, sin calificarla como negligente a la vez. Para ser causante el agente debió poder alterar el resultado dañoso de alguna manera. Los modos de alterarlo son dos: tomando medidas precautorias o reduciendo el nivel de actividad. En el cuadro ninguna de estas dos alternativas disminuye el daño de 200 cuando hay poca visibilidad. Ello indicaría, según SHAVELL, que hay

ausencia de causalidad, por lo que ese estado debe ser excluido del ámbito de la responsabilidad.

Sin embargo, si fuese posible reducir el daño tomando medidas eficientes el agente no sólo sería considerado *causante* sino además *negligente*²³⁶. Asimismo, en todos los casos en que el agente se comporta diligentemente, es decir, cuando ya agotó las medidas óptimas que podía tomar, como marginalmente la diligencia debida es 0, habrá que afirmar que a partir de ese punto no sólo deja de ser *negligente* sino también que deja de ser *causante* si el daño se produce. Ello es así porque la causalidad se define a partir de la posibilidad de reducir el daño tomando medidas óptimas (lo que en términos económicos debería incluir el nivel de actividad, como se vio en los apartados V.3 y VI.2).

En la misma línea, es posible que una reducción en el nivel de actividad sea ineficiente y que además no haya medidas precautorias óptimas que el agente pueda tomar. En este caso, aun cuando nuestro lenguaje ordinario identificase al agente como causante, el análisis de SHAVELL debería afirmar lo contrario. Con la explicación que ofrece en su trabajo resulta imposible distinguir la *causa* de la *negligencia*; y entonces, mal puede dar cuenta del requisito de causalidad en el derecho de daños²³⁷.

De la misma opinión son LANDES y POSNER. Ellos sostienen que acudir a conceptos causales es innecesario para analizar los casos de responsabilidad extracontractual. Explícitamente reconocen que «la violación de un estándar no es *negligencia* o, si uno desea usar la palabra, no es la *causa* de un accidente» cuando los costes esperados no disminuyen con un nivel mayor de medidas

²³⁶ Queda descartado como criterio para distinguir la culpa de la causalidad la posibilidad de adoptar medidas que, aunque sean ineficientes, reduzcan el daño esperado. Así, la causalidad sería la posibilidad de reducir el daño con cualquier tipo de medidas, ya sean eficientes o ineficientes, y la culpa la posibilidad de reducir el daño sólo con medidas eficientes. Este argumento no funciona porque quien adopta medidas ineficientes para reducir el daño en realidad empeora la situación dado que incrementa el coste total del accidente. Debe recordarse que el coste del accidente incluye, entre otras cosas, el valor del daño y de las medidas precautorias. Una noción de causalidad como la aquí intentada carecería de sentido económico. ¿Cuál es la ventaja de identificar como causa a quien de ningún modo puede reducir el coste del accidente?

²³⁷ Es cierto que en la dogmática tradicional también se advierten problemas en este sentido. Así, la teoría de la causalidad adecuada ha sido acusada de servirse de los materiales propios de la culpabilidad. Véase GOLDENBERG, 2000: 28. De todas maneras, pese a que existan casos de solapamiento, debe reconocerse que las definiciones de culpa y causalidad son diferentes, lo que posibilita que haya un conjunto de casos en los que el solapamiento no se verifica. Tomemos el conocido ejemplo del autobús que circulando a más de la velocidad permitida es interceptado por la caída de un árbol. Aquí la culpabilidad, dada por la violación de las normas de tránsito, es perfectamente distinguible de la causa del daño. En cambio, el AED define ambos términos a partir de una función entre el valor esperado del daño y el coste de prevenirlo.

precautorias (la cursiva me pertenece)²³⁸. Desde un punto de vista funcional, debe considerarse causante al agente que, según el estándar de eficiencia, deba ser responsabilizado a fin de brindarle los incentivos para que adopte las medidas precautorias óptimas que minimizarán el coste de los accidentes. Para estos autores, carece de sentido afirmar que un individuo causó un daño pero no debe ser responsabilizado²³⁹.

La confusión entre causalidad y negligencia también es explícita en los modelos formales. Así, Robert COOTER, por ejemplo, explica que la causalidad en el derecho de daños es concebida en términos de relaciones funcionales entre tres variables: la probabilidad de que ocurra el accidente, el daño que causa y las medidas precautorias que pueden adoptarse para prevenirlo²⁴⁰. Estas tres variables, debe recordarse, son las mismas que la famosa fórmula del Juez Learned Hand considera relevantes para definir la negligencia (V.5.1). Una vez más queda claro que, en la interpretación económica, el ámbito de la causalidad coincide exactamente con el ámbito de la negligencia. Ello es así porque ambos conceptos constituyen un juicio de eficiencia²⁴¹.

En conclusión, ninguna de las explicaciones económicas de la causa resulta convincente como descripción del modo en que este requisito opera en el derecho de daños. Algunos modelos como el de SHAVELL se acercan más que otros que, como el de LANDES y POSNER, directamente niegan la relevancia de la causalidad en el derecho, pero siguen siendo por razones conceptuales insuficientes para dar cuenta del uso de estos conceptos por parte de los juristas²⁴².

4-Bilateralidad: la obligación de reparar y el derecho a ser compensado

En el punto III.4 expliqué que para el AED la obligación de pagar por los daños que causamos encuentra su justificación en los incentivos que el agente dañador tiene para tomar medidas precautorias. Siempre que deba reparar los daños que son consecuencia de sus acciones obrará con la diligencia debida, lo que minimizará el coste de los accidentes.

Desde el punto de vista de la víctima, son dos las razones por las que debe recibir compensación. Por una parte, el hecho de que pueda reclamar al agente dañador una reparación hace que los incentivos de este último sean operativos. La obligación de compensar por sí misma es insuficiente para

²³⁸ LANDES y POSNER, 1983: 113.

²³⁹ LANDES y POSNER, 1983: 110.

²⁴⁰ COOTER, 1987: 523 y 540.

²⁴¹ COOTER, 1987: 540.

²⁴² Véase el apartado 6.5 del capítulo XI para un profundización de esta crítica.

motivar adecuadamente al victimario. Entonces, el derecho a ser reparado es un incentivo para que la víctima reclame al agente, lo que a su vez funciona como incentivo para que éste adopte medidas precautorias. Paralelamente, el derecho de la víctima a recibir una compensación se explica porque es una forma de impedir que ella realice inversiones excesivas en medidas de autoprotección. Si no hubiese un derecho a ser reparado la autoprotección superaría los niveles eficientes, aunque nunca el valor del daño.

La obligación de compensar y el derecho a ser reparado, de este modo, pueden ser explicados a partir del principio de eficiencia. Sin embargo, señala WEINRIB, el AED no brinda ninguna razón para tomar del agente dañador *la misma suma que se le otorga a la víctima, ni para fijar el monto indemnizatorio en el valor del daño*. Por lo tanto, no puede dar cuenta de la característica más sobresaliente de la responsabilidad extracontractual²⁴³. En otras palabras, lo que el AED no puede explicar es por qué el valor del daño es la referencia para establecer el monto que debe pagar el agente dañador y que debe recibir la víctima.

La primera parte del argumento de WEINRIB consiste en pensar qué suma de dinero es suficiente para incentivar correctamente al agente dañador. Supongamos que un daño de 1.000, que tiene una probabilidad de ocurrencia del 25%, puede ser evitado a un coste de 100 en medidas precautorias. Una indemnización que, valorada *ex-ante*, sea superior a 100 brindará los incentivos adecuados al agente para que adopte las medidas. ¿Qué suma es *ex-ante* superior a 100 cuando la probabilidad de ser responsabilizado es del 25%? La respuesta es cualquier suma superior a 400. Piénsese que, si hay un 25% de probabilidades de ser encontrado responsable y el valor de la indemnización en ese caso es mayor que 400, esto brindará incentivos suficientes para invertir 100 en medidas precautorias. Claro que obligar a compensar por 1.000 también provee los incentivos correctos, porque 1.000 es superior a 400, pero no hay ninguna ventaja comparativa, en cuanto a los incentivos del agente dañador para tomar medidas precautorias, en obligarle a pagar 1.000 antes que cualquier suma inferior a ésta pero mayor que 400. En definitiva, el AED no puede explicar por qué el agente dañador debe ser obligado a pagar el valor del daño y no una suma que sea simplemente suficiente para brindarle los incentivos correctos en cuanto a la adopción de las medidas precautorias²⁴⁴.

La segunda parte del argumento tiene que ver con los incentivos que afectan a la víctima. WEINRIB sostiene que la suma de dinero necesaria para motivarla a que demande al agente dañador no se corresponde indefectiblemente con el valor de daño sufrido. La comparación entre la situación de la víctima luego del daño y la situación en la que se encontraría de no haber

²⁴³ WEINRIB, 1989: 506.

²⁴⁴ WEINRIB, 1989: 507.

tenido lugar el accidente es irrelevante para determinar el monto indemnizatorio. Una vez acaecido el daño, la comparación relevante es la que se realiza entre la situación de la víctima si demanda y su situación si no demanda. Cualquier suma de dinero que mejore la situación de la víctima una vez ocurrido el accidente será suficiente para incentivarla a demandar. Incluso, descontados los costes de reclamar judicialmente, una suma fija que sea independiente del valor del daño será suficiente para brindar este tipo de incentivos.

Si se reconoce esto, entonces, el escenario es aún peor para el AED, ya que no puede explicar por qué sólo la víctima puede reclamar al agente dañador y no cualquier otra persona²⁴⁵. Dado que la indemnización mejora la situación de cualquiera que la reclame, para hacer operativos los incentivos del agente dañador no es necesario limitar el número de posibles reclamantes. Seguramente, si nos interesase también lograr el objetivo *compensación*, debería asignarse una prioridad a la víctima para evitar superposiciones, lo que haría que el monto demandado sea superior al monto necesario para incentivar al agente dañador a adoptar medidas precautorias óptimas.

En relación con esto, la segunda razón que esgrime el AED para conceder una indemnización a la víctima, y no a cualquier otra persona, es evitar un exceso de autoprotección. Si no hubiese compensación, las potenciales víctimas adoptarían medidas precautorias aun cuando ello fuese ineficiente (supongamos, porque el agente dañador, o un tercero, pueden evitar el daño de modo más económico). Sin embargo, este argumento funciona siempre que el coste de las medidas de evitación que la víctima tenga a su disposición sean menores que el coste esperado del daño. Cuando el coste de las medidas sea superior, la víctima no tendrá incentivos a adoptarlas —ya que preferirá soportar el daño— por lo que no hay peligro de que se exceda en la autoprotección. Así, pese a que no es necesario evitar una inversión excesiva en medidas precautorias por parte de la víctima, el derecho de daños establece una indemnización de todos modos.

En realidad, la situación es todavía más grave, porque la crítica puede extenderse a los casos en los que el coste de las medidas precautorias es inferior al valor del daño. Supongamos que la víctima puede evitar un daño de 1.000 a un coste de 200 y el agente dañador puede hacerlo a un coste de 100. Otorgar indemnización a la víctima es una forma de evitar que invierta 200 en precaución, ya que lo eficiente es que el agente dañador invierta 100; justamente, para lograr esto último se lo responsabiliza por daños. No obstante, a fin de evitar que la víctima tome medidas en este caso, no es necesario que se le conceda una indemnización igual al valor del daño. En nuestro ejemplo, como la probabilidad de ocurrencia del accidente es del 25%, otorgar una indemnización superior a 200 será incentivo suficiente para que no invierta

²⁴⁵ WEINRIB, 1989: 508.

los 200 en medidas. Supongamos que se otorga una indemnización de 201. En ese caso, si ocurre el accidente la víctima sufrirá una pérdida de 799 (1000 del daño menos 201 de la indemnización). El valor esperado de la pérdida es de 199,75 ($799 \times 25\%$ de probabilidades). Por ello, sería irracional que la víctima invierta 200 en medidas precautorias para evitar sufrir una pérdida de 199,75²⁴⁶.

Si estas críticas son correctas, los partidarios del AED tienen un problema para explicar el modo en que están vinculados el agente dañador y la víctima en la responsabilidad extracontractual. Pese a todo, el economista podría responder que la bilateralidad se explica porque es la manera en que la comunidad logra una disuasión óptima. Es cierto que para alcanzar este objetivo no es necesario que el agente dañador compense a la víctima, sino que pague una suma de dinero a alguien. Ni siquiera es necesario que intervenga el derecho de daños. Esta meta podría lograrse por medio del derecho penal, imponiendo desde multas hasta penas privativas de la libertad. El economista responderá entonces que la vinculación por medio de la compensación es *una de las muchas* herramientas útiles para lograr una disuasión eficiente. Lo que no podrá explicar es por qué en ciertos contextos en los que no es un medio eficiente de todos modos el derecho de daños otorga a la víctima un derecho a recibir compensación correlacionado con la obligación a cargo del agente dañador. Veamos la cuestión.

Hay ocasiones en las que otorgar un derecho a demandar compensación produce resultados ineficientes. Esas ocasiones son aquellas en las que el derecho a reclamar no incentiva al agente dañador a adoptar medidas precautorias para disminuir el valor esperado del daño. Nótese que si se niega la posibilidad de demandar el coste social esperado estará dado por el valor del daño ponderado por la probabilidad de su ocurrencia [$D \cdot p(x)$], teniendo en cuenta que el agente dañador no adoptará medidas precautorias eficientes ($x < x^*$). Otorgar un derecho a la víctima se justifica sólo si la suma de los costes esperados de litigio para el actor (L_A), para el demandado (L_D) y para el Estado (L_E) son menores que lo que se gana por la reducción del daño cuando el agente dañador adopta medidas precautorias. En símbolos, si $D \cdot p(x) - D \cdot p(x^*) - x^* > (L_A + L_D + L_E) \cdot p(x^*)$ entonces es eficiente otorgar derecho a la víctima. Si la relación es inversa, es ineficiente y el Estado debería negar el derecho a demandar²⁴⁷. Otro modo de explicarlo es el siguiente. En aquellos casos en los que el derecho a demandar no incentiva al agente a tomar medidas precautorias, si se otorga el derecho el coste social

²⁴⁶ Esta es la idea del argumento de WEINRIB, 1989: 509, aunque su cálculo es diferente.

²⁴⁷ Los incentivos de la víctima para demandar no dependen de los costes y los beneficios sociales sino de que su coste de demandar sea menor que la indemnización que recibirá si gana el pleito. Por ello, la víctima iniciará un proceso judicial cada vez que obtenga un beneficio privado de ello con independencia de que su demanda sea socialmente beneficiosa.

esperado es $(D + L_A + L_D + L_E) \cdot p(x)$, pero si se niega el derecho el coste esperado es $D \cdot p(x)$, una suma necesariamente menor porque no incluye los costes de litigio²⁴⁸.

¿Cómo justificaría un partidario del AED el derecho de la víctima en estos casos? Diría que el Estado no puede identificar a un coste razonable qué demandas son eficientes y cuáles no lo son. Esto exigiría determinar cómo impacta el derecho a demandar de la víctima sobre los incentivos del agente dañador para tomar medidas precautorias. Nuevamente, el AED encuentra una justificación *ad-hoc* para lo que no tiene explicación. El lenguaje del derecho de daños considera que el derecho de las víctimas es un componente central de la práctica con independencia de que sirva a la disuasión de los agentes dañadores. El derecho de las víctimas no es simplemente *uno* de los modos eficientes que tiene el derecho para incentivar al agente dañador. De hecho, los sistemas complementan la disuasión con multas administrativas, multas penales o penas privativas de la libertad, pero rara vez excluyen el derecho de la víctima a reclamar por daños. Este derecho a la compensación cuenta en la práctica con una justificación autónoma; por regla general, no depende en ningún sistema jurídico occidental de que sirva a la consecución de algún objetivo social como la disuasión del agente dañador.

Considérese el caso de los daños de baja cuantía que las empresas causan a los consumidores. Ningún consumidor tendrá incentivos para reclamar, porque usualmente el coste de litigar es mayor que el monto indemnizatorio. Esta circunstancia hace que las empresas no adopten medidas precautorias a fin de evitar esos daños. Supongamos que es eficiente que la empresa invierta en mejorar la calidad de su producto para evitar el perjuicio a los consumidores. El Estado reconoce que, pese a que el coste de las medidas precautorias de la empresa es menor que el valor agregado del daño que sufren los consumidores, si todos los consumidores iniciasen procesos judiciales —no para recibir una compensación monetaria, que será menor que el coste de litigar, sino por la satisfacción que supone haber ganado el juicio a la empresa— el resultado sería ineficiente²⁴⁹. Sin embargo, en estos casos el Estado suele

²⁴⁸ Véase SHAVELL, 2007: 151-153.

²⁴⁹ Supongamos que la empresa genera a 100 consumidores un daño de 1 a cada uno. También, que puede evitar ese daño agregado de 100 invirtiendo 10 en medidas precautorias. Por otra parte, imaginemos el coste de demandar para cada consumidor es de 2. Asimismo, digamos que el coste de cada litigio para el empresario es de 2 y para el Estado de 1,5. Con estos valores se dará que: a) los consumidores no demandarán por daños en general, ya que obtendrán 1 de indemnización pero el coste de litigar es de 2 (aunque algunos podrán demandar por la satisfacción psicológica de ganar el pleito a la empresa); b) la empresa no adoptará medidas precautorias que son eficientes porque sabe que no será demandada; c) conceder un derecho a las víctimas es ineficiente porque el daño agregado es de 100 y puede ser evitado invirtiendo 10. Por lo tanto, lo que hay para ganar es 90 cuando el agente adopta las medidas óptimas. ¿Cuál es el coste de reducir daños por 90? Debemos sumar el coste de litigar para todos los involucrados. Así, el

otorgar de todas maneras un derecho a reclamar, aunque no hace depender la disuasión, que es un objetivo válido de todo sistema, de la acción de la víctima. Para lograrla se vale, en cambio, de otras medidas como los controles administrativos y las multas. De ninguna manera los instrumentos empleados para la disuasión interfieren con el derecho de la víctima. Esto es así porque la justificación de este derecho es independiente de la eficiencia.

Estos argumentos demuestran que la explicación que ofrece el AED es inconsistente y no captura un rasgo importante de la responsabilidad extracontractual. Todos los argumentos esgrimidos por los partidarios de esta corriente —el de la generación de incentivos para que el agente se comporte diligentemente, el de la motivación de la víctima para que reclame, lo que en última instancia hace operativos los incentivos del victimario, el argumento de la autoprotección, etcétera— son falaces. La explicación del AED sobre la vinculación del agente dañador y la víctima deja al descubierto que para esta teoría la única relación que existe se da entre el agente dañador y la víctima, individualmente, con los objetivos de la responsabilidad extracontractual²⁵⁰. No hay una razón económica que explique el vínculo entre ellos sino que cada uno está conectado independientemente con las metas del sistema de reparación de daños. El mayor problema es que el AED no toma en serio la estructura bilateral, y esto resulta fundamental si se pretende captar la racionalidad subyacente de la responsabilidad extracontractual.

5-Recapitulación

En esta sección he ofrecido un argumento para mostrar que el AED no es una buena explicación interna. Sintetizando lo que tienen en común todas las críticas aquí presentadas, puede decirse que la eficiencia distorsiona aquellos rasgos del derecho de daños que nos resultan familiares: a) el tipo de razonamiento que se expresa en las sentencias para justificar un juicio de responsabilidad por daños, relacionado principalmente con los derechos y deberes de las partes; b) la distinción entre las conductas riesgosas permitidas y las conductas prohibidas, conceptos que subyacen a la responsabilidad objetiva y la culpa, las dos reglas fundamentales del derecho de daños; c) la importancia de la relación causal; d) la vinculación particular que se produce entre el agente dañador y la víctima luego del acaecimiento de un daño en ciertas condiciones.

Una vez desarticulados los conceptos que se emplean en la práctica también quedan desarticuladas las inferencias que normalmente se realizan para llegar a una adscripción de responsabilidad. De esta manera, sin la noción de cau-

valor de los litigios será de 550 (200 para los consumidores, 200 para la empresa y 150 para el Estado).

²⁵⁰ COLEMAN, 1988: 1250.

salidad es incomprensible la vinculación entre la víctima y el agente dañador. ¿Por qué no podría la víctima demandar a quien puede pagar el daño, en lugar de demandar a quien lo causó? Las razones que justifican rechazar ciertas demandas y condenar al pago de una indemnización en otras tienen que ver con este entramado conceptual. El principio de eficiencia disuelve estas categorías y, con ellas, también disuelve el razonamiento práctico de los participantes de la práctica. Siendo esto así, el AED no puede satisfacer las características de una explicación interna.

A la luz del principio de eficiencia, el contenido de los conceptos fundamentales que organizan el derecho de daños son irreconocibles para cualquier participante de la práctica. El análisis teórico, por supuesto, no debe limitarse a reproducir los rasgos más obvios del fenómeno, aunque debe preservarlos de alguna manera. Probablemente si preguntásemos a los jueces que deciden los litigios de responsabilidad extracontractual cuánto saben acerca de la justicia correctiva, en la mayoría de los casos nos encontraremos con respuestas muy poco precisas. No obstante, como argumentaré en lo que sigue, es plausible sostener que la justicia correctiva forma parte de una explicación interna del derecho de daños. Aunque los jueces no sean conscientes de esto en su labor cotidiana, luego de una adecuada reflexión, reconocerían que el principio de justicia correctiva da sentido a los razonamientos que realizan al imponer la obligación de compensar en el caso típico de responsabilidad civil. En cambio, difícilmente reconocerían a la eficiencia como el principio que organiza sus juicios de responsabilidad.

Sin embargo, los estudios predictivos que realizan los partidarios del AED, aquellos que buscan medir los efectos de las distintas reglas de responsabilidad sobre los incentivos de los agentes y la asignación final de los recursos, tienen un gran valor, y debe reconocerse que cada vez más analistas se están orientando hacia este tipo de estudios²⁵¹. Asimismo, como intentaré mostrar en la Tercera Parte, el AED puede ofrecer un tipo de explicación distinto. Me refiero a la explicación funcional, que al ser externa es indiferente al modo en que los participantes interpretan el derecho de daños.

En la Segunda Parte, analizaré la capacidad explicativa de las teorías de la justicia correctiva y sugeriré que un esquema de interpretación que combina las categorías de este principio con las de la justicia distributiva nos permite lograr una comprensión plena de la responsabilidad extracontractual bilateral.

²⁵¹ COOTER, entre otros, admite que la idea de reducir las categorías y los conceptos tradicionales a un análisis coste-beneficio es absurda. También afirma que la posibilidad de dar cuenta de la coherencia de los sistemas jurídicos a la luz de la eficiencia depende de qué área del derecho se esté analizando, pero en general el análisis siempre será incompleto. Por supuesto, rescata el valor de los estudios que intentan predecir los efectos de las normas jurídicas. Véase COOTER, 1982: 1266.

SEGUNDA PARTE
JUSTICIA CORRECTIVA
Y
JUSTICIA DISTRIBUTIVA

VII-LOS PRINCIPIOS SUBYACENTES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1-La construcción normativa de la justicia correctiva

Una primera idea, muy intuitiva creo, es que la comprensión de la responsabilidad extracontractual requiere identificar algún principio que conecte todos los conceptos que figuran en la práctica. De esta manera, para determinar si, y en qué medida, la justicia correctiva está implementada por el derecho de daños es necesario captar el contenido de sus conceptos centrales y luego mostrar una de dos cosas: o bien que ellos son reducibles en última instancia a este principio, o que la justicia correctiva brinda el marco general en el cual puede comprenderse cómo contribuye cada concepto a una ordenación normativa racional.

Sin embargo, antes de avanzar en este camino, el teórico debe resolver algunas cuestiones. Por ejemplo, ¿debe tomar como parámetro la mejor concepción de la justicia correctiva? Es decir, desde ARISTÓTELES hasta el presente, el principio de justicia correctiva ha sido formulado de diversas maneras²⁵² y se lo ha relacionado de diferentes formas con otros principios de justicia. ¿Debe el teórico apelar a la mejor concepción de la justicia correctiva en términos normativos, aquella que resulte más defendible en el marco de una teoría moral y política general; o, por el contrario, debe considerar aquella formulación que ofrezca la mejor interpretación de la práctica jurídica actual?²⁵³ La primera alternativa supone presentar el argumento normativo más sólido posible a los efectos de caracterizar la justicia correctiva, y luego comprobar si el derecho de daños satisface en algún grado este ideal. La segunda alternativa, por su parte, supone que además de la mejor formulación de la justicia correctiva puede existir otra que, sin ser tan plausible como esta, sea de hecho la que está operativa en la práctica.

En opinión de COLEMAN, esta forma de plantear el problema conduce a graves confusiones, ya que si la justicia correctiva es un *principio de justicia* debe haber una única manera de caracterizarlo que sea normativamente plausible. Supongamos que partimos de una intuición según la cual la justicia correctiva tiene que ver con la rectificación de las pérdidas injustas. Ahora, aceptado este punto de partida, entre muchas otras cosas, todavía nos resta definir cuándo una pérdida es injusta y sobre quién recae el deber de rectificarla (¿el Estado, quien la causó, quien pudo evitarla de modo más econó-

²⁵² Véase ARISTÓTELES, 1985; EPSTEIN, 1973; FLETCHER, 1972; COLEMAN, 1992b y 1992; WEINRIB, 1995; y, para un trabajo enciclopédico sobre la evolución histórica del concepto, ENGLAND, 2009.

²⁵³ COLEMAN, 1992b: 363.

mico, quien tiene una mayor capacidad contributiva?). Al definir todas estas cuestiones debemos articular el mejor argumento normativo que tengamos disponible, si es que deseamos presentar a la justicia correctiva como un verdadero principio de justicia. Esto es así por una sencilla razón: cualquier formulación que no descansa sobre el argumento justificatorio más sólido puede ser superada por otra versión normativamente más atractiva. La tarea termina cuando se llega a una concepción del principio tal que no pueda imaginarse ningún argumento moral que aconseje adoptar una concepción alternativa. De ser este el caso, el verdadero principio de justicia sería el segundo, el mejor que pueda concebirse, y no el primero. De ahí que no tenga sentido plantearse una disyuntiva entre la versión *moral* del principio de justicia correctiva y la versión *operativa* en la práctica. Si la justicia correctiva que opera en la práctica no es el mejor principio de justicia que pueda construirse, entonces, corresponde concluir que la práctica no implementa la justicia correctiva de ningún modo. En otras palabras, o bien nuestra práctica implementa la justicia correctiva o bien no la implementa. Determinar si la implementa requiere primero identificar el principio en cuestión²⁵⁴. El argumento es que ninguna versión que no satisfaga el más alto estándar justificatorio puede ser un principio de justicia correctiva y, por ello, una práctica que no se ajusta al principio así construido no implementa la justicia correctiva en absoluto, aunque tenga similitudes con ella.

Es interesante que la identificación del principio de justicia correctiva, en este sentido, es una tarea puramente normativa. Su caracterización depende de un argumento sustantivo desarrollado en el marco de una teoría de la justicia más amplia aplicable a las interacciones entre los individuos. No obstante, la verificación de si este principio está implementado en la práctica no tiene por qué ser una labor normativa. Uno podría limitarse a corroborar si la práctica del derecho de daños presupone el principio en cuestión. En la medida en que el patrón de inferencias que llevan a un juicio de responsabilidad pueda ser interpretado como una aplicación del principio que hemos construido normativamente, la explicación puede continuar siendo neutral. El argumento normativo interviene solamente en la identificación del principio de justicia correctiva, es decir, al momento de dar contenido semántico al principio. Pero una vez que el principio tiene un contenido semántico bien especificado, la verificación de si la práctica lo implementa, y de qué modo, es neutral a consideraciones normativas adicionales.

Asimismo, incluso cuando se corrobore que el derecho de daños es una expresión de la justicia correctiva, construida normativamente, todavía cabe argumentar que la práctica no está justificada. Esto puede parecer paradójico: ¿cómo es posible que una práctica que implementa un *principio de justicia* no esté justificada? Si la justicia correctiva la hemos construido con el mejor argumento normativo disponible en el marco de una teoría más amplia de la

²⁵⁴ COLEMAN, 1992b: 363.

justicia y de la moralidad política, ¿qué razones podrían existir para criticar una práctica que implementa un principio tan perfecto? ¿No sería la posibilidad de criticar un síntoma de que no hemos en realidad construido el mejor principio de justicia? En otras palabras, ¿cómo es posible que la explicación y la justificación puedan estar disociadas cuando el teórico construye la justicia correctiva, que luego encuentra en el derecho de daños, con argumentos propiamente justificatorios? Para responder esta pregunta debe distinguirse entre la mejor *concepción del principio* y su *ámbito de aplicación*. Pensemos en la justicia retributiva. Uno podría dotar de contenido a la idea de retribución explotando al máximo su potencial justificatorio, haciendo de la retribución lo mejor que pueda ser. Si el argumento es exitoso, habremos convertido a la retribución en un principio de justicia. Podríamos investigar el derecho de daños y determinar que sus reglas, el discurso de los participantes y las razones que se invocan en las decisiones sobre la obligación de compensar y el derecho a recibir una indemnización, tienen que ver con el principio de retribución. ¿Significa esto que la práctica está justificada? Aun no. Para que la práctica esté justificada, debe ofrecerse un argumento adicional destinado a mostrar que el mejor principio para regular las interacciones dañosas entre los individuos es la retribución, en comparación con otros principios como la justicia correctiva o la justicia distributiva.

Evidentemente, al construir el principio de justicia el teórico tiene en mente un ámbito de aplicación. Pero no es extraño encontrar prácticas que implementan principios de justicia en ámbitos donde no corresponde hacerlo. Por ejemplo, supongamos que el derecho penal pueda ser visto como una expresión del principio de retribución, tal vez no exclusivamente, pero sí en lo que respecta a sus casos centrales y que, *además*, consideramos que la imposición del castigo está justificada y es exigida por este principio. Imaginemos también que el principio de oportunidad, por el cual el Ministerio Público puede dejar de investigar ciertos hechos que carecen de interés²⁵⁵, puede ser interpretado como una aplicación del principio de eficiencia. Digamos, incluso, que la versión del principio de eficiencia del cual se trata es el mejor principio que puede imaginarse. Así las cosas, podría determinarse que el principio de eficiencia explica la oportunidad, pero que esta institución no está justificada, dado que el derecho penal, que es básicamente una cuestión de justicia retributiva, exige castigar cuando el principio de oportunidad, justificado en la eficiencia, recomienda no hacerlo. Dicho brevemente, las razones de la justicia retributiva son incompatibles con las razones de eficiencia. Es probable que al ofrecer la mejor caracterización de la eficiencia, como principio de justicia, el teórico haya pensado en un ámbito de aplicación específico. En algunos ámbitos la eficiencia paretiana parece más adecuada que el criterio de KALDOR-HICKS, pero en otras circunstancias,

²⁵⁵ Técnicamente es la facultad del Ministerio Público de disponer de la acción penal a pesar, o con independencia, de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible, imputable a un autor determinado.

PARETO simplemente no ofrece un ideal normativo plausible. La cuestión es que aun cuando hayamos construido la eficiencia del modo más atractivo, siempre habremos pensado en un ámbito natural de aplicación. Habremos tenido en cuenta que la eficiencia servirá para regular cierto tipo de relaciones sociales. Este es uno de los criterios con los cuales evaluaremos la capacidad justificatoria del principio. Por ello, no es extraño concluir que un principio justificatorio puede estar implementado en una práctica que no está justificada. Del mismo modo, si al analizar el sistema neozelandés (véase la Introducción) determinamos que se trata de una cuestión de justicia distributiva, todavía podríamos concluir que la práctica es injustificable, porque regula con instituciones de justicia distributiva cierto tipo de interacciones que son propias del ámbito de aplicación de la justicia correctiva.

Creo que este tipo de tarea filosófica es interesante y metodológicamente defendible, pero que no aborda directamente la tarea de comprensión con la que estoy comprometido. En primer lugar, antes de poder dedicarse a explicar el derecho de daños, el teórico debe realizar una labor argumental de considerable envergadura. Nótese que antes de poder afirmar algo así como «la responsabilidad extracontractual puede ser interpretada como una implementación de la justicia correctiva», debe caracterizarse la justicia correctiva ofreciendo los argumentos morales y políticos más sólidos que puedan encontrarse, y ello no es tarea fácil. En segundo lugar, supongamos que emprendemos este proyecto. Luego de una profunda discusión sobre los méritos de las formulaciones que históricamente se han ofrecido, logramos articular una concepción de la justicia correctiva que resiste cualquier desafío normativo, que muestra ser el más adecuado principio para regular cierto tipo de interacciones. Podría ocurrir que una vez culminada esta tarea vayamos a observar el derecho de daños y descubramos, tal vez con pesar, que la práctica no puede ser interpretada de ningún modo plausible como la implementación del principio al que hemos dado el título honorífico de «justicia correctiva». ¿Dónde nos deja esto? Bueno, si nuestra empresa inicial consistía en comprender la responsabilidad extracontractual, habremos realizado un camino muy largo, demasiado largo, solo para concluir que este cuerpo normativo no puede ser explicado por medio de la justicia correctiva. Lamentablemente, siendo negativo el test de implementación todavía no tendremos ninguna pista acerca de cuál es el principio involucrado. Para saber esto, nuevamente deberíamos elegir algún principio que intuitivamente parezca un buen candidato, digamos la eficiencia, y construir el mejor ideal justificatorio de la eficiencia para determinar si tiene algún potencial explicativo. Un eventual segundo fracaso nos llevaría a buscar más principios, pero en el mediano plazo nos quedaríamos sin alternativas. Tal vez, concluyamos entonces, el derecho de daños no implementa ningún principio de justicia.

2-Los patrones de inferencia que sistematizan la práctica

Es posible que el derecho de daños no implemente ningún principio de justicia, pero que igualmente pueda ser racionalizado. Un principio de rectificación de determinadas interacciones en ciertas circunstancias puede ser la mejor explicación del patrón de inferencias que se realizan en la práctica. Este principio, por hipótesis, no sería un verdadero principio de justicia, pero ¿importa ello acaso? Si nuestro objetivo es comprender la práctica, lo primero que nos interesa es racionalizarla. El principio que subyace al patrón de inferencias es un buen candidato en ese sentido. Luego podremos discutir si ese patrón está justificado o no. Dado que el patrón no se correspondía con ningún principio plausible de justicia, la respuesta será que esta práctica, solo explicable por este pseudo principio, no puede estar justificada. De todas maneras, puede guardar similitudes con algunos de los verdaderos principios de justicia, y ello puede señalarnos un ideal al que la práctica podría aspirar si los participantes quisiesen instaurar instituciones completamente justas. No debe descartarse como posibilidad que la práctica implemente *defectuosamente* algún principio de justicia. De hecho, la historia de la evolución jurídica nos muestra que cada vez que se produce un cambio, como el abandono del estándar de negligencia a favor de la responsabilidad objetiva en el caso de actividades riesgosas, durante un tiempo la práctica implementa imperfectamente el principio que inspira el cambio. Así, no es de extrañar que las primeras aplicaciones de los estándares objetivos no fuesen abiertamente reconocidas, sino que estuviesen disfrazadas tras las vestiduras de una forma particular de culpa²⁵⁶. Claramente, cualquier divergencia en la práctica respecto de la versión más defendible de la responsabilidad objetiva puede ser explicada, con bastante provecho, como una aplicación imperfecta de este principio.

²⁵⁶ Un claro ejemplo de esto puede observarse en el derecho argentino, en el caso de la responsabilidad del principal por los hechos del dependiente o la de los padres por los hechos de sus hijos menores de edad que conviven con ellos. La responsabilidad del principal fue anclada de inicio en la denominada *culpa in eligendo*; mientras que el fundamento de la responsabilidad de los padres se encontró en la *culpa in vigilando*. No obstante, en ocasiones, la sola producción del daño era considerada por los tribunales como una prueba de la concurrencia de estas respectivas formas de culpa, haciendo imposible que el demandado se eximiese de responsabilidad. Al mismo tiempo, estaba muy discutida la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por los hechos ilícitos de sus funcionarios y, más tarde, la extensión de esa responsabilidad. Las discordancias o incoherencias sistemáticas que pudieran estar presentes en la jurisprudencia o en la doctrina de aquel entonces, pueden explicarse una vez que se entiende que un cambio profundo, como el tránsito de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva, rara vez será pacífico e inmediato. Durante algún tiempo convivirán los fundamentos del nuevo principio con la estructura del razonamiento impuesto por el principio anterior. Esto no obsta, sin embargo, a que podamos considerar que la *culpa in eligendo* o la *culpa in vigilando* eran una implementación imperfecta del principio de responsabilidad objetiva. Para una evolución histórica de estas cuestiones en el derecho argentino véase MOSSET ITURRASPE, 1980: 53-55.

Brian LETTER ha señalado que el problema de una estrategia como esta es que, pese a *sistematizar* la práctica que se está estudiando, no logra *unificarla*, es decir, no logra mostrar de qué modo está conectada con otras prácticas e instituciones de importancia cultural general. Para LETTER, lo que yo he denominado patrón de inferencias nos permite descubrir la lógica interna o subyacente del derecho de daños, pero no conectar esta práctica con otras prácticas vigentes en la sociedad, y la sistematización y unificación son parte de los objetivos de la teorización²⁵⁷. Ciertamente, podemos aceptar que ambos aspectos de una explicación son valiosos. En la medida en que una teoría sistematice adecuadamente los argumentos normativos que figuran en la práctica y además logre unificarla con otras prácticas, diremos que ha brindado una explicación. Sin embargo, ello no significa que la sola sistematización carezca de valor. Por supuesto, una teoría que no solo sistematiza sino que también unifica, debe ser preferida, pero hasta tanto una teoría de esas características sea presentada, la mejor explicación puede ser aquella que desentraña la lógica interna de la práctica. Por otra parte, sería sospechoso que una teoría lograra explicar el patrón de inferencias de la práctica —para lo cual requiere dar cuenta, entre otras cosas, del contenido de los conceptos que los participantes emplean para arribar a juicios de responsabilidad— mediante un principio que, aunque explica el patrón, fuese inútil para interpretar otras prácticas *prima facie* relacionadas con la responsabilidad extracontractual. Si esto ocurriese, me sentiría tentado a pensar que las prácticas no están vinculadas en su gramática profunda, es decir, que la argumentación que tiene lugar en cada una de ellas no puede ser vista como parte de una misma actividad social. Ello puede ocurrir con los razonamientos del derecho de daños y de la religión católica. Aunque pueda haber algún lenguaje común, si es que lo hay, evidentemente la naturaleza de las prácticas es tan distinta que no pueden ser unificadas con un patrón común. Me resulta difícil imaginar un caso, como el que sugiere LETTER, en que uno pueda brindar una excelente explicación de la lógica interna de una práctica, sin que sus conclusiones sean aplicables a otra práctica *relacionada*. Más bien diría que si este fuese el caso, o bien las prácticas no guardan una relación profunda, o bien la explicación de la lógica interna no es correcta. Por esta razón, entonces, determinar el principio que subyace en una práctica, aunque no sea un principio de justicia (el mejor en términos de COLEMAN), puede tener un gran valor explicativo.

3-Nuestro concepto de justicia correctiva

Una alternativa completamente distinta de esta puede consistir en responder a la pregunta sobre si el derecho de daños implementa la justicia correctiva tomando como parámetro *nuestro concepto de justicia correctiva*. Nuestro concepto puede que carezca de poder justificatorio suficiente como para ser un principio de justicia, y puede también que no esté operativo en la práctica de

²⁵⁷ LETTER, 1995: 46-47.

la responsabilidad extracontractual. En este sentido, la reconstrucción de nuestro concepto es una tarea empírica. El contenido de la justicia correctiva está dado por nuestras creencias acerca de lo que ella exige. Esta alternativa se diferencia de las dos anteriores en que determinar qué es lo que *creemos* que exige la justicia correctiva, qué razones para la acción *creemos* que tienen los individuos en virtud de este principio, no depende de ningún argumento normativo, ni tampoco de la observación de la práctica del derecho de daños. La ventaja de adoptar esta estrategia es que el teórico se ve liberado de tener que mostrar de qué modo la justicia correctiva puede ser un verdadero principio de justicia. No obstante, un proyecto de esta naturaleza se enfrenta a otro tipo de dificultades, tal vez insalvables en el caso del concepto de justicia correctiva: el propio concepto es controvertido. Los autores difieren sobre cuál es el contenido semántico de la justicia correctiva. El propio COLEMAN ha defendido distintas versiones a lo largo de los años²⁵⁸. Así, la primera concepción que defendió es la anuladora. Según esta concepción, la justicia correctiva exige eliminar, rectificar o anular las pérdidas y ganancias injustas. De su desarrollo teórico se desprende que ningún agente que no se haya beneficiado injustamente puede ser obligado a compensar. Dicho de otro modo, la obtención de una ganancia injusta es condición necesaria de la obligación de compensar. No obstante, esta caracterización de la justicia correctiva puede ser cuestionada. Como observa HURD, para continuar con su análisis, COLEMAN debe ofrecer o bien una defensa normativa de esta descripción, lo que haría que se enrola en el primer proyecto que he analizado, o bien una defensa empírica, consistente en mostrar que esta exigencia de deriva de *nuestro* concepto de justicia correctiva²⁵⁹. Pero si nuestro concepto es controvertido, en el sentido de que la literatura discute sobre su contenido, ¿cómo puede salvarse este obstáculo? La dificultad no es menor, ya que una indeterminación conceptual socava de inicio la tarea de comprensión.

Cualquier intento por comprender una práctica a la luz de un principio debe contar con una caracterización de ese principio. Al igual que en la explicación de un fenómeno físico sería extraño que las leyes causales que figuran en el *explanans* estuviesen indeterminadas, o no estuviesen bien definidas, en la explicación conceptual de una rama del derecho positivo sería extraño que el contenido del concepto explicativo, es decir, la justicia correctiva, no contase con un contenido semántico preciso. ¿Cómo podría afirmarse que la justicia correctiva explica el derecho de daños si desconocemos cuál es su contenido? Para que la justicia correctiva pueda iluminar nuestro objeto de estudio, debe haber una convergencia respecto de nuestra comprensión de la justicia correctiva y de sus diferencias y relaciones con otros principios. Dado el hecho del desacuerdo continuado, la sola invocación de la justicia correctiva, con un determinado contenido descrito por el teórico, resulta sospe-

²⁵⁸ Véase, en este orden, COLEMAN, 1992b; 1992c; 1992.

²⁵⁹ Véase HURD, 1991: 64.

chosa. Siendo ello así, antes de evaluar la capacidad explicativa de la justicia correctiva deberá especificarse cuál es su contenido y argumentarse por qué una concepción es preferible a otra. El carácter de esta argumentación definirá el tipo de proyecto en el que se embarca el teórico. Una argumentación normativa nos situará en una labor filosófica como la primera que describí. Una argumentación empírica, en cambio, puede consistir en tomar la opinión de algún autor reconocido en la materia, por ejemplo WEINRIB, y analizar el derecho de daños a la luz de *su concepto de justicia correctiva*. El valor de este proyecto, en mi opinión, es marginal. Puede contribuir a detectar qué tipo de concepto sería capaz de esclarecer aquellos aspectos de la práctica que son ignorados por el esquema del autor que se está analizando. Pero más allá de esto, esta estrategia no resulta explicativa. También podríamos intentar especificar un *mínimo denominador común* entre todas las nociones de justicia correctiva rivales. Afortunadamente, aunque las concepciones son diversas, no son infinitas. Stephen PERRY sugiere que COLEMAN, en su momento, podría haber considerado que la concepción anuladora especificaba algo así como el contenido mínimo irreducible de la justicia correctiva, razón por la cual no debía embarcarse en ninguna defensa normativa de ella²⁶⁰. Esta estrategia tampoco está exenta de dificultades insalvables. Los teóricos pueden estar llamando «justicia correctiva» a principios cuyo denominador común no resulta en absoluto esclarecedor. Como se verá más adelante, este es el caso de la concepción anuladora, de COLEMAN, y la concepción relacional de WEINRIB. La concepción anuladora lejos de constituir el contenido mínimo de toda concepción, incluida la concepción relacional, se presenta como un principio esencialmente distinto del que WEINRIB tenía en mente (véase el apartado IX.3).

Finalmente, una última posibilidad para reconstruir nuestro concepto de justicia correctiva consiste en seleccionar ciertas opiniones sobre el contenido del concepto y descartar otras. Así, la razón para preferir la opinión de PERRY, antes que la de COLEMAN o WEINRIB, por ejemplo, podría ser que sacrificando ciertas intuiciones acerca del concepto logramos un beneficio teórico²⁶¹. Podríamos decidir dejar de lado la idea de que la justicia correctiva exige haber causado un daño con culpa a fin de que el concepto abarque los casos de responsabilidad objetiva, tan difíciles de ser explicados por una concepción que enfatice demasiado la importancia de la acción incorrecta. El problema de esta solución es que los valores epistémicos que introduce LEITER no pueden ayudarnos a construir el concepto de justicia correctiva que luego utilizaremos para explicar el derecho de daños sin que la explicación se torne indefectiblemente circular. Recuérdese que, según la versión empírica de la pregunta sobre si el derecho de daños implementa la justicia

²⁶⁰ PERRY, 1992: 390. COLEMAN diferencia entre concepciones complejas de la justicia correctiva que presuponen la verdad de la concepción anuladora. Véase COLEMAN, 1982: 435.

²⁶¹ Véase LEITER, 1995: 50.

correctiva, debemos definir el contenido del principio para luego evaluar si está expresado por la práctica. La definición del contenido no puede depender de la misma práctica. Obviamente, si la hiciésemos depender, el *encaje* de la teoría con la práctica estaría garantizado, pero su *éxito* explicativo sería dudoso. Si en lugar de partir de *nuestro* concepto de justicia correctiva lo alterásemos para que resulte explicativo del derecho de daños, la conclusión de que el derecho de daños es explicado por *nuestro* concepto de justicia correctiva será en realidad de escaso interés filosófico. Por otra parte, si fuésemos modificando o redefiniendo la justicia correctiva para que explique más casos, todavía tendría sentido la objeción de que esos nuevos casos ahora abarcados por la teoría no son casos de justicia correctiva tal como la entendemos. Aquel cuya opinión sobre el contenido del concepto fue dejada de lado en virtud de los valores epistémicos, en beneficio de la capacidad explicativa del principio, podría quejarse de que el concepto resultante explica al coste de ser irreconocible para cualquier teórico competente en la materia. La pretensión de abarcar más casos de derecho de daños, de esta manera, puede conducir a gravísimos errores. El hecho de que una teoría abarque más casos no significa nada *per se*. Uno podría ampliar tanto el concepto de silla de modo que también abarque a las mesas, pero esto no tendría demasiada utilidad. Igualmente, uno podría flexibilizar tanto la justicia correctiva como para abarcar los casos de responsabilidad por cuota de mercado o la responsabilidad por productos defectuosos. No obstante, la mejor explicación del derecho de daños tal vez consista en una combinación de principios. La pretensión de explicar más casos puede terminar cegándonos, de manera que no podamos reconocer cuáles son los límites del principio que pretendemos emplear en nuestra explicación. En casos tan controvertidos como el de la justicia correctiva, tal vez no exista un concepto compartido en la comunidad científica, sino una familia de conceptos íntimamente relacionados pero irreductibles entre sí.

4-El análisis conceptual de la práctica

Hasta aquí he ofrecido un argumento para desechar el proyecto de construir normativamente el principio de justicia correctiva y luego verificar si está implementado en la práctica, y también he descartado que una investigación empírica sobre el contenido de nuestro concepto de justicia correctiva sea una empresa filosófica fértil, en el sentido de que nos ayuda a comprender la responsabilidad extracontractual. ¿Cuál es el problema de los dos enfoques anteriores? El principal problema es que parten del análisis de los principios y luego descienden a las prácticas. Creo que la mejor estrategia es partir de la práctica misma que se pretende explicar. COLEMAN en *Risks and Wrongs* presenta un argumento de este tipo. Su preocupación sigue siendo determinar si el principio de justicia correctiva está expresado en el derecho de daños, pero para evitar los problemas de indeterminación semántica del concepto de

justicia correctiva, decide observar directamente la práctica. Sin embargo, su punto de partida no es el derecho de daños, sino las *prácticas morales informales*. Señala COLEMAN que, en ellas, los individuos se dicen mutuamente cosas como «eres responsables de este desastre, y por ello debes hacer algo al respecto»²⁶². Esta práctica, que está ampliamente extendida y tiene gran relevancia para sus participantes, constituye lo que COLEMAN denomina justicia correctiva. A fin de dar contenido y estructura al principio no pretende apelar a ninguna noción normativa más abstracta, ni tampoco a la propia práctica del derecho de daños, ya que esto constituiría una petición de principio²⁶³; solo se limitará a *analizar* la práctica informal recién descrita.

Por supuesto, COLEMAN deberá realizar algún tipo de reconstrucción. Así como ha definido la práctica de la justicia correctiva, a partir de las prácticas morales informales, ella claramente regula muchas otras convenciones sociales distintas del derecho de daños, como la disculpa pública por haber ofendido a alguien. Si han de ser preservadas nuestras intuiciones respecto de que el derecho civil, el derecho penal y otras prácticas como la disculpa están regulados por principios distintos e irreductibles, entonces, la identificación inicial de la justicia correctiva que ofrece COLEMAN es demasiado amplia. Los elementos descritos –la adscripción de responsabilidad por un desastre y el reconocimiento de razones para la acción que surgen de esa responsabilidad– son de dudosa utilidad al delimitar el objeto de la justicia correctiva. Esto lo sabemos por nuestro conocimiento de las distintas ramas del derecho. No obstante, no estoy intentando definir el concepto a la luz de la práctica. La idea es que si la justicia correctiva es un principio tan amplio que explica el derecho civil y el derecho penal, los teóricos estarían ansiosos de encontrar alguna explicación adicional que logre expresar las diferencias entre estas prácticas. Tal vez se inclinen a pensar que un principio que logra explicar a la vez todas las prácticas jurídicas en las que la idea de responsabilidad cumple una función relevante no explica en realidad ninguna de ellas. Cuando buscamos una explicación del derecho civil también pretendemos una explicación que muestre de qué modo difiere del derecho penal o del derecho administrativo. Las prácticas informales, quizá puedan iluminarnos respecto de sus similitudes, pero no en cuanto al carácter distintivo que en principio adscribimos a cada rama del derecho. COLEMAN es consciente de esto, por ello debe refinar su conceptualización de la práctica de un modo particular. Para hacerlo, como mencioné en el párrafo anterior, él mismo sostiene que no puede partir de la misma práctica que pretende explicar. Más allá de reconocer esto, en ningún momento explicita cómo pasa de su descripción de la práctica moral informal de identificar desastres y agentes responsables a su concepción de la justicia correctiva según la cual los agentes

²⁶² Véase COLEMAN, 1992: 478 (nota 1, capítulo 16).

²⁶³ COLEMAN, 1992: 479 (nota 1, capítulo 16).

tienen *el deber de reparar las pérdidas injustas* por las que son moralmente responsables²⁶⁴.

Es claro que lo que constituye el núcleo de estas prácticas morales informales, el discurso de responsabilizar a un agente por ciertos resultados, está presente transversalmente en distintas prácticas que poco tienen en común a nivel estructural y justificatorio. Cualquiera de las ramas del derecho mencionadas, el derecho penal, el derecho civil y el derecho administrativo brinda razones para actuar a quienes son responsables de ciertos resultados. En algunas circunstancias, las distintas religiones también ponen el acento en la responsabilidad de idéntica manera. Por esta razón, difícilmente pueda extraerse de estas prácticas informales una noción de justicia correctiva que luego podamos comprobar si está expresada por el derecho de daños. COLEMAN admite que el diseño de su estrategia está motivado en parte por su conocimiento del derecho daños, y la creencia de que es una práctica dirigida a implementar la *compensación de daños* por los que uno es responsable²⁶⁵. Ahora bien, la *compensación* es solo una de todas las posibles acciones que se tienen *razones para realizar* cuando se es responsable moral de un resultado. Si la justicia correctiva tiene que ver principalmente con la compensación de daños, COLEMAN debe explicar cómo extrae de las prácticas informales una razón para actuar en particular, es decir, cómo del hecho de ser responsable de un desastre se deriva una razón para reparar el daño y no simplemente para disculparse. En otras palabras, ¿cómo pasa de las razones para actuar en general a las razones para compensar en particular? ¿Por qué la reparación es parte de la justicia correctiva y la disculpa pública no lo es? Sospecho que COLEMAN inconscientemente articula su concepción relevante de la justicia correctiva teniendo en miras la práctica del derecho de daños. Por lo tanto, pese a estar precavido de ello, y contra las intenciones que declara, su teoría termina siendo circular: su concepción de la justicia correctiva es extraída de la práctica de la responsabilidad extracontractual; luego, su conclusión de que el derecho de daños expresa este ideal de justicia pierde fuerza explicativa. Este procedimiento siempre garantiza que la justicia correctiva pueda dar cuenta del derecho de daños, cualquiera fuese su estructura normativa, simplemente porque el contenido del primer concepto depende de la práctica jurídica que se supone que debe esclarecer.

COLEMAN ofrece una respuesta interesante a la crítica de circularidad en *The Practice of Corrective Justice*. Allí sostiene que el contenido de la justicia correctiva está determinado parcialmente por la responsabilidad extracontractual, pero que otras prácticas también contribuyen a definirla. Ello es así porque los conceptos centrales que organizan el derecho de daños, y también la justicia correctiva, conceptos tales como el daño, la acción incorrecta, la responsabilidad o el deber de compensar, no son exclusivos de la responsabilidad

²⁶⁴ COLEMAN, 1992: 324.

²⁶⁵ COLEMAN, 1992: 480; nota 1, capítulo 16.

extracontractual; es decir, no solo figuran en el derecho de daños sino que se emplean en otras prácticas jurídicas, políticas y morales. Entonces, la justicia correctiva puede servir como criterio para interpretar la práctica, porque guarda cierta independencia o distancia de ella²⁶⁶.

Creo que esta respuesta no es satisfactoria porque aun cuando el contenido de los conceptos centrales del derecho de daños y de la justicia correctiva esté determinado por un conjunto de prácticas, todavía debe probarse que ciertos conceptos, y no otros, son elementos constitutivos de la justicia correctiva. Por ejemplo, sin duda el derecho de daños se organiza alrededor de los conceptos de daño, causalidad, deber y derecho, pero las prácticas informales también incluyen conceptos como el castigo, el merecimiento, la equidad y la igualdad, entre muchos otros. Sin embargo, la justicia correctiva solo se define a partir de los conceptos que figuran exclusivamente en el derecho de daños. Esta selección de conceptos parece arbitraria, o dirigida a producir como resultado una concepción de la justicia correctiva que satisfaga la dimensión de encaje con la práctica que desea explicar. Para expresarla de modo sencillo, mi objeción sería que el contenido de los conceptos que conforman la justicia correctiva puede estar determinado por las diversas prácticas en los que figuran, como sostiene COLEMAN, pero que si no se explicita con qué mecanismo intelectual se identifica que ciertos conceptos como el daño, la causalidad, el deber y el derecho son componentes de la justicia correctiva, mientras que otros conceptos como el merecimiento y el castigo no lo son, la explicación seguirá siendo circular. La justicia correctiva podría ser construida incluyendo también la idea de merecimiento, por ejemplo, a fin de limitar los montos indemnizatorios cuando los daños que alguien causa tienen un valor desproporcionado en comparación con la gravedad de la falta cometida. Pero ningún teórico de la justicia correctiva que yo conozca incluye este elemento. En definitiva, la mera mención de que el contenido de los conceptos que integran el principio de justicia correctiva está determinado por diversas prácticas, una de las cuales es el derecho de daños, no permite eludir la crítica de circularidad, ya que lo que está en disputa es justamente qué conceptos integran la justicia correctiva, no solo cuál es el contenido de estos conceptos. Las divergencias respecto de esto último harían que el debate fuese doméstico y menos significativo a nivel metodológico; cualquiera fuese el resultado, los aspectos formales de una buena explicación estarían satisfechos.

En mi opinión, la objeción de circularidad definitivamente pierde su fuerza si se incorporan algunos elementos teóricos, en la línea del argumento presentado por COLEMAN en *The Practice of Principle*²⁶⁷. En esta oportunidad, su esquema nos permite diferenciar ambos problemas: qué conceptos integran la justicia correctiva y cuáles son sus contenidos. Respecto de esta última

²⁶⁶ COLEMAN, 1995: 25.

²⁶⁷ COLEMAN, 2001.

cuestión, sigue sosteniendo que el contenido de los conceptos constitutivos de la justicia correctiva está determinado parcialmente por responsabilidad extracontractual y por el resto de prácticas en los que figuran. Pero están determinados de un modo particular. Como se verá en la Tercera Parte, COLEMAN adhiere a la semántica del rol inferencial, y por ello entiende que el contenido de los conceptos está dado por la función que ellos cumplen en el razonamiento y el pensamiento de los participantes de las prácticas que se están considerando.

Respecto de la primera cuestión, que es la relevante para que la crítica de circularidad deje de ser un problema, COLEMAN sostiene que su propósito es ofrecer una *explicación conceptual* de la responsabilidad extracontractual; y el modo en que lo hace es valiéndose del principio de justicia correctiva. Una explicación conceptual requiere identificar los conceptos centrales de la práctica, determinar su contenido y las relaciones que existen entre ellos. Para COLEMAN, la justicia correctiva hace transparente la relación entre los conceptos centrales del derecho de daños y la inferencia hacia un juicio de responsabilidad²⁶⁸. En tanto el teórico sea capaz de mostrar que el principio de justicia correctiva puede derivarse a priori del entramado conceptual que regula las inferencias de los participantes, entonces, habrá ofrecido una explicación conceptual de la práctica. La justicia correctiva, para servir como explicación, ya debe estar incluida en la responsabilidad extracontractual. De esta manera, la concepción de la justicia correctiva que debe tomarse como parámetro es aquella que está implicada por la estructura conceptual del derecho de daños tal como se nos presenta. Esta explicación, aunque dependa de elementos ya presentes en la práctica, no será circular en un sentido relevante siempre que resulte informativa y, para ello, debe ser el caso que el modo en que la justicia correctiva está implicada por la práctica no sea obvio o evidente.

A mi juicio, esta manera de comprender un fenómeno social es esencialmente correcta. Por ello, sin perjuicio de las diferencias con el enfoque de COLEMAN, el fundamento metodológico último de mi empresa también es el análisis conceptual. Permítaseme, entonces, explicitar brevemente de qué manera el análisis conceptual puede ser informativo, pese a fundarse en elementos ya incorporados en la misma práctica.

En lo que sigue intentaré brindar una interpretación de la responsabilidad extracontractual según la cual se trata de una práctica que articula dos formas de regular la vida social. Por una parte, el derecho de daños es susceptible de una lectura distributiva. Sus reglas pueden ser evaluadas desde el punto de vista de sus efectos sobre la distribución de ciertos derechos y deberes relativos a la libertad y la seguridad en las interacciones individuales. Otra lectura diferente concibe a la responsabilidad extracontractual como un modo de

²⁶⁸ COLEMAN, 2001: xv.

ordenación social que, en lugar de encargarse de la distribución de ciertos recursos, se ocupa de regular las interacciones de los individuos en el marco de un esquema más general de derechos y deberes. En particular, según esta segunda lectura, el propósito del derecho de daños es rectificar las interacciones que resultan *injustas* a la luz de lo que establecen otras instituciones políticas que definen aquello a lo que los individuos tienen derecho.

La idea es mostrar que el derecho de daños a la vez que distribuye un tipo de recursos, que RAWLS denominó bienes primarios, rectifica ciertas interacciones. Como consecuencia de adoptar este enfoque, por supuesto, habré formulado a fin de cuentas una concepción de la justicia distributiva y de la justicia correctiva. Mi argumento no consiste en construir el mejor concepto, el más plausible en términos normativos, de la justicia distributiva o de la justicia correctiva, sino en delinear qué formas de ordenación social están implícitas en la práctica del derecho de daños. Así, podría resultar que las imágenes resultantes de la justicia distributiva o de la justicia correctiva sean moralmente indefendibles. El sentido de tomar como punto de partida la práctica misma, en lugar del principio explicativo, es evitar los problemas que atribuí más arriba a las estrategias normativas y empíricas.

Ahora bien, podría objetárseme que si el concepto de justicia correctiva, por ejemplo, se extrae de la misma práctica, la crítica de circularidad que formulé contra las primeras ideas de COLEMAN se me aplicarían indefectiblemente. Al elaborar el concepto de justicia correctiva observando la propia práctica que intento estudiar, no podré luego afirmar, sin incurrir en una petición de principio, que la mejor explicación de la práctica está dada por la justicia correctiva. Sin embargo, no es este el procedimiento que seguiré. En primer lugar ofreceré una interpretación de la práctica a la luz de las dos funciones que creo que es plausible afirmar que cumple: la distribución de los recursos y la rectificación de las interacciones injustas. Mostraré en segundo lugar de qué manera el derecho de daños distribuye los recursos y cómo rectifica las interacciones injustas. Las normas que distribuyen los recursos son usualmente denominadas «de justicia distributiva»; las que rectifican las interacciones, «de justicia correctiva». Al decir que la justicia distributiva y la justicia correctiva explican la práctica mejor que cualquier otro principio, o combinación de principios, solo estoy afirmando que la práctica puede ser mejor interpretada como una instancia de distribución de recursos y como la implementación de un principio rectificatorio. Si el argumento es exitoso, no habré hecho otra cosa más que ofrecer un análisis conceptual de la práctica. Habré mostrado cómo los conceptos que figuran en la práctica, bajo una descripción plausible del fenómeno, son empleados para lograr una distribución colectiva de recursos y la rectificación de las interacciones injustas. En ningún momento mi análisis depende de considerar que los principios normativos involucrados son plausibles. La justicia correctiva no explica el derecho de daños por ser un principio moralmente atractivo. Explica porque la

práctica puede ser interpretada como una implementación de este principio, entendiéndolo por ello que puede ser interpretada como la rectificación de ciertas interacciones en determinadas condiciones. Lo mismo vale para la justicia distributiva.

Al presentar esta concepción de mi propia investigación quiero dejar claro que mi interés no está en los principios formulados en abstracto, sino en la racionalidad interna de las prácticas. La mejor explicación, entonces, será aquella que logre dar mayor sentido al patrón de inferencias que domina la práctica que identificamos como derecho de daños. Ciertamente, una vez identificado ese patrón de inferencias podemos sintetizarlo formulando un principio o conjunto de principios. Estos principios darán origen a una concepción particular de la justicia correctiva y de la justicia distributiva, aquella que está presupuesta en la misma práctica. Si la explicación ha de tomar en cuenta el punto de vista interno, la concepción resultante debe ser reconocible por cualquier participante competente como una abstracción de la práctica. Dejo para la Tercera Parte un desarrollo exhaustivo de los fundamentos metodológicos de mi empresa. En este apartado solo deseo esbozar el marco de análisis en el que se desarrolla esta Segunda Parte, dedicada a la justicia correctiva y la justicia distributiva.

VIII-JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y JUSTICIA CORRECTIVA. DOS MODOS DE ORDENAR LA SOCIEDAD

1-Una primera aproximación: la distinción aristotélica

ARISTÓTELES introdujo la distinción entre la justicia distributiva y la justicia correctiva en el libro V de la *Ética a Nicómaco*. Allí señaló que la primera de estas formas de justicia se aplica a «la distribución de honores, dinero o cualquier cosa *compartida* entre los miembros de una comunidad», mientras que la segunda forma de justicia «establece los tratos en las *relaciones entre individuos*»²⁶⁹. El objeto de la justicia distributiva es repartir algún bien entre las personas que integran un colectivo según un determinado criterio. En cambio, el propósito de la justicia correctiva es regular las interacciones privadas de aquellos individuos. Los dos tipos de justicia expresan un principio de igualdad de las personas, aunque de maneras bien diferentes. Para la justicia distributiva la igualdad está dada por una proporción que ARISTÓTELES denominó *geométrica*; en cambio, la igualdad que expresa la justicia correctiva deriva del igual trato que reciben las partes de la transacción. En este caso, ARISTÓTELES sostiene que la relación de igualdad es *aritmética*²⁷⁰. Lo justo y lo injusto se corresponden con la igualdad y la desigualdad respectivamente, cualquiera sea la forma de justicia de que se trate. La clave para comprender en qué consisten estas dos clases de justicia, entonces, está en precisar a qué se refiere ARISTÓTELES cuando habla de dos igualdades cualitativamente distintas.

Empecemos por la proporción geométrica. ¿Qué es lo que debe guardar esta proporción? ¿Cuándo una proporción es geométrica? La justicia distributiva requiere, como mínimo, cuatro términos. No hay distribución si no es al menos respecto de *dos individuos* a quienes se les asignan *dos porciones* distributivas. Esta es una verdad conceptual. Para evaluar la justicia de una distribución es necesario que un conjunto de bienes esté repartido de algún modo entre dos o más personas. De allí que los términos siempre sean cuanto menos cuatro: dos individuos (digamos, A y B) y dos porciones distributivas (por ejemplo, C y D). La distribución de los bienes o recursos está mediada por un criterio que determina el mérito de cada persona. El criterio distributivo puede ser de cualquier índole. Puede basarse en cualidades internas como «la capacidad, la condición, el carácter y los logros», o externas, relativas a «las circunstancias naturales o sociales» del individuo²⁷¹. Es importante destacar que ARISTÓTELES pretende brindar una concepción formal de la justicia distributiva, por ello cuando se refiere al mérito no se compromete

²⁶⁹ ARISTÓTELES, 1985: 244. El énfasis me pertenece.

²⁷⁰ ARISTÓTELES, 1985: 246-247.

²⁷¹ Sobre esto véase BENSON, 1992: 535.

con ninguna concepción particular. El mérito simplemente refiere a lo que cada uno debe recibir (o merece) según el criterio distributivo en cuestión. Esto resulta evidente cuando el propio ARISTÓTELES advierte que «no todos coinciden en cuanto al mérito mismo, sino que los demócratas lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o nobleza, y los aristócratas en la virtud»²⁷². Por supuesto, una cuestión completamente distinta es que el criterio en cuestión esté justificado. Lo único que aquí se afirma es que la justicia distributiva requiere conceptualmente de un criterio que sirva a la distribución, cualquiera que sea. Su justificación dependerá de que el criterio pueda ser defendido en el marco de una teoría política²⁷³.

Teniendo esto en cuenta, si una distribución es justa existirán ciertas igualdades en las proporciones de sus términos. ARISTÓTELES lo explica afirmando que en las situaciones justas «lo que el término A es al B, así lo será el C al D, y viceversa». Asimismo, también la relación de proporción que existe entre los términos A y C debe ser igual a la de los términos B y D²⁷⁴. Veamos un ejemplo.

Supongamos que un acervo de 100 está distribuido entre Axileas y Xenofonte de manera tal que el primero recibe 25 y el segundo 75. ¿Es justa esta distribución? Para saberlo necesitamos conocer el criterio distributivo aplicable. En estas circunstancias, para que la distribución sea justa el mérito de Xenofonte debe ser tres veces mayor que el de Axileas, de modo que sea cierto que $A/B = C/D$ (la proporción que guarda el mérito de Axileas en relación con el mérito de Xenofonte debe ser igual a la proporción que existe entre la cantidad de recursos que cada uno tiene). En este caso, si es cierto que el mérito de Xenofonte de hecho es tres veces superior al de Axileas, la distribución será justa porque $1/3 = 25/75$. Nótese que en una situación justa la proporción se mantiene aun cuando se inviertan los términos: $B/A = D/C$, es decir, $3/1 = 75/25$. Y lo mismo ocurre respecto de la relación entre los términos A y C, por una parte, y los términos, B y D por la otra, ya que $A/C = B/D$ ($1/25 = 3/75$), y $C/A = D/B$ ($25/1 = 75/3$). Lo justo es la combinación del término A con el C y del término B con el D. En palabras más sencillas, lo justo es que Axileas reciba 25 y Xenofonte 75. Solo cuando cada uno tiene la cantidad que corresponde a su mérito se darán las relaciones de proporcionalidad que describe ARISTÓTELES, lo que a su vez satisface la igualdad de las partes.

²⁷² ARISTÓTELES, 1985: 246.

²⁷³ KELSEN critica la concepción de la justicia aristotélica por ser puramente formal. Para KELSEN lo relevante es el criterio distributivo, y ARISTÓTELES guarda silencio sobre esto. Véase KELSEN, 1957: 127-128. Contra KELSEN, creo que las definiciones de ARISTÓTELES son muy útiles para entender los diversos modos de ordenación social que emplean las comunidades. Sin estas distinciones no sería posible advertir que ciertas regulaciones se aplican a las relaciones privadas de los individuos, al margen del colectivo, y otras a las relaciones de cada individuo con todos los demás.

²⁷⁴ ARISTÓTELES: 1985: 246.

Es importante destacar que la justicia distributiva expresa una igualdad proporcional, no de bienes. Lo que cada uno debe recibir según la justicia puede ser totalmente desigual, pero debe en todo caso guardar una relación de proporción igual respecto del criterio que se emplea en la distribución. Por ejemplo, si el criterio fuesen los logros, como Axileas es tres veces menos meritorio que Xenofonte, lo justo es que Axileas reciba solo un tercio de los bienes que le corresponden a este último. La justicia exige que la proporción entre las porciones distributivas sea igual a la proporción entre los méritos de cada uno. La desigualdad en el sentido proporcional dará lugar a una injusticia consistente en tener una porción excesiva, o demasiado pequeña, de los bienes en cuestión. Por ello, si Axileas recibiese la mitad de los bienes del acervo, habría recibido más de lo que le corresponde según el criterio, y Xenofonte menos. Esta situación es injusta porque es desigual, y lo interesante es que se afirma la desigualdad aunque Axileas haya recibido la misma cantidad de bienes que Xenofonte. La razón por la cual se juzga que la situación es desigual tiene que ver con que no se respeta la igualdad en la proporción. Según el criterio, Axileas nunca podrá tener más que $1/3$ de la riqueza de Xenofonte, y éste nunca podrá tener más de 3 veces la riqueza de Axileas. La igualdad de recursos solo se justifica cuando el mérito de las personas también es igual. Expresado de otro modo, siendo las personas iguales según el criterio relevante, ya sea el logro, las necesidades, o cualquier otro, la justicia establecerá también una igualdad de bienes. La injusticia se produce, además, cuando lo que se distribuye es una carga. Soportar una parte menor, o mayor, de la carga establecida por el criterio supone una desigualdad proporcional. No hay razón para pensar que el criterio distributivo debe ser unitario. En efecto, la conocida máxima «de cada uno según su capacidad; a cada uno según su necesidad» refleja a la vez dos proporciones: una para evaluar la contribución al bien común y otra para evaluar su distribución.

Los elementos de la justicia distributiva, entonces, son tres: el beneficio o la carga que es objeto de la distribución (¿qué se distribuye?), las personas entre quienes se distribuye el objeto (¿quiénes son los destinatarios de la distribución?) y, por último, un criterio de acuerdo con el cual pueda juzgarse la igualdad proporcional (¿cómo se distribuye?). Es decir, un ejercicio distributivo requerirá siempre determinar el objeto, los sujetos y el criterio de la distribución²⁷⁵.

Por su parte, la justicia correctiva se aplica a las interacciones privadas de los individuos. Estas interacciones pueden ser voluntarias o involuntarias²⁷⁶. Los intercambios contractuales son un ejemplo de las interacciones voluntarias, mientras que los daños que un sujeto causa a otro son un caso de interacción involuntaria. La justicia correctiva también es para ARISTÓTELES una cuestión de desigualdad, ya no proporcional, sino aritmética: «[n]o importa,

²⁷⁵ Véase WEINRIB, 1995: 62.

²⁷⁶ ARISTÓTELES, 1985: 244.

en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés, o que un hombre bueno o malo hayan cometido un adulterio: la ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado»²⁷⁷. De aquí se sigue que el criterio distributivo es irrelevante para la justicia correctiva, a la cual solo interesa la manera en que el daño altera la igualdad entre las partes. Cuando un individuo daña a otro se produce una ganancia injusta que debe ser rectificadas por exigencia de la justicia correctiva. Así, ARISTÓTELES continúa diciendo: «cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando la ganancia. Aunque a veces no sea la palabra apropiada, se puede en estos casos hablar, en general de ganancia (por ejemplo, refiriéndose al que ha dado un golpe) y de pérdida (refiriéndose a la víctima); pero cuando esta clase de daño se mide, decimos que uno gana y el otro pierde»²⁷⁸.

De acuerdo con ARISTÓTELES, la justicia correctiva tiene por función rectificar ciertas interacciones en las que un individuo, realizando un acto incorrecto, se aprovecha de otro. La rectificación de esta injusticia justifica que el juez imponga un «castigo» que iguale a las partes. En el derecho de daños, este castigo es la reparación de la pérdida causada injustamente. Explicado a partir de los términos de la interacción, también en la justicia correctiva hay al menos cuatro términos: dos individuos y dos cantidades. A diferencia de la justicia distributiva, las características particulares de los individuos son dejadas de lado. Ya vimos que desde esta perspectiva que se trate de un «hombre bueno o malo» es irrelevante. Por ello, la justicia correctiva trata a los individuos como iguales más allá de sus circunstancias. Se trata de una igualdad formal cuya violación se determina por la comparación entre dos cantidades: lo que la víctima tenía antes y lo que tiene después de la interacción. Esto significa que la relación de igualdad que establece la justicia correctiva no se verifica por la proporción entre el mérito de las personas, por una parte, y los bienes que poseen, por la otra, sino por el hecho de que los bienes de las partes no hayan variado luego de la interacción. Ahora bien, si ARISTÓTELES tiene razón y siempre es posible interpretar las pérdidas de la víctima como ganancias del agente dañador, en sentido estricto la diferencia entre lo que la víctima tenía antes y lo que posee después de la interacción debe coincidir con la diferencia entre lo que el agente dañador tenía antes y lo que tiene después. No obstante, entendido literalmente, parece que el dominio de la justicia correctiva es muy limitado, ya que incluye únicamente los casos de apropiación de los bienes ajenos pero no los de destrucción. Ello en tanto el caso típico de responsabilidad extracontractual no supone más que una pérdida para la víctima sin un beneficio correlativo para el agente dañador. Más adelante analizaré en qué sentido es correcta la tesis de

²⁷⁷ ARISTÓTELES, 1985: 247.

²⁷⁸ ARISTÓTELES, 1985: 248.

la equivalencia entre pérdidas y ganancias (véase el apartado X.4). Por ahora, podemos conformarnos con señalar que la injusticia de una interacción está dada por la alteración de los recursos de las partes que hace que una se beneficie a costa de la otra, lo que a su vez justifica la imposición de la obligación de compensar a fin de restablecer la igualdad que antes existía.

Hasta aquí pueden observarse varias cosas. En primer lugar, la mayor diferencia entre la justicia distributiva y la justicia correctiva tiene que ver con su ámbito de aplicación. La justicia distributiva se ocupa de las relaciones entre el individuo y la comunidad. La justicia correctiva regula las relaciones privadas de las personas²⁷⁹. Para la justicia distributiva lo relevante es la posición del individuo como miembro del grupo social. Su pertenencia a la comunidad origina sus derechos sobre una porción de los recursos²⁸⁰, de acuerdo con el criterio político adoptado. En cambio, para la justicia correctiva lo relevante es lo que hizo el individuo. El hecho de que él haya dañado es conceptualmente indistinguible del hecho de que otro haya sufrido un daño. Dañar y sufrir un daño son dos formas de considerar un mismo evento. Por esta razón, el daño supone una violación de la igualdad que debe ser rectificada. Las cualidades personales de los involucrados son completamente irrelevantes desde esta perspectiva. Otra diferencia, aunque íntimamente relacionada con la anterior, es que la justicia distributiva y la justicia correctiva son dos formas de justicia que resultan apropiadas en situaciones distintas²⁸¹. La justicia distributiva presupone la existencia de algún recurso común que debe ser repartido. La justicia correctiva presupone lo contrario: que los recursos con que cuentan los individuos les corresponden, y son suyos para emplearlos del modo que crean más conveniente a fin de desarrollar el plan de vida que escojan. Una interferencia con esos recursos supone una interferencia con la persona misma. Estas interacciones constituyen el objeto de la justicia correctiva. Debido a estas características, se dice usualmente, ambas formas de justicia son *excluyentes*. Dado que en la justicia correctiva no existe un bien común a ser distribuido, los argumentos normativos referidos al mérito de las partes están fuera de lugar. La reparación de un daño injusto no puede sustentarse, ni tampoco rechazarse, con base en las circunstancias particulares de los involucrados. Esto hace que sea irrelevante que un rico haya dañado a un pobre, o un pobre a un rico. La justicia correctiva los considera absolutamente iguales.

Tal vez por estas dos características distintivas, los autores modernos han asociado a la justicia distributiva con las instituciones del derecho público y a la justicia correctiva con las del derecho privado, una idea que ya estaba presente explícitamente en el trabajo de ARISTÓTELES²⁸². Así, puede apreciarse

²⁷⁹ ENGLARD, 2009: 30.

²⁸⁰ BENSON, 1992: 536.

²⁸¹ Véase ENGLARD, 2009: 6.

²⁸² Véase ENGLARD, 2009: 177-179.

fácilmente que el derecho tributario expresa una relación entre todos los miembros de la comunidad, a la vez que la responsabilidad extracontractual establece una relación entre individuos particulares. Sin embargo, más adelante argumentaré que la justicia distributiva cumple una función central en nuestra interpretación del derecho privado. Después de todo, parece que el deber de compensar ciertos daños, como los daños patrimoniales, suponen algún ejercicio previo de justicia distributiva. Nadie puede reclamar la propiedad de un bien si no tiene derecho a él, y la asignación de derechos sobre los bienes es tarea de la justicia distributiva, no de la justicia correctiva. Estas ideas muchas veces son sustentadas por una concepción del propósito de ambas formas de justicia. El propósito de la justicia distributiva sería asignar los recursos de un modo justo, y el de la justicia correctiva proteger las asignaciones contra las interferencias injustas. Pese a su atractivo inicial, esta afirmación puede resultar controvertida. Por ello, resulta necesario explorar si existe un modo coherente de articular ambas formas de justicia.

2-La relación entre ambas formas de justicia

Sin duda, la pregunta más compleja de esta discusión es la siguiente: ¿cuál es la relación entre la justicia distributiva y la justicia correctiva? Una primera posibilidad es considerar que la justicia correctiva depende de la justicia distributiva. Pero, ¿en qué sentido? La relación de dependencia puede expresar dos tesis distintas: la *tesis de la dependencia conceptual* y la *tesis de la dependencia normativa o justificatoria*.

Según la tesis de la dependencia conceptual, la rectificación de las interacciones injustas es solo una manera de proteger las distribuciones justas. Ambos principios de justicia operarían con la misma lógica, porque la rectificación de una interacción injusta tendrá por función mantener la igualdad geométrica de la justicia distributiva. El contenido normativo de la justicia correctiva, aunque expresado en otros términos, sería equivalente al de la justicia distributiva. ¿Cómo puede compatibilizarse esta afirmación con la idea de que ambas formas de justicia son independientes y excluyentes, algo que ARISTÓTELES parece sostener enfáticamente al distinguir entre la proporción geométrica y la aritmética? Dicho de otro modo, si el propósito de la justicia correctiva es preservar las distribuciones justas, su cualidad de principio de justicia independiente quedará seriamente cuestionada. Para que la justicia correctiva sea una forma de justicia conceptualmente independiente, el argumento tendiente a rectificar una desviación del patrón distributivo no puede consistir en invocar una alteración de la igual proporción que debe existir entre el mérito de los individuos y los bienes que poseen. No obstante, precisamente esto sería necesario para proteger una porción distributiva justa. Ello haría que el significado de la justicia correctiva fuese idéntico

al de la justicia distributiva; tal vez la única diferencia entre ambas sería que la primera es la implementación en la práctica de la segunda, pero nada más.

La verdad de la tesis de la dependencia conceptual conlleva la verdad de la tesis de la dependencia normativa. La justicia correctiva, siendo solo una instancia de la justicia distributiva, no podría nunca tener un fundamento normativo distinto de ella. Esto implica que si la distribución subyacente es injusta la justicia correctiva *podría* carecer de fuerza vinculante a fin de restablecer la situación anterior a la interacción que altera el patrón²⁸³. En concreto, las instituciones encargadas de la compensación de daños causados por interacciones injustas solo pueden ser justificadas por la justicia correctiva cuando las instituciones encargadas de repartir los recursos entre los miembros de la comunidad están justificadas por la justicia distributiva.

Veamos primero si la tesis de la dependencia conceptual puede sostenerse. Pensemos nuevamente en el caso de Axileas y Xenofonte, cuyos méritos relativos guardaban una proporción de 1/3. En ese caso, si Axileas tuviese una riqueza de 15 y Xenofonte una de 85, la situación sería distributivamente injusta porque $1/3 \neq 15/85$, lo que viola la igualdad proporcional. Imaginemos que Axileas roba a Xenofonte bienes por el valor de 10. La nueva distribución de recursos sería perfectamente justa según el criterio distributivo. Ahora Axileas tendría un tercio de la riqueza de Xenofonte, lo que coincide con sus méritos relativos. Así las cosas, el robo no daría lugar a una restitución según la justicia correctiva. Pero ARISTÓTELES resaltó que la justicia correctiva solo presta atención al daño causado y trata a los individuos con una igualdad absoluta. Esto significa que, según la justicia correctiva, Axileas debería restituir los 10 que robó a Xenofonte, aunque ello implique sostener una situación distributivamente injusta. Dado este resultado, es obvio que la concepción aristotélica supone una independencia conceptual, es decir, las operaciones de la justicia distributiva y la justicia correctiva son diferentes. Ello nos lleva a preguntarnos qué razones pueden existir para sostener la tesis de la dependencia. La única respuesta que se me ocurre es que, para algunos autores²⁸⁴, una justicia correctiva que tiene estas consecuencias no es justicia de ninguna clase, ya que es capaz de consagrar los resultados más injustos. De ahí que para evitar divergencias normativas la mejor estrategia sea definir el propósito de la justicia correctiva de modo coincidente con la justicia distributiva. Esto puede lograrse postulando que el propósito de la justicia correctiva es restituir a los individuos aquello a lo que tienen derecho, lo que habilita a que los reclamos fundados en la justicia correctiva puedan ser derrotados por consideraciones distributivas²⁸⁵. La necesidad de alinear

²⁸³ Todavía tendría fuerza vinculante para rectificar las interacciones en las que quien tiene más de lo que debería se aprovecha de quien tiene menos de lo que debería.

²⁸⁴ Véase, entre otros, LIPPKE, 1999: 168.

²⁸⁵ LIPPKE, 1999: 151-152.

ambos principios en el nivel normativo ha llevado a algunos autores a fusionarlos en el nivel conceptual.

En relación con esto, es importante resaltar que la justicia correctiva aristotélica *nunca podría tener* por función la preservación de un determinado patrón distributivo. Tal como fue descrita, la justicia correctiva siempre alterará la distribución existente. Siguiendo con el caso en que Axileas tiene 25 y Xenofonte 75, si Axileas destruye 10 unidades de la riqueza de Xenofonte, la justicia correctiva ordenará que Axileas se encargue de compensar el daño, dejando a Xenofonte en la misma situación en la que se encontraba antes del accidente. Luego de la compensación el patrón distributivo será distinto del original, ya que Axileas tendrá 15 y Xenofonte conservará sus 75. Otra vez, si la proporción de sus respectivos méritos era de $1/3$, la distribución ordenada por la justicia correctiva es injusta, porque $1/3 \neq 15/75$. De aquí se sigue una conclusión mucho más fuerte que la sostenida en el párrafo anterior. No solo es verdad que la justicia correctiva *en ocasiones* puede mantener un patrón distributivo injusto, sino que además sería verdad que la justicia correctiva es incompatible con la idea misma de *preservar un patrón* cuya alteración supondría una injusticia. En los casos de daños, la justicia correctiva modifica necesariamente el patrón preexistente, justo o injusto, en cada una de sus operaciones, sin que cambie el mérito de las partes. Por ello, la justicia correctiva no solo sería un principio de justicia independiente de la justicia distributiva a nivel conceptual, sino incompatible con ella en el nivel justificatorio²⁸⁶. ¿Puede ser correcto esto?

Una posibilidad para salvar la cuestión de la compatibilidad normativa es interpretar a la justicia correctiva como un principio que requiere para funcionar una distribución de recursos ya existente, la cual *se presume* justa. La evaluación de la justicia o injusticia de la distribución no corresponde a la justicia correctiva, que solo se encarga de las interacciones. En este sentido, la justicia correctiva rectifica las interacciones injustas que se producen en un sistema que se asume distributivamente justo. El problema de esta solución es que la *justicia del resultado distributivo* de la *justicia correctiva* parece ser contingente. La asignación de recursos luego de la compensación del daño puede ser distributivamente justa, pero también puede resultar no serlo. Si la justicia correctiva solo se encarga de hacer respetar la distribución preexistente, en algunos casos sus resultados serán justos desde el punto de vista distributivo y en otros no lo serán. Esto nos lleva a concluir nuevamente que, en algunos casos, la aplicación de la justicia correctiva puede ser normativamente incompatible con la justicia distributiva.

El análisis anterior nos ilumina algunas cuestiones relevantes para esclarecer la relación entre la justicia distributiva y la justicia correctiva. Suponiendo que

²⁸⁶ He tomado la exposición del problema de ALEXANDER, 1987: 6. El autor, no obstante, llega a conclusiones opuestas a las que yo sostengo.

ARISTÓTELES tenía razón en cuanto a que ambas formas de justicia son independientes y excluyentes, ¿por qué insistir en que la justicia correctiva debe ser compatible con la justicia distributiva? ¿En qué sentido las dos formas de justicia pueden ser excluyentes y compatibles? Por excluyentes entiendo que cada una se aplica a situaciones distintas, y por ello sus justificaciones no pueden estar combinadas²⁸⁷. Las relaciones de los individuos con la comunidad deben ser reguladas por la justicia distributiva y las relaciones entre individuos privados por la justicia correctiva. La compatibilidad, en cambio, tiene que ver con que los resultados de la justicia correctiva no pueden ser desaprobados por la justicia distributiva. Si lo fuesen, los principios serían total o parcialmente antinómicos. Esto nos compromete con una concepción de la justicia distributiva que no evalúe el patrón distributivo a la luz de los méritos relativos de los miembros de la comunidad. En definitiva, creo que nos compromete con una concepción de la justicia distributiva distinta de las que establecen patrones de distribución simples.

NOZICK criticó a las teorías que establecen patrones distributivos —aquellas que especifican que la distribución de los recursos debe ajustarse a alguna dimensión natural, o a una combinación u orden lexicográfico de dimensiones naturales, como la capacidad, la necesidad o la inteligencia— por ser incompatibles con la libertad. Una teoría como la de ARISTÓTELES, que establece que la proporción que guarda la cantidad de bienes de cada individuo debe ser igual a la proporción del mérito relativo de las partes, establece patrones distributivos que para ser mantenidos requieren una interferencia constante con la libertad de los individuos²⁸⁸. Ya vimos con el ejemplo de Axileas y Xenofonte de qué manera la compensación de daños altera los patrones distributivos anteriores a la interacción. Resulta todavía mucho más grave que los contratos onerosos en los que las prestaciones no sean perfectamente equivalentes y, con mayor razón, también los contratos gratuitos, como las donaciones, estén en cierto sentido vedados por sus efectos sobre los patrones distributivos. Restablecer la asignación preexistente supondría interferir con la libertad de los individuos y en alguna medida coartar la mayoría de las interacciones que forman el objeto del derecho privado. Los contratos dan vida a la interacción. El intercambio tiene sentido cuando los individuos valoran el bien ajeno más que el propio; por ello están dispuestos a intercambiar. Teniendo esto en cuenta, desde el punto de vista de las partes, nunca existe una equivalencia perfecta entre lo que se da y lo que se recibe. De lo contrario no se celebraría el contrato, ya que nadie realizaría una

²⁸⁷ En esto creo que lleva razón WEINRIB cuando sostiene que una justificación que combinase elementos de la justicia distributiva con otros de la justicia correctiva sería incoherente. O bien se trata de una distribución de recursos, en la que los elementos centrales son el objeto, los sujetos y el criterio, o bien de la rectificación de una interacción injusta, donde lo relevante es lo que las partes han hecho. Véase WEINRIB, 1995: 39, 72-73, 75.

²⁸⁸ Véase NOZICK, 1974: 155-164, en especial, 163.

transacción que lo sitúa en el mismo punto de utilidad en el que se encontraba. Estas observaciones todavía no suponen un argumento contra las concepciones de la justicia distributiva que establecen patrones. Podría decirse que a la justicia distributiva solo interesa el valor objetivo de los bienes, es decir, el valor del mercado, y cuando un contrato se ajusta al valor del mercado no se alteran los patrones distributivos, aunque ambas partes hayan incrementado su utilidad luego del intercambio. De esta manera, los contratos celebrados a precio justo no son objetados por la justicia distributiva. Solo los contratos injustos están prohibidos, por lo que la libertad de interacción tiene lugar en el marco de la justicia distributiva.

Este argumento es parcialmente correcto. No obstante, debe advertirse que los individuos muchas veces intercambian bienes a un precio superior o inferior del que fija el mercado. Esto puede deberse a muchas razones, no necesariamente relacionadas con las fallas informativas²⁸⁹. Salvo los casos de excesiva desproporción en las prestaciones, los contratos de este tipo no suelen impugnarse. Pero más allá de esto, lo que no resulta discutible es que los patrones distributivos resultan indefectiblemente alterados por las donaciones y las indemnizaciones que deben pagar quienes perjudican los bienes de otros. Con esto es suficiente para mostrar las dificultades que enfrentan las teorías que establecen patrones. Una teoría de la justicia distributiva que objeta estos actos, rechaza algunas de las instancias más importantes de la interacción social.

No debe extrañarnos, entonces, que las teorías más importantes de la justicia distributiva sean dinámicas. La teoría de NOZICK, por ejemplo, consta de tres principios fundamentales: un principio de *adquisición* legítima, un principio de *transferencia* y un principio de *rectificación* de las injusticias. Las posesiones de los individuos serán justas si todos tienen derecho a ellas según los dos primeros principios. El modo de tener derecho al recurso es habiéndolo adquirido de modo legítimo o por transferencia voluntaria de alguien que a su vez lo adquirió legítimamente²⁹⁰. No me interesa analizar la teoría de NOZICK en concreto, ni sus posibles limitaciones, sino solo mostrar que una teoría como esta no tendría dificultades en dar cuenta de la compatibilidad de la justicia correctiva con la justicia distributiva. Sin embargo, la razón por la cual no tiene dificultades es que para NOZICK la justicia distributiva, cuando se la concibe del modo en que lo hizo ARISTÓTELES, es un concepto enga-

²⁸⁹ Entre otras cosas, pueden existir preferencias por contratar con determinadas personas aunque el precio que ofrecen sea más alto que el de sus competidores. Los efectos de la confianza en un proveedor que nunca ha fallado generan un grado importante de fidelidad, dentro de ciertos límites. También pueden existir otras razones para pagar un precio mayor: por ejemplo, no desear caminar 100 metros más y arriesgarse a llegar tarde a la película puede llevar a un individuo a comprar los caramelos en el cine a un precio ligeramente superior que el ofrecido en otros establecimientos.

²⁹⁰ NOZICK, 1974: 151-152.

ñoso que nos lleva a pensar que existe una distribución *central* de recursos *comunes*... pero según su visión no existe tal cosa: «lo que cada uno tiene, lo obtiene de otro a cambio de algo, o como obsequio»²⁹¹. No existe nada común que distribuir. De hecho, el argumento principal de *Anarchy, State and Utopia* intenta mostrar de qué manera podría nacer el Estado sin violar los derechos de ningún individuo, lo que exige siempre que el acuerdo sea voluntario. En este esquema no son los individuos los que tienen derecho a una parte del acervo común, sino que el acervo común lo conforman los individuos con sus aportes (en última instancia voluntarios) a fin de que ciertos servicios, básicamente de seguridad, puedan ser brindados. Por ello, el mundo de NOZICK es un mundo dominado casi por completo por la justicia de las transacciones privadas.

Otras teorías dinámicas, como las de RAWLS y DWORKIN²⁹², tampoco tienen los problemas de las teorías que establecen patrones, pese a incorporar una noción robusta de justicia distributiva. La teoría de RAWLS, probablemente la obra más influyente de la filosofía política en el siglo XX, supuso un cambio radical respecto de otras teorías como la de ARISTÓTELES en lo que hace al objeto de la justicia distributiva. El objeto de la justicia distributiva no es un conjunto de bienes o recursos sino la estructura básica de la sociedad. Con esto RAWLS se refiere a la forma en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y los deberes de los individuos, que a su vez determinan la división de los beneficios de la cooperación social. En su conjunto estas instituciones definen las perspectivas de los hombres, lo que pueden llegar a ser y cuán bien pueden esperar que les vaya en la vida²⁹³. RAWLS está pensando principalmente en la constitución política y en los arreglos económicos y sociales más relevantes. De todas maneras, reconoce la vaguedad del concepto de estructura básica, por lo que muchas veces no está claro qué instituciones forman parte de ella²⁹⁴. El argumento que ofreceré está dirigido a mostrar que, *según una lectura*, la responsabilidad extracontractual es una institución del derecho privado que define los derechos y deberes de los individuos (el contenido de los términos de su interacción justa) de un modo que hace ineludible considerar su justicia desde el punto de vista distributivo. Según *otra lectura*, la responsabilidad extracontractual impone a los individuos el deber de compensar los daños que producen las interacciones injustas. Esta segunda lectura interpreta al derecho de daños como una cuestión de justicia correctiva.

Al cambiar el enfoque de la justicia distributiva y concentrarse en la estructura básica de la sociedad, la teoría de RAWLS hace lugar a un concepto de

²⁹¹ NOZICK, 1974: 149.

²⁹² Tomaré para mi análisis la teoría de RAWLS. Para una concepción alternativa, pero coincidente en el punto que estoy tratando, también puede consultarse DWORKIN, 1981.

²⁹³ RAWLS, 1999: 6-7.

²⁹⁴ RAWLS, 1999: 8.

justicia correctiva cuyo propósito no es preservar los patrones distributivos justos. Ahora la justicia correctiva, pese a alterar el patrón anterior a la interacción en cada una de sus operaciones, es compatible con la justicia distributiva. Esto se hace posible cuando se adopta una concepción de la justicia distributiva que tiene por objeto a la estructura básica de la sociedad y no a una asignación de recursos en particular. Las instituciones justas pueden generar diversos patrones distributivos, que también serán considerados justos. En otras palabras, la justicia de la asignación de los recursos depende de que ese patrón haya sido producido por el correcto funcionamiento de instituciones justas. En definitiva, para RAWLS la justicia del patrón distributivo es una cuestión de justicia procesal pura. La idea es diseñar un esquema de cooperación tal que cualquiera sea el resultado que genere pueda afirmarse que es justo²⁹⁵.

A fin de exponer el concepto de justicia procesal pura, RAWLS propone compararla con otros dos tipos de justicia procesal: la perfecta y la imperfecta. Comencemos con la perfecta. Supongamos que un grupo de individuos desean repartir un pastel equitativamente. Asumiendo que la división justa es la igualitaria, y dejando de lado los problemas técnicos, es posible diseñar un procedimiento para lograr ese resultado. El procedimiento consiste en elegir a uno de ellos para que corte el pastel y no permitirle más que quedarse con el último trozo. El único modo en que podrá maximizar su propia porción será dividiendo el pastel en partes iguales. Cualquier intento de cortar las porciones de manera desigual lo perjudicaría. Por ello, los casos de *justicia procesal perfecta* se caracterizan porque existe un criterio independiente para determinar lo que constituye una división justa, y es posible diseñar un procedimiento que garantice el resultado deseado. La *justicia procesal imperfecta*, en cambio, supone que existe un criterio independiente para determinar la justicia de un resultado, pero que no es posible diseñar un procedimiento que garantice obtenerlo. El ejemplo que RAWLS brinda es el proceso penal. Para explicarlo brevemente, lo justo es que el imputado sea condenado sí, y solo sí, cometió el delito del cual se lo acusa. Pero es imposible diseñar un sistema de reglas que produzca este resultado en todos los casos. Finalmente, la *justicia procesal pura* tiene lugar cuando no existe un criterio independiente para establecer la justicia del resultado. Lo único que existe es

²⁹⁵ RAWLS, 1999: 73-74. La teoría de RAWLS es procedimental y ello evita que la justicia distributiva esté comprometida con una asignación de los recursos que respete necesariamente un patrón determinado. No obstante, ciertos patrones son considerados mejores que otros a la luz de los principios de justicia que enuncia RAWLS. Esto no convierte a la *justicia como equidad* en una teoría que establece patrones. Los principios de justicia solo se emplean para evaluar y diseñar las instituciones, y un criterio relevante a tener en cuenta es el patrón distributivo que las instituciones alternativas tienden a generar. La razón para preferir un esquema institucional a otro es el patrón distributivo que favorece; pero una vez establecidas las instituciones, cualquier resultado que se produzca por su correcto funcionamiento es justo. Para un desarrollo más profundo de este argumento, véase POGGE, 1989: 28-30.

un procedimiento tal que si es seguido cualquiera sea el resultado obtenido es considerado justo. Así, en una apuesta justa –en la que hay libertad para decidir apostar, todos los apostadores tienen las mismas probabilidades de ganar, o las diferentes probabilidades se reflejan en la proporción entre el riesgo asumido y el premio ofrecido, en la que nadie hace trampa, etcétera– sea quien fuere que ganase la apuesta, el resultado será justo. Desde este punto de vista, lo que hace que un resultado sea justo o injusto es que se respete el procedimiento establecido²⁹⁶.

Para que esta idea se traslade a la evaluación de las porciones distributivas, continúa RAWLS, es necesario establecer imparcialmente un sistema de instituciones justas. La existencia de una estructura básica justa permite que la distribución de los recursos sea considerada una cuestión de justicia procesal pura²⁹⁷. Si esto es así, entonces, en las sociedades que implementan un derecho de daños bilateral, la justicia correctiva misma debe ser una parte necesaria del procedimiento justo, dado que cada vez que se presenta la ocasión determina cómo será la asignación final de los recursos. ¿En qué sentido, entonces, puede afirmarse que es un ideal independiente de justicia? Adoptar una concepción dinámica o procedimental de la justicia distributiva parece comprometernos nuevamente con la tesis de la dependencia conceptual.

Indudablemente, una estructura básica que permita ciertas instituciones como el derecho de los contratos y la responsabilidad extracontractual incluye alguna forma de responsabilidad individual. La propia idea de que alguien puede realizar negocios, apropiándose de sus beneficios y debiendo soportar las pérdidas, lleva implícita alguna noción de responsabilidad por los resultados de las decisiones. Por ejemplo, no se puede renegar de un contrato por el solo hecho de que resultó perjudicial, siempre que haya tenido lugar en un contexto de instituciones justas que prohíben la coacción, protegen contra el error y el fraude, entre otras cosas. De igual modo, los perjuicios económicos que sufre el agente dañador que debe compensar a la víctima de un accidente son su responsabilidad, es decir, debe soportar ese resultado; y si como consecuencia un mal negocio, o de la indemnización que debe pagar, la situación patrimonial de un agente empeorase sustantivamente, salvo que el individuo quedase en la indigencia (lo que podría darnos razones de justicia distributiva para ayudarlo), y a condición de que la estructura básica de la sociedad fuese justa, estaría justificado considerar que la asignación de recursos resultante es también justa. Sin duda, ciertos principios de *responsabilidad* están presentes en una concepción Rawlsiana de la justicia distributiva.

Ahora bien, ¿es la justicia correctiva algo más que un principio de responsabilidad abarcado por la justicia distributiva? Creo que sí. A pesar de que se haya adoptado una concepción de la justicia distributiva conforme a la cual la

²⁹⁶ RAWLS, 1999: 74-75.

²⁹⁷ RAWLS, 1999: 76.

justicia de la asignación de los recursos es una cuestión de justicia procesal pura, ambas formas de justicia siguen siendo excluyentes pero compatibles. Siguen siendo conceptualmente independientes en la medida en que un ejercicio de justicia distributiva tiene que ver con las relaciones entre los individuos como parte de una comunidad. Su consecuencia inmediata es la definición de los derechos y deberes con los que contarán para llevar adelante sus respectivos planes de vida. La justicia correctiva, por su parte, tiene el propósito de rectificar las interacciones injustas. Los sujetos de las relaciones que regula son dos (o más) personas particulares vinculadas de manera bilateral. Lo relevante sigue siendo que el daño causado y el daño sufrido son dos aspectos del mismo evento. El hecho de que los resultados que produce la justicia correctiva puedan ser evaluados por su justicia distributiva no significa que la justicia correctiva sea parte de la justicia distributiva. Aun cuando la justicia distributiva lleve implícita cierta idea de responsabilidad por las consecuencias de nuestras decisiones, ello no justifica una estructura de compensación bilateral, como la implementada por la justicia correctiva. Es decir, y esto es importante para comprender la distinción, la obligación que tiene el agente dañador de pagar una indemnización a la víctima no deriva su fuerza normativa de la justicia distributiva. Pensemos en el hombre que realizó un mal negocio firmando un contrato que ahora lo perjudica. Seguramente no es la justicia distributiva la que le ordena cumplir el contrato en beneficio de su acreedor. No obstante, cuando cumple, la distribución de recursos resultante es aceptable por la justicia distributiva (salvo que el deudor quede en la indigencia). ¿Por qué? La razón es que firmar el contrato desventajoso, desde la perspectiva de la justicia distributiva, no es distinto de construir una casa en la playa junto al mar que al poco tiempo se derrumba por la humedad. Los individuos cuentan con derechos para adquirir y emplear los recursos necesarios para llevar adelante su plan de vida. Lo que hagan con esos recursos es su problema, no de la comunidad. En cambio, desde la perspectiva de la justicia correctiva, el incumplimiento del contrato supondría una interacción injusta que debe ser rectificadas. El contrato que empobrece al deudor es aprobado por la justicia correctiva, porque el incumplimiento supondría la violación de los derechos del acreedor; y por la justicia distributiva, porque los contratos son una de las muchas cosas que pueden hacer con sus bienes los miembros de la comunidad para perseguir su plan de vida.

Este razonamiento parece correcto, pero requiere una mayor justificación. ¿Qué hace que sea plausible que las consecuencias de las interacciones privadas sean *aprobadas* por la justicia distributiva *sin que sean requeridas* por ella?

3-El principio de división de la responsabilidad

Según Arthur RIPSTEIN, la clave para comprender la relación entre la justicia distributiva y la justicia correctiva está en la idea de división de la responsabilidad a la que RAWLS hizo referencia, casi al pasar, en *Social Unity and Primary Goods*²⁹⁸. La división de la responsabilidad implica que la sociedad, como agente colectivo, asume el compromiso de sostener un sistema de libertades básicas y de igualdad de oportunidades, a la vez que los individuos aceptan la responsabilidad de revisar y adecuar sus planes de vida teniendo en cuenta los bienes primarios que tendrán a su disposición. Los bienes primarios, debe recordarse, son bienes tales como los derechos, las libertades y las oportunidades, el ingreso y la riqueza, entre otros, que por su naturaleza son funcionales a cualquier plan de vida que uno escoja (véase el apartado II.6.2). La división de la responsabilidad supone que los individuos asumen la responsabilidad por el plan de vida que llevan adelante y, en ese sentido, moderan sus exigencias a las instituciones sociales. En síntesis, los individuos solo pueden exigir a las instituciones sociales aquello que es razonable esperar de ellas. La comunidad no se responsabiliza por los errores de juicio de los individuos que forman un plan de vida desproporcionado en relación con los bienes primarios que constituyen su porción distributiva justa. Semejante exigencia escapa a la idea de razonabilidad.

De aquí se sigue que las obligaciones de la sociedad se limitan a que cada uno tenga una porción equitativa de los bienes primarios. Una vez que esta obligación está satisfecha, corresponde a los individuos particulares asumir la responsabilidad por cómo resultan las cosas. Cada uno llevará adelante su vida de acuerdo con su propia concepción de lo bueno. Dado que el individuo internaliza los beneficios de un plan exitoso, no puede trasladar los costes del fracaso al resto de la sociedad. Es decir, no puede exigir de las instituciones más bienes de los que constituyen su porción equitativa cuando esta resulta insuficiente para el plan que han elegido. Ahora bien, explica RIPSTEIN que para que tenga algún contenido la idea de que cada persona es responsable por cómo resulta su vida debe comprendérsela en términos de *la responsabilidad entre los ciudadanos privados*. Carece de sentido afirmar que cada uno es responsable por lo que hace con su vida, si tuviese que soportar los daños que otros le causan o pudiese externalizar los costes de sus cursos de acción infligiendo daños a otros²⁹⁹. Creo que esta línea argumental es promisoría, aunque deben realizarse algunas aclaraciones.

Sin duda RIPSTEIN tiene razón al observar que sería absurdo responsabilizar a alguien por cómo resulta su vida pese a que deba soportar *todos* los efectos negativos de las acciones de otros. Por supuesto, la vida en sociedad supone estar expuesto a externalidades tanto positivas como negativas. Pero no toda

²⁹⁸ RAWLS, 1982: 170. RIPSTEIN, 2004: 1812.

²⁹⁹ Véase RIPSTEIN, 2004: 1812-1813.

externalidad negativa, todo perjuicio que un individuo sufre por las acciones de otros, hacen que la idea de responsabilidad por el plan de vida elegido sea ilusoria. La competencia en el mercado es un claro ejemplo de ello. Las decisiones que toma un empresario, las estrategias que implementa para tener éxito, muchas veces se ven truncadas por los esfuerzos de la competencia. Podríamos decir que la mayoría de las veces quien se lanza al mercado conociendo los riesgos es responsable de sus propias pérdidas cuando ellas se producen en el marco de las reglas del juego competitivo. Otras veces, no obstante, las ganancias o las pérdidas en el mercado se deben a cuestiones completamente azarosas. Por ello, la idea debe ser entendida en términos menos estrictos. Seguramente, los hechos naturales que dañan los intereses legítimos de las personas, o las pérdidas producto del azar, no pueden ser interpretados como parte de la responsabilidad individual. Pero tampoco pueden ser interpretados como parte de *la responsabilidad entre los ciudadanos privados*. Que Axileas sufra las consecuencias negativas de un tornado que destruye su casa es un hecho desvinculado totalmente con la responsabilidad de Xenofonte y del resto de la comunidad. Ello no hace que Axileas sea *responsable* por cómo resultó su plan de vida. En situaciones de este tipo, no es plausible hablar de responsabilidad individual, tanto si se refiere a la propia víctima del infortunio como a un tercero. En todo caso, la única responsabilidad de la que sería plausible hablar es la social. La comunidad puede limitarse a brindar los bienes primarios que sean adecuados para llevar adelante un plan de vida razonable, haciéndolo mediante una distribución equitativa, y en principio allí termina su responsabilidad. Las desgracias que sufren los individuos explicables simplemente como una cuestión de *mala suerte*, a condición de que no excedan cierto umbral, pueden seguir siendo *problema* de cada uno, pero nunca su *responsabilidad*³⁰⁰. Por ello, creo que es conveniente matizar un poco el principio de división de la responsabilidad. El modo de hacerlo es señalando que la responsabilidad entre los ciudadanos privados es únicamente *una parte*, ciertamente importante, de la responsabilidad individual por el plan de vida elegido. Que Axileas dañe a Xenofonte disminuye parcialmente la responsabilidad de Xenofonte por el plan de vida

³⁰⁰ Las sociedades preocupadas por la igualdad de oportunidades pueden decidir intervenir para neutralizar los efectos de la mala suerte. Si la neutralización fuese total, todos los individuos serían perfectamente responsables por cómo resulta su plan de vida. Sin embargo, la neutralización total podría ser imposible y, de hecho, en las sociedades actuales lo es. Por ello, suele entenderse que un esquema distributivo puede ser justo aunque permita que los efectos de la mala suerte sean problema de los individuos que la padecen. No diremos que estos efectos son su *responsabilidad*, pero tampoco lo serán de la comunidad. Lo que la comunidad debe a los individuos no incluye, en un arreglo social de esta naturaleza, la neutralización de todo efecto perjudicial producido por el azar. Solo algunos efectos pueden ser considerados sujetos a neutralización. Ello ocurre por lo general con las grandes catástrofes naturales, como las inundaciones, los terremotos y los incendios a gran escala. En estos casos, la comunidad a menudo contribuye a mitigar y compensar parcialmente estos daños, y lo hace como parte de sus obligaciones derivadas de la justicia distributiva.

que escogió. Otros eventos que disminuyen su responsabilidad son los hechos de la naturaleza y la mala suerte. Todo se reduce a la simple idea de que el individuo no es responsable de cómo resulta su vida por el mero hecho de verse liberado de ciertas externalidades derivadas de las decisiones de otras personas. Otras contingencias, naturales o azarosas, son susceptibles de disminuir la responsabilidad individual.

El principio de división de la responsabilidad, expuesto en estos términos, deja a cargo de la sociedad en su conjunto la asignación a cada individuo de una porción adecuada y justa de bienes primarios y la neutralización de algunos infortunios del azar. En el contexto de una estructura básica justa, es problema de cada persona cómo resulta su plan de vida.

Según esta concepción del principio de división de la responsabilidad, el resultado de cada plan de vida será una función de la propia responsabilidad individual y de un nivel razonable de azar. La justicia distributiva, por lo tanto, no se preocupa más que de establecer un contexto de instituciones justas. Los resultados de las malas decisiones son problema de cada individuo y por ello no afectan la justicia de la asignación de recursos final. Lo mismo vale para los resultados que se produzcan por la operación de otros principios de justicia como la justicia retributiva o la justicia correctiva. Si las instituciones distributivas son justas, la asignación de recursos que se produce cuando un empresario pasa 10 años en prisión por haber cometido un delito grave, es decir, su empobrecimiento por el hecho de no haber podido continuar en la dirección de su empresa, es también justa. Recordemos que la justicia de la distribución depende de que se haya seguido un procedimiento justo. Supongamos ahora que ese mismo empresario no solo debió pasar 10 años en prisión sino que además las instituciones que implementan la justicia correctiva le impusieron la obligación de pagar una indemnización por responsabilidad extracontractual equivalente a $2/3$ de su patrimonio. Este resultado en la asignación de los recursos, su empobrecimiento, tampoco es objetable como una cuestión de justicia distributiva. La operación de otros principios de justicia es tolerada por la justicia distributiva. Conjuntamente, la justicia distributiva y la justicia correctiva forman parte de una concepción de la justicia liberal. Quien niegue el principio de división de la responsabilidad y, con ello, que la justicia correctiva pueda tener un lugar independiente en la teoría general de la justicia, estará rechazando los pilares mismos de una concepción liberal de la justicia. Si esto es correcto, debemos comprender el derecho de daños bilateral como parte de las instituciones que regulan las relaciones entre los individuos en sociedades liberales. Las sociedades que rechacen la idea de responsabilidad por los propios actos, deberán rechazar también la responsabilidad extracontractual bilateral.

Sin embargo, creo que hay un problema en esta articulación de la justicia distributiva y la justicia correctiva sobre la base del principio de división de la responsabilidad. El problema podría ser enunciado de la siguiente manera: si

lo relevante para el principio de división de responsabilidad es que los individuos asuman la responsabilidad por las consecuencias que se deriven de sus actos para el curso de su vida, ello explica por qué los individuos pueden ser obligados a compensar los daños que causan; en otras palabras, explica por qué las interacciones dañosas pueden ser legítimamente canalizadas por medio de instituciones de justicia correctiva. Pero, la división de responsabilidad no explica por qué la compensación de los daños producidos por la agencia humana que no son responsabilidad de la víctima es un deber fundado exclusivamente en la justicia correctiva. ¿Por qué no podría pertenecer también al ámbito de la justicia distributiva? Después de todo, uno podría pensar que desde el punto de vista de la justicia distributiva, los daños que la víctima sufre a manos del agente dañador son equiparables a los infortunios de la naturaleza: en ambos casos, la víctima es un agente pasivo, en el sentido de que sus decisiones son irrelevantes para el resultado dañoso. Además, en muchas ocasiones los agentes dañadores son insolventes y la víctima debe soportar el daño sin ser de ningún modo responsable por su acaecimiento.

Este planteo es correcto, en tanto la compensación de los daños que sufren las víctimas *podría* ser solventada por la comunidad. El sistema neozelandés es buen un ejemplo de ello. Pero, como ya sostuve, cada comunidad decide políticamente cuánta mala suerte neutralizar. Aunque en muchos casos de daños negligentes sea posible hablar de mala suerte para la víctima (una descripción no necesariamente apropiada respecto del agente dañador que realiza una acción culpable y por ello es obligado a indemnizar), la comunidad no está obligada a brindar compensación. De todas maneras, estas decisiones nunca son tomadas en abstracto. En general, las sociedades cuentan con que otras instituciones, en particular las que implementan la justicia correctiva, neutralizarán los efectos negativos de lo que solo desde el punto de vista distributivo puede ser considerado una cuestión de mala suerte. Desde la perspectiva de la justicia correctiva, la compensación tiene un fundamento distinto, relacionado con la rectificación de las interacciones injustas. No obstante ello, sin que este sea su propósito, la justicia correctiva satisface una función que la justicia distributiva podría cumplir, pero que no es obligatorio que cumpla en virtud de que la neutralización de la mala suerte es una decisión política. Diré más sobre esta cuestión en el apartado X.3.2.

Lo que debe quedar claro aquí es que, según RIPSTEIN, el principio de división de la responsabilidad permite distinguir los ámbitos de la justicia distributiva y de la justicia correctiva. En cambio, en mi interpretación la división de la responsabilidad es parte de una concepción liberal de la justicia distributiva que deja un espacio para otros principios también justificables desde el punto de vista del liberalismo, como la justicia correctiva. La división de la responsabilidad supone que la comunidad asume el compromiso de proveer a los ciudadanos una porción equitativa de bienes primarios, y luego cada individuo es responsable por lo que decida hacer con ellos. Este, se supone,

es el mejor modo de lograr que cada persona sea dueña de su propio destino una vez que reciba su parte de los recursos comunes. Ahora bien, de acuerdo con RIPSTEIN, para que esto último tenga sentido es necesario que se reconozca la responsabilidad entre ciudadanos privados. Esta afirmación se apoya en la intuición de que Xenofonte no sería verdaderamente responsable por cómo resulta su vida si estuviese expuesto a todos los daños que Axileas le causa. Por ello, la responsabilidad entre ciudadanos privados, la justicia correctiva, devuelve a Xenofonte el control sobre su vida y responsabiliza a Axileas por las externalidades negativas que genera a otros.

En mi opinión, el problema con este argumento es que la preocupación porque cada uno sea responsable de su propia vida es una preocupación *distributiva*. Las instituciones son evaluadas por su tendencia a generar un resultado distributivo justo: que cada uno viva de acuerdo con las consecuencias de sus decisiones. Desde esta mirada, la justicia correctiva cumple una función también distributiva y, por lo tanto carece de autonomía normativa. Los mismos efectos que produce la justicia correctiva sobre la responsabilidad por el plan de vida elegido podrían lograrse mediante una combinación de instituciones retributivas, que castigasen a quienes causan daños a terceros, y fondos comunes de compensación, que neutralizasen las externalidades negativas que sufren las víctimas. En este contexto, la justicia correctiva podría justificar la existencia de instituciones liberales, como la responsabilidad extracontractual bilateral, pero no las hace obligatorias, ya que la justicia correctiva misma no es necesaria para dar sentido a la idea de que cada uno es responsable por sus propias decisiones.

El principio de división de la responsabilidad nos lleva de esta forma a una conclusión sospechosa: la justicia correctiva es optativa desde el punto de vista de la justicia liberal. Pero, entonces, ¿de qué clase de principio de justicia se trata? ¿Puede un principio de justicia ser optativo?³⁰¹ La manera de escapar a esta conclusión es preguntándonos si existe alguna razón para que las sociedades liberales sostengan instituciones de justicia correctiva. El principio de división de la responsabilidad diría que sí, pero lo diría por razones distributivas. Entonces, ¿existen razones autónomas para implementar la justicia correctiva? Como argumentaré más adelante, el principio de justicia correctiva es el único principio capaz de hacer justicia entre las partes, justicia en las interacciones privadas de individuos libres e iguales, lo que puede contar como una razón autónoma para implementarlo. Continuaré con este argumento en el apartado X.3.2.1. Aceptemos por ahora que la compensación de daños puede ser una preocupación de la justicia distributiva, pero que las sociedades liberales tienen razones para implementar sistemas de reparación bilaterales, inspirados en la justicia correctiva.

³⁰¹ Véase ARNESON, 1995: 34.

4-La justicia correctiva y la estructura básica de la sociedad

En general, las circunstancias en las cuales la justicia distributiva y la justicia correctiva son aplicables suelen ser diferentes, aunque nada de lo que he dicho en el apartado anterior impide reconocer que es posible que exista algún solapamiento entre ambas, como en el caso de las pérdidas que sufren los individuos a manos de otros. RAWLS destaca este rasgo de la justicia refiriéndose a una división del trabajo entre dos clases de principios: aquellos que regulan la estructura básica a lo largo del tiempo, diseñados para preservar un contexto de justicia de una generación a la otra, y aquellos que se aplican directamente a las transacciones libres de los individuos y de las asociaciones. Un defecto en cualquiera de estos dos principios constituye una falencia de la justicia en general³⁰².

Las palabras de RAWLS a la vez que clarifican plantean una nueva duda sobre la independencia conceptual de la justicia correctiva. Los dos tipos de principios que integran la justicia son, por una parte, los que regulan y *preservan a lo largo del tiempo* la estructura básica y, por la otra, los que se aplican a las transacciones privadas de los ciudadanos. La pregunta que surge naturalmente es a qué categoría pertenece la justicia correctiva. Evidentemente ella se aplica a las transacciones privadas, aunque también preserva la estructura básica. Veamos un ejemplo. Supongamos que el derecho de propiedad intelectual es parte del catálogo de derechos de propiedad reconocidos por la estructura básica. Es decir, las instituciones reconocen que las patentes de invención son patrimonio exclusivo del inventor. Esto significa que al igual que el inventor tiene derecho a excluir a otros del uso de su hoja de afeitar, también tiene derecho a excluir a otros del uso de su idea durante el tiempo que las leyes establecen. Imaginemos ahora que Xenofonte aprovecha un invento patentado de Axileas para mejorar los productos de su empresa. De acuerdo con la justicia correctiva, Axileas fue dañado por Xenofonte y tiene derecho a ser compensado por sus pérdidas. Ahora imaginemos también que en la comunidad en la que viven Axileas y Xenofonte, por razones ideológicas, los jueces comienzan a entorpecer paulatinamente los cobros de indemnizaciones por el uso ilegítimo de los inventos ajenos. Los primeros casos reducen el monto indemnizatorio, no dando por probada la gravedad del perjuicio alegada por el actor, y en los últimos casos directamente desestiman las demandas. Esta lenta degradación supondrá que los jueces han dejado de reconocer la fuerza normativa de la justicia correctiva para una serie de casos abarcados por este principio (supongamos que siguen aplicando la justicia correctiva a los casos de robo, a los accidentes de tránsito, etcétera). En el momento en que ninguna demanda por daños derivados de la violación de patentes de invención es exitosa tiene sentido sostener que en esa sociedad no existe un derecho de patentes, aunque la ley nunca haya sido derogada. La

³⁰² Véase RAWLS, 1993: 268-269; 2001: 53-54.

estructura básica se habrá modificado (admito que ligeramente). Pensemos ahora qué ocurriría si la justicia correctiva dejase de ser aplicada en los demás casos. Pensemos en un mundo en el que los tribunales dejan de ordenar una compensación en los casos de robo o de daños sufridos por los peatones en accidentes de tránsito. ¿Tendría sentido afirmar que en esta comunidad existe el derecho de propiedad y de integridad física? Seguramente, sin la aplicación de la justicia correctiva la estructura básica no podría ser preservada. Entonces, cabe concluir, al menos una de las funciones de la justicia correctiva es preservar la estructura básica de la sociedad. Si esto es así, la justicia correctiva no es un principio conceptualmente independiente de la justicia distributiva sino que es una parte importante de ella.

Creo que esta posible objeción confunde el *propósito* de un principio con algunos de sus *efectos*. Por supuesto, la justicia correctiva tendrá efectos positivos sobre la estructura básica de la sociedad. No debe sorprendernos que los principios que conforman una concepción más amplia y coherente de la justicia se refuercen mutuamente. De allí no puede derivarse que el propósito o la función de la justicia correctiva sea preservar la estructura básica. Como señala PERRY, la función de la justicia correctiva no tiene nada que ver con la justicia distributiva. En su opinión, la justicia correctiva protege los derechos pero no porque sean distributivamente justos. La pregunta relevante, continúa PERRY, es si la justicia correctiva protege esos derechos para preservar o redefinir el esquema distributivo o si lo hace porque los derechos son legítimos³⁰³. Sin compartir necesariamente su concepción de la justicia correctiva, adhiero plenamente a la observación recién mencionada. En efecto, no creo que el propósito de la justicia correctiva sea proteger los derechos sino rectificar las interacciones injustas. Los derechos son un dato para la justicia correctiva, ya que una interacción es injusta solo cuando se produce una vulneración de derechos. Es cierto que la justicia correctiva no puede operar en el vacío. Si no hubiese derechos bien definidos, la justicia correctiva no podría nunca fundar un reclamo entre particulares. La existencia de derechos bien definidos es una condición de aplicación de la justicia correctiva. Por ello, un ejercicio de justicia distributiva para asignar derechos es un paso previo a la aplicación de la justicia correctiva. De todas maneras, admitir esto no afecta en absoluto la tesis de la independencia conceptual, ya que el propósito de la justicia correctiva puede ser definido al margen del propósito de la justicia distributiva³⁰⁴. Sin embargo, la tesis de la independencia normativa podría verse comprometida. Si la justicia correctiva solo se aplica a las

³⁰³ PERRY, 2000: 254.

³⁰⁴ Nótese que toda la fuerza del argumento descansa sobre la definición del propósito de la justicia correctiva. Sorprendentemente, el debate en torno a la justicia correctiva no se detiene tanto como sería conveniente en la cuestión del propósito y se concentra más bien en el contenido o la amplitud del deber de reparar. Por esta razón, las conclusiones acerca de la relación de la justicia correctiva y la justicia distributiva siempre resultan prematuras. Véase WALT, 2006: 1320-1323.

interacciones *injustas*, y una interacción solo es injusta cuando una parte vulnera los derechos de la otra, la fuerza normativa justicia correctiva depende de la existencia de verdaderos derechos.

Antes de continuar, tal vez sea conveniente pasar en limpio el resultado del análisis anterior. La pregunta respecto de la dependencia entre la justicia correctiva y la justicia distributiva puede referirse a la dependencia conceptual o a la dependencia normativa. En cuanto a la dependencia conceptual, no hay razón para pensar que los principios son dependientes cuando se asume una concepción de la justicia distributiva que se preocupa por asignar los recursos de acuerdo con ciertos criterios como la necesidad, la igualdad absoluta, los logros, la inteligencia, etcétera. La igualdad proporcional que es central en la visión de ARISTÓTELES no puede ser preservada por la justicia correctiva, salvo en los casos de apropiación y restitución. Las concepciones dinámicas de la justicia distributiva, en cambio, son compatibles con que existan instituciones que implementen la justicia correctiva. La dificultad ahora estriba en mostrar de qué manera la justicia correctiva es independiente de la justicia distributiva. La concepción que he ofrecido apunta al propósito de cada principio. La justicia distributiva regula la estructura básica de la sociedad y la justicia correctiva las interacciones privadas. Bien entendidos, ambos principios se articulan de manera coherente, dando origen a una concepción más amplia de la justicia liberal.

Respecto de la fuerza normativa también he sostenido la independencia de la justicia distributiva y la justicia correctiva. En efecto, el ejemplo en que Axileas roba a Xenofonte en un contexto de injusticia distributiva intentaba mostrar que, tal como los concibe ARISTÓTELES, los principios son normativamente independientes. Recuérdese que «la ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales». No obstante, ahora puede dudarse de si Axileas verdaderamente causa un *daño* a Xenofonte cuando le roba una riqueza a la que Xenofonte no tiene derecho según la justicia distributiva. Si uno cree que solo se causa un *daño* cuando las porciones distributivas son justas, entonces, también debe creer que la justicia correctiva es dependiente de la justicia distributiva en el nivel normativo. Nótese que al analizar este problema teniendo en mente una concepción de la justicia distributiva que establece patrones, la respuesta de que la justicia correctiva no tiene el propósito de preservar la asignación de recursos que determina el criterio distributivo es suficientemente plausible. En el fondo creo que su plausibilidad se debe a que somos conscientes de que una justicia distributiva que establece patrones no permite muchas de las interacciones que consideramos valiosas, como la celebración de algunos contratos y la compensación de daños en ciertos casos. La cuestión cambia radicalmente cuando la concepción de la justicia distributiva es dinámica. Los patrones distributivos no son importantes, pero la definición de derechos sí lo es. Por lo tanto, cuando la definición de derechos es injusta, cuando la estructura básica de la sociedad

no se adecúa a las exigencias de la justicia distributiva, ¿seguimos sosteniendo que la justicia correctiva conserva su fuerza normativa porque su propósito es distinto del propósito de la justicia distributiva? ¿Qué propósito puede ser tan valioso como para tolerar que se preserve un esquema distributivo injusto, siendo que éste es uno de los efectos de la justicia correctiva? Dicho de otro modo, ¿de dónde obtiene la justicia correctiva su fuerza normativa, si es que la tiene, cuando la estructura básica es injusta?

En el desarrollo anterior se expusieron las siguientes ideas:

- a) El propósito de la justicia correctiva es rectificar las interacciones injustas.
- b) Las interacciones son injustas cuando vulneran derechos.
- c) Los derechos están definidos por la estructura básica de la sociedad.
- d) La estructura básica es justa sí, y solo sí, se adecúa a la justicia distributiva.

A partir de aquí, introduciendo una nueva premisa, podría elaborarse el siguiente razonamiento:

- 1) Si la justicia distributiva falla, la estructura básica será injusta (por d).
- 2) Si la estructura básica es injusta, los derechos que define son injustos (por c y d).
- 3) Los derechos injustos no son verdaderos derechos (nueva premisa).
- 4) Si no hay verdaderos derechos, no puede haber interacciones injustas (por b).
- 5) Si no hay interacciones injustas no puede haber ocasión para la justicia correctiva (por a).

De aquí puede concluirse:

- 6) La fuerza normativa de la justicia correctiva depende de la fuerza normativa de la justicia distributiva.

Creo que el razonamiento es válido, por lo tanto, el único modo de rechazar esta conclusión es negando la verdad de cualquiera de sus premisas. Dado que todas las premisas, salvo la tercera, derivan de las ideas que defendí en los puntos anteriores, es obvio que para rechazar la conclusión me concentraré en mostrar por qué esta nueva premisa debe ser rechazada.

La premisa 3 es: los derechos injustos no son verdaderos derechos. En primer lugar debe observarse que la palabra «derechos» es empleada en dos

sentidos diferentes. La primera vez que aparece se refiere a los derechos individuales reconocidos por un sistema jurídico, pero la segunda vez se refiere a derechos moralmente válidos. En una discusión acerca de lo que *exige la moral*, en principio, parecería redundante hablar de *verdaderos derechos*. Si Axileas tiene un derecho moral a su integridad corporal, este es un verdadero derecho. De aquí se sigue que cuando la premisa 3 dice que los derechos injustos no son verdaderos derechos, en realidad se refiere a que un sistema jurídico injusto no genera derechos morales. Y esto significa, al menos, que *los derechos individuales reconocidos por un sistema injusto no brindan por sí mismos ninguna razón moral para la acción*. Esta tesis, que fundamenta la premisa 3, es la que deseo criticar a continuación.

Analicemos el caso típico de los derechos y deberes correlativos. A veces los derechos están vinculados conceptualmente con deberes correlativos. En estos casos, afirmar el derecho es afirmar el deber. Así, la proposición ‘Axileas tiene un derecho respecto de Xenofonte a que cumpla la prestación estipulada en el contrato’ es equivalente a la proposición ‘Xenofonte tiene respecto de Axileas el deber de cumplir la prestación estipulada en el contrato’³⁰⁵. Uno puede imaginar que estas proposiciones sean verdaderas en un sistema injusto que incluya una regla que ordena cumplir con los contratos. Xenofonte tiene un deber respecto de Axileas, por ello, tiene una razón para actuar. Aunque el sistema fuese injusto, podremos reconocer que existen razones morales para cumplir con los contratos. Ello, sin embargo, no refuta todavía la tesis según la cual los derechos individuales reconocidos en sistemas injustos nunca brindan por sí mismos razones para actuar, ya que la tesis no dice que los sistemas injustos no puedan incluir normas moralmente válidas. Por ejemplo, un sistema puede ser terriblemente injusto pero de todas formas incluir normas morales válidas como la prohibición genérica de matar, con las usuales excepciones de legítima defensa. La cuestión no es esa. Para mostrar que la premisa 3 es falsa, debe mostrarse que un derecho individual que deriva de una norma jurídica injusta, perteneciente a un sistema injusto, puede generar pese a todo razones para actuar. Si este fuese el caso, la premisa 3 sería falsa, por lo que no sería posible sostener la conclusión de que la justicia correctiva obtiene su fuerza normativa de la justicia distributiva (6).

Imaginemos, entonces, un sistema jurídico que no satisface perfectamente las exigencias de la justicia distributiva. En realidad ninguna comunidad en el mundo las satisface, es decir, ningún sistema es perfectamente justo; sin embargo, pueden encontrarse razones para obedecer sus normas. ¿Qué razón moral podría existir para obedecer el derecho injusto? Según RAWLS, existe un *deber natural de justicia* que nos requiere sustentar y obedecer las instituciones justas existentes y que se nos aplican. También supone que debemos

³⁰⁵ Véase HOHFELD, 1913: 32.

impulsar la creación instituciones justas que no estén aun establecidas³⁰⁶. Este deber natural implica que tenemos razones para obedecer el derecho que es producto de un arreglo institucional justo. La existencia de este deber no parece ser un punto controvertido en la teoría moral. La cuestión espinosa radica en determinar si existe un deber de obediencia similar cuando las instituciones no son perfectamente justas. Un sistema puede ser *razonablemente justo* e incluir normas injustas. ¿Deben estas normas ser obedecidas? A veces se piensa, dice RAWLS, que no hay razones para cumplir con los arreglos institucionales injustos, pero ello es un error. Cuando un sistema es razonablemente justo, de acuerdo con lo que resulta posible en las circunstancias del caso, las normas injustas que no superen cierto umbral de injusticia deben ser obedecidas³⁰⁷. La idea es que una comunidad podría encontrarse en circunstancias que hiciesen imposible por el momento implementar el sistema idealmente justo. En ese caso, el deber natural de justicia nos ordena contribuir a mejorar las instituciones, y esto supone en general que deben obedecerse también las normas injustas a condición de que, con algún criterio de razonabilidad acorde al contexto, pueda afirmarse que no son terriblemente injustas.

No es necesario aceptar que existe un deber natural de justicia tal como lo describe RAWLS para concluir que los individuos pueden tener, según una teoría moral plausible, razones morales para obedecer el derecho que no es perfectamente justo. Si este argumento es aceptable, entonces, los derechos definidos por una estructura básica injusta, que no satisface las exigencias de la mejor teoría de la justicia disponible, pueden de todas formas brindarnos razones para la acción, aun cuando sean derechos injustos. Y si esto es así, la premisa 3 es falsa, porque la tesis que la sustenta, a saber que *los derechos individuales reconocidos por un sistema injusto no brindan por sí mismos ninguna razón moral para la acción* también lo es.

En definitiva, el argumento estuvo dirigido a mostrar que existe *cierta independencia* normativa entre la justicia distributiva y la justicia correctiva. Digo cierta independencia porque es verdad que un sistema que no alcanza el mínimo de razonabilidad no puede generar verdaderos derechos y ello haría que la justicia correctiva careciese de fuerza normativa. En un sistema de extrema injusticia en el que unos pocos ostentan toda la riqueza y el resto de las personas vive casi en la indigencia, cuando un hombre pobre toma los alimentos que según el derecho positivo son propiedad de un hombre rico, diríamos que la restitución no puede ser justificada apelando a la justicia correctiva. Pero si el sistema fuese razonablemente justo, aunque no totalmente, es plausible sostener que la justicia correctiva conserva su fuerza normativa más allá de que la asignación de recursos no sea la más defendible desde el punto de vista de la justicia distributiva. Tal vez, la clave esté en

³⁰⁶ RAWLS, 1999: 99.

³⁰⁷ RAWLS, 1999: 306.

advertir, primero, que la justicia correctiva depende de la existencia de una asignación de recursos dada por una institución distributiva. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la justicia correctiva solo es moralmente vinculante cuando existen razones para aceptar los resultados de estas instituciones, aunque no sean plenamente justas según la mejor teoría de la justicia distributiva. Las instituciones distributivas razonables o legítimas, no las justas, son las que transmiten su fuerza normativa a la justicia correctiva. En otras palabras, la asignación de recursos no tiene que ser necesariamente justa, sino solo defendible en el marco de una teoría política, para que la justicia correctiva sea una justificación plausible de las instituciones que regulan la rectificación de las interacciones injustas prescribiendo, según el caso, la compensación de daños o la restitución.

IX-LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y LA JUSTICIA CORRECTIVA

Aún hoy resulta interesante para muchos teóricos pensar que la responsabilidad extracontractual es una cuestión de justicia correctiva. El debate se ha renovado entre los autores modernos a partir de los trabajos de George FLETCHER y Richard EPSTEIN, de principios de los años setenta³⁰⁸. Los aportes más relevantes, sin embargo, han sido los de Jules COLEMAN y Ernest WEINRIB³⁰⁹. Sus enfoques difieren respecto de la manera en que la responsabilidad extracontractual expresa el principio de justicia correctiva. En sus primeros trabajos, COLEMAN presentó una concepción que hacía del derecho de daños una institución *necesaria pero no suficiente* para satisfacer las exigencias de la justicia correctiva. Además, la responsabilidad extracontractual tiene un propósito más amplio que implementar parcialmente este principio de justicia: hay casos solo explicables por la eficiencia económica. Más tarde, convencido por las objeciones de PERRY, WEINRIB y RAZ, modificó su posición en el sentido de que la responsabilidad extracontractual satisface completamente la justicia correctiva, pero siguió sosteniendo que no toda la responsabilidad extracontractual puede ser comprendida como una implementación del principio. Solo los casos centrales del derecho de daños están abarcados por él. WEINRIB, por su parte, cree que la justicia correctiva agota la responsabilidad extracontractual. Todo lo que resulta inteligible del derecho de daños puede ser analizado con el esquema conceptual que brinda este principio. Los presupuestos metodológicos de WEINRIB y COLEMAN son muy distintos. Me ocuparé de analizarlos detalladamente en la Tercera Parte. Aquí solo consideraré sus concepciones sustantivas. Estudiando cómo ellos interpretan la práctica a la luz de una u otra versión de la justicia correctiva podremos avanzar en nuestra propia comprensión, advirtiendo a la vez qué aspectos de sus explicaciones son incompatibles con la concepción que he presentado de la relación entre la justicia correctiva y la justicia distributiva. Creo que las teorías de ambos son explicaciones defendibles del derecho de daños y la justicia correctiva. Las objeciones más fuertes que presentaré tienen que ver con que prescinden de la justicia distributiva y, por ello, no pueden reflejar parte del sentido o propósito de la responsabilidad extracontractual, ni lograr una comprensión amplia de la práctica en relación con otras instituciones.

³⁰⁸ FLETCHER, 1972; EPSTEIN, 1973.

³⁰⁹ Las exposiciones generales más importantes de sus teorías pueden consultarse en COLEMAN, 1992; 2001; WEINRIB, 1995.

1-La concepción anuladora

COLEMAN defendió esta concepción de la justicia correctiva durante años. Su formulación más completa y acabada puede encontrarse en *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*³¹⁰. La concepción anuladora es atractiva por su simplicidad, ya que solo exige que *las pérdidas y ganancias injustas sean rectificadas, eliminadas o anuladas*. El principio no establece ninguna relación entre el agente dañador y la víctima del daño; no especifica de qué modo deben anularse las pérdidas y ganancias injustas, ni tampoco en qué consisten estas últimas. La definición de lo que constituye una pérdida o un beneficio injusto corresponde a la moral, no a la justicia correctiva³¹¹.

A primera vista pueden observarse dos cosas: a) que los dogmáticos usualmente asocian a la responsabilidad con las pérdidas causadas injustamente más que con los beneficios obtenidos por el agente dañador. En este sentido, si la justicia correctiva exige anular no solo las pérdidas sino también los beneficios injustos, debe mostrarse cómo el derecho de daños puede lograrlo, si es que puede; b) que la responsabilidad extracontractual no ordena simplemente la anulación de las pérdidas injustas, sino que exige que el agente dañador elimine la pérdida de la víctima pagando una compensación. ¿Cómo puede la concepción anuladora tener la pretensión de dar cuenta del derecho de daños si no logra explicar esta característica central?

COLEMAN elabora su argumento a partir de una serie de distinciones que le llevan a construir una explicación pluralista³¹². La primera distinción apunta a separar *los fundamentos de la compensación* de *los fundamentos de la responsabilidad*³¹³. Observa que pese a ser analíticamente impecable, la práctica actual no aprovecha esta distinción³¹⁴. En los sistemas bilaterales, la razón por la cual la víctima tiene derecho a ser indemnizada es condición necesaria y suficiente para que el agente dañador sea responsable por el daño, es decir, para que tenga la obligación de compensar. Por ejemplo, si haber causado un daño mediante un acto negligente fuese condición suficiente para la responsabilidad del agente causal, estos mismos hechos fundamentarían el derecho de la víctima a ser indemnizada. Las condiciones de verdad de la proposición ‘Axileas es responsable por el daño que sufrió Xenofonte’ son idénticas a las de la proposición ‘Xenofonte tiene derecho a ser compensado por Axileas’. Una proposición sigue la suerte de la otra. Cuando una de ellas sea falsa, la

³¹⁰ COLEMAN, 1992b.

³¹¹ COLEMAN, 1992b: 357.

³¹² Las teorías pluralistas postulan la imposibilidad de unificar toda la práctica bajo un mismo principio. Algunas teorías combinan el principio de eficiencia con otros principios como la justicia correctiva o alguna concepción de la justicia distributiva.

³¹³ Esta distinción ya se encuentra en FLETCHER, 1972: 542; y, aún antes, surge de las ideas de CALABRESI sobre los objetivos del derecho de daños (IV.2.2).

³¹⁴ COLEMAN, 1992b: 351.

otra también lo será. Esto significa que, tal como son estos sistemas, no hay ningún mundo posible en el cual Xenofonte tenga derecho a ser compensado por el daño que Axileas le causó negligentemente, sin que Axileas sea responsable por él. Sin embargo, ambas cuestiones podrían ser tratadas por el derecho de modo independiente. Es posible imaginar un sistema en el cual el derecho a ser indemnizado dependa de haber sufrido un daño causado por negligencia, y el deber de compensar solo nazca para el agente dañado cuando se beneficia de la acción incorrecta. En este caso, si Axileas no se benefició de la acción que dañó a Xenofonte sería verdadero que Xenofonte tiene derecho a ser compensado y falso que Axileas tiene el deber de indemnizar a Xenofonte. En este sistema alternativo, las condiciones de verdad de cada proposición son independientes.

Al trazar esta distinción, COLEMAN pretende mostrar que nuestras instituciones por lo general tratan de modo unificado cuestiones de naturaleza distinta, pero ello no es necesario que ocurra. Es decir, los sistemas podrían disponer que el derecho a ser indemnizado sea reconocido en condiciones todavía insuficientes para fundar la obligación de compensar del agente dañado. Este enfoque es similar al adoptado por el AED. Recuérdese que desde el punto de vista económico la responsabilidad podría diseñarse con un objetivo –digamos la disuasión– y el derecho a recibir una indemnización con otro distinto –supongamos, brindar incentivos para demandar por daños. Así, cada vez que Xenofonte es dañado el sistema podría otorgar una indemnización a cualquier individuo dispuesto a exigirla, y las condiciones de verdad de las proposiciones referidas a la obligación de compensar y el derecho a ser indemnizado serían distintas. Esta distinción es particularmente valiosa para quienes asumen una concepción instrumentalista del derecho, en el sentido de que podría ser contraproducente para el logro de los objetivos sociales dar un tratamiento unificado a problemas distintos (véase el apartado XI.2.1).

Dejando esto al margen, la estrategia de COLEMAN no solo consiste en señalar la naturaleza analíticamente diferente de estos problemas, sino que inmediatamente introduce una segunda distinción referida a *los fundamentos de la compensación y sus modos*³¹⁵. Aquí también puede advertirse que la pregunta acerca de si Xenofonte tiene derecho a ser compensado es diferente de la pregunta acerca de cómo se lo debe compensar. Supongamos que Xenofonte fue dañado por una acción negligente de Axileas, y que esto es suficiente para justificar su derecho a recibir una indemnización. Todavía quedaría abierta la pregunta referida al modo adecuado de indemnizar a Xenofonte. ¿Quién debe indemnizarlo? Que Axileas deba hacerse cargo de la compensación es solo una posibilidad. Otras alternativas son que tome intervención un fondo común compuesto por los aportes de los agentes negligentes, o que el propio Xenofonte deba estar asegurado contra los daños que sufre por la

³¹⁵ COLEMAN, 1992b: 352.

negligencia de otros. Así, su compañía responderá solo cuando sea víctima de una acción culpable, pero no en otros casos. En definitiva, una vez fundado el derecho a ser compensado existen múltiples posibilidades para satisfacer este derecho, dentro de las cuales está incluida la indemnización por parte del agente dañador.

Nótese que esta distinción es independiente de la primera. Imaginemos que, al igual que en los sistemas bilaterales, el fundamento de la indemnización es el mismo que el de la obligación de compensar. Entonces, cada vez que sea verdad que el agente dañador tiene el deber de compensar será verdad que la víctima tiene derecho a ser compensada. Aun sería posible preguntarnos si la víctima debe recibir el pago directamente del agente dañador. Podría implementarse un sistema que obligue al agente dañador a realizar un aporte equivalente al valor del daño a un fondo común del cual la víctima tenga derecho a cobrar su indemnización. Las ventajas de este sistema podrían ser el pronto pago de las compensaciones. Piénsese que cuando los agentes dañadores discuten su responsabilidad, o la extensión de la indemnización, los litigios suelen durar años. Esto supone un perjuicio adicional para la víctima, que un sistema de estas características buscaría neutralizar. El litigio contra el agente dañador estaría a cargo del fondo común, y el pago a la víctima tendría las ventajas de la inmediatez. Por supuesto, los costes de transacción podrían ser considerables, ya que el litigio entre el fondo común y el agente dañador tendría idénticos costes que el litigio que debería llevar adelante la víctima; a lo cual deben sumarse los costes de administrar el sistema de pronto pago y de tomar las medidas necesarias para impedir el fraude. Este será un aspecto más a tener en cuenta, pero las distintas comunidades podrían preferir un sistema de pronto pago, aunque fuese más costoso, a fin de proteger a las víctimas. Siendo plausibles ambas distinciones, ¿qué explica la práctica establecida por los sistemas bilaterales? Existiendo tantas alternativas, ¿por qué están unificados los fundamentos de la compensación con los de la responsabilidad y sus modos?

La tercera distinción sobre la que COLEMAN llama la atención se refiere a *los fundamentos de la compensación (o de la responsabilidad) y su extensión*³¹⁶. Una cosa es determinar que la víctima tiene derecho a ser compensada y otra cosa distinta es determinar cuál es la extensión de su derecho. Algunos problemas en extremo interesantes, pero que no me corresponden tratar ahora, son los que tienen que ver con el peso de la previsibilidad del daño al evaluar el monto indemnizatorio³¹⁷. Otro problema también interesante, pero mucho menos

³¹⁶ COLEMAN, 1992b: 352-354.

³¹⁷ El derecho de daños determina la extensión de la indemnización de muchas maneras, entre ellas, limitando los efectos causales compensables. En principio, los distintos ordenamientos ordenan la reparación de las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, pero casi nunca las de las consecuencias imprevisibles. La convergencia de criterios en el derecho comparado, no obstante, es irrelevante. Solo deseo destacar que por medio

evidente, se relaciona con el objeto de la reparación. Imaginemos que el agente dañador tiene el deber de compensar a la víctima si obró con culpa. Para determinar la extensión de la reparación podríamos preguntarnos qué se pretende con la indemnización: ¿eliminar la ganancia del agente dañador o la pérdida de la víctima? Cuando la ganancia y la pérdida son equivalentes, en un sistema como este, la anulación de una supone la anulación de la otra. Pero cuando existe una divergencia entre ambas debemos elegir. Si el beneficio obtenido por el agente dañador es mayor que la pérdida sufrida por la víctima, establecer un monto indemnizatorio equivalente a la ganancia implica beneficiar a la víctima de manera inapropiada. En cambio, si se establece la compensación sobre la base de la pérdida, ello supone dejar sin rectificar parte del beneficio injustamente obtenido. Por otra parte, si el beneficio obtenido es menor que la pérdida causada, tomar el beneficio como medida de la indemnización supone dejar sin una compensación plena a la víctima. A la vez, fijar el monto en la pérdida sufrida, haría que el agente dañador pierda algo más que el beneficio obtenido. Cualquiera de estas decisiones puede justificarse, en algunos casos con más facilidad que en otros. Pero si la justicia exige que no se tome del agente dañador ni más ni menos que su ganancia injusta y que no se otorgue a la víctima ni más ni menos que su pérdida injusta, entonces, el derecho de daños que la mayoría de las veces impone indemnizaciones más altas que el beneficio del agente dañador no podrá ser justificado.

Desde luego, como advierte COLEMAN, este es un verdadero problema solo si se ignoran las distinciones anteriores. Una sola institución, como el derecho de daños bilateral, que pretenda anular las ganancias y las pérdidas injustas a la vez, es decir, que unifique los fundamentos de la responsabilidad y de la compensación y que establezca los modos de reparación dejando la indemnización a cargo del agente responsable, tendrá que lidiar con el hecho de que frecuentemente las ganancias y las pérdidas injustas no son equivalentes. Esto sugiere que el derecho de daños bilateral es incapaz, por sí mismo, de implementar la justicia correctiva. Como sugerí más arriba, el derecho de daños bilateral es una institución *necesaria pero no suficiente* para satisfacer las exigencias de este principio. Ello es así porque la especial vinculación que establece la responsabilidad extracontractual entre el agente dañador y la víctima solo permitirá anular las ganancias y las pérdidas injustas cuando sean equivalentes. En todos los demás casos, incluyendo aquellos en los que un individuo se beneficia injustamente sin perjudicar a nadie –por ejemplo, cuando se conduce negligentemente sin provocar daños– escaparían de la esfera de la responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, si el derecho de daños fuese la única institución dirigida a implementar la justicia correctiva, esas ganancias injustas no podrán ser eliminadas. La responsabilidad

de las categorías causales los sistemas pueden incluir más o menos consecuencias perjudiciales dentro del concepto de daño resarcible, y esto es una forma de limitar o de extender el derecho de la víctima a ser indemnizada. Véase ALTERINI, 1997: 8-16 y 35-41.

extracontractual podría elegir cualquiera de estas alternativas fijando la extensión de la reparación en el beneficio o en la pérdida, pero siempre tendrá efectos secundarios. Como señalé, si elige la pérdida injusta como medida de la indemnización, puede afectar al agente dañador quitándole más que el beneficio obtenido o dejándole conservar parte del beneficio injusto; en cambio, si se toma el beneficio injusto como parámetro, la víctima puede recibir una compensación insuficiente o una superior al daño sufrido.

La justicia correctiva se encarga de los beneficios y las pérdidas injustas, sin embargo, el derecho de daños bilateral no puede ocuparse más que de una de ellas. Puede afirmarse que el derecho de daños actual, en sus casos centrales, se dirige a anular las pérdidas injustas. Esto lo sabemos porque al fijar el monto indemnizatorio lo hace a partir del daño injusto y no de los beneficios que recibe el agente dañador. Por ello, el análisis de COLEMAN se centra «principalmente en las *pérdidas* injustas y en las instituciones creadas para rectificarlas»³¹⁸. Pero, ¿en qué medida el derecho de daños es una cuestión de justicia correctiva si solo se encarga de las pérdidas y no de los beneficios? Si la responsabilidad extracontractual bilateral solo puede eliminar una de estas cosas, pero no ambas a la vez, ¿por qué la justicia correctiva sería una buena explicación de esta institución? Aquí debe recordarse que la concepción anuladora solo establece los fundamentos de la compensación y de la responsabilidad, no sus modos. El hecho de que el agente dañador en particular deba pagar la indemnización es una cuestión anecdótica desde el punto de vista de la justicia correctiva. En otras palabras, que sea el agente dañador quien deba reparar el daño es algo que escapa a las exigencias de la justicia correctiva, ya que tiene que ver con los modos de rectificación. La responsabilidad extracontractual se sirve del agente dañador a fin de anular las pérdidas injustas, nada más. La justicia correctiva no podrá ser plenamente lograda a menos que alguna otra institución se encargue de eliminar las ganancias injustas que haya obtenido el agente dañador, si es que las ha obtenido.

La concepción anuladora parece brindar una explicación incompleta de la responsabilidad extracontractual. Si la justicia correctiva solo explica los fundamentos de la compensación y de la obligación de indemnizar, ¿qué explica el modo de rectificación? ¿Qué explica que la responsabilidad extracontractual ponga en cabeza del agente dañador el deber de reparar el daño sufrido por la víctima? Esto solo puede ser comprendido como una exigencia de algún otro principio diferente de la justicia correctiva, por ejemplo, la justicia retributiva o la eficiencia económica; por ello, su teoría es *pluralista*. En otros trabajos, COLEMAN analiza si el modo de rectificación bilateral puede ser justificado por la justicia retributiva. El argumento puede construirse diciendo que la indemnización no pretende privar al agente de la ganancia injusta obtenida sino imponerle un castigo por su acción incorrecta. Hay

³¹⁸ COLEMAN, 1992b: 358.

varias razones para rechazar este planteo³¹⁹. Las tres más importantes son las siguientes: en primer lugar, la responsabilidad extracontractual solo impone el deber de compensar cuando se produce un daño, no obstante, las acciones incorrectas pueden ser inocuas. La retribución, afirma COLEMAN, exigiría castigar al individuo por la sola violación del estándar de conducta, exista o no daño³²⁰; en segundo lugar, la retribución toma en cuenta la *culpabilidad moral* de la conducta, pero en el derecho de daños las conductas se evalúan según estándares objetivos que no coinciden necesariamente con ella³²¹; en tercer lugar, en la responsabilidad extracontractual el monto indemnizatorio está determinado por la gravedad del daño y no de la falta cometida, tal como exigiría la retribución³²².

Otro argumento que COLEMAN considera es la disuasión óptima. Lograr un nivel eficiente de medidas preventivas, y de actividades dañosas, podría requerir hacer responsable al agente dañador por las pérdidas injustas (V.1 y V.3). De ser este el caso, el derecho de daños bilateral satisfaría a la vez el principio de eficiencia y una de las exigencias de la justicia correctiva, ya que otras instituciones deberían encargarse de eliminar las ganancias injustas cuando existieran³²³. Esta postura combina una justificación deontológica del derecho de la víctima, fundado en la justicia correctiva, con una justificación consecuencialista de la obligación de compensar, fundada en la eficiencia económica. Dejaré de lado el análisis de la medida en que estas justificaciones son compatibles.

La concepción anuladora puede explicar la responsabilidad extracontractual confiando en una división del trabajo institucional. Una comunidad resuelta a implementar la justicia correctiva puede instaurar un derecho de daños bilateral a fin de anular las pérdidas injustas. Para ello, puede imponer al agente dañador la obligación de compensar. Ahora bien, la justicia correctiva solo especifica los fundamentos de la compensación y de la responsabilidad, de manera que quién sufrió una pérdida injusta tiene derecho a recibir una in-

³¹⁹ Las críticas a la explicación basada en el principio de retribución pueden encontrarse en diversos trabajos, entre ellos, COLEMAN, 1974, 1982b y 1992.

³²⁰ COLEMAN, 1974: 483-484. Este argumento no me parece concluyente. Podría responderse a COLEMAN que al igual que respecto de la justicia correctiva la responsabilidad extracontractual solo puede anular las pérdidas injustas, respecto del principio de retribución solo puede castigar las acciones incorrectas que producen daños. En ambos casos, serían necesarias otras instituciones para satisfacer plenamente los principios en cuestión. Así, algunas instituciones adicionales se encargarían tanto de rectificar las ganancias injustas obtenidas por el agente dañador como de castigar las acciones incorrectas inocuas. Una vez que se considera todo el esquema institucional, la responsabilidad extracontractual *contribuye* a implementar la justicia correctiva y la justicia retributiva. De todas maneras, el argumento contra la justicia retributiva es definitivo por las demás razones mencionadas por COLEMAN.

³²¹ COLEMAN, 1974: 481.

³²² COLEMAN, 1974: 484-486.

³²³ Véase COLEMAN, 1982.

demnización y quien se benefició injustamente tiene la obligación de restituir ese beneficio. Pero la responsabilidad extracontractual bilateral no solo da derecho a la víctima a recibir compensación, sino que obliga al agente dañador a pagar la indemnización con independencia de que se haya beneficiado injustamente. Esta obligación de compensar, entonces, no tiene que ver con el deber restituir el beneficio obtenido según la justicia correctiva. ¿Qué explica que sea el agente dañador quien debe reparar el daño? ¿Por qué no imponer la carga a un fondo común o al sistema de seguros? Esta obligación de compensar puede ser justificada por razones de carácter económico. La obligación de reparar funciona como un incentivo disuasorio para que el agente adopte las medidas preventivas eficientes y, en el caso de la responsabilidad objetiva, también regule su nivel de actividad. Esta división del trabajo institucional supone que probablemente los individuos consideren legítimo en términos de justicia imponer la obligación de compensar sin otra razón que la disuasión general. Si este objetivo fuese para ellos una excelente razón para imponer responsabilidad, la concepción anuladora explicaría por qué el monto de la indemnización toma como referencia el valor del daño causado, y no el beneficio obtenido injustamente por el agente. Este rasgo reflejaría una opción de la comunidad por rectificar las pérdidas injustas por medio de la responsabilidad extracontractual, dejando la eliminación de los beneficios a cargo de otras instituciones, como el derecho penal. La práctica podría estar justificada, además, si la división del trabajo institucional entre estos dos principios fuese defendible en el marco de una teoría política más amplia. Para ello, no solo sería necesario que cada uno de los principios pueda estar justificado sino que su combinación en la misma práctica también lo esté.

2-Una evaluación de la concepción anuladora

2.1-El desajuste con la práctica

El propósito de la justicia correctiva, de acuerdo con la concepción anuladora, es eliminar las pérdidas y las ganancias injustas. Esta idea es a primera vista atractiva. Después de todo, ¿qué deberíamos hacer con las pérdidas y las ganancias *injustas* sino eliminarlas? Una vez que aceptamos esto, podríamos preguntarnos cómo hacen las sociedades para implementar la justicia correctiva. La respuesta de COLEMAN se basa en describir una particular división del trabajo institucional. El derecho de daños se encarga de rectificar las pérdidas injustas, y otras instituciones de eliminar los beneficios injustos. Desde esta perspectiva, mientras el estudio de la justicia correctiva exige observar el funcionamiento de *varias instituciones*, el estudio de la responsabilidad extracontractual solo puede hacerse a la luz de *varios principios*. Esto es así porque al estudiar la responsabilidad extracontractual veremos que la con-

cepción anuladora solo puede explicar el derecho de la víctima a recibir una indemnización, por lo que se requerirá completar la explicación con otro principio que dé cuenta de la obligación de compensar; a su vez, el estudio de la justicia correctiva revela que la responsabilidad extracontractual solo puede contribuir a eliminar las pérdidas injustas, entonces, deberá completarse el análisis mostrando que otras instituciones contribuyen a eliminar los beneficios injustos.

La adhesión a la concepción anuladora genera indefectiblemente la necesidad de articular una teoría pluralista, ya sea que se estudie la justicia correctiva misma o la responsabilidad extracontractual. El problema de una explicación como esta es que el punto de vista interno de los participantes muestra que el derecho a ser indemnizado y el deber de compensar son dos aspectos del mismo fenómeno. Por ello, una explicación del derecho de la víctima ofrece al mismo tiempo una explicación del deber del agente dañador. El pluralismo al que nos compromete la concepción anuladora niega este hecho. Analicemos la objeción con más detalle.

El objeto de estudio que enfrentamos es la responsabilidad extracontractual: un conjunto de normas que regulan las interacciones de los individuos, por una parte, y la compensación y reparación de daños, por la otra. La práctica regula las interacciones reconociendo una serie de derechos y deberes *primarios*. En general, los individuos tienen derecho a un cierto nivel de seguridad, en algunos casos, y a la indemnidad frente a determinados tipos de interferencias de terceros, en otros. A la vez, tienen el deber de obrar con diligencia y de evitar determinados daños. Por otra parte, las normas referidas al derecho a ser compensado y al deber de reparar establecen derechos y deberes *secundarios*: el individuo que sufre las consecuencias de una interacción injusta tiene *derecho* a ser indemnizado y quien causa el daño tiene el *deber* de repararlo.

Creo que es razonable delimitar el objeto de estudio de la responsabilidad extracontractual de este modo. Es decir, cualquier teórico familiarizado con la disciplina esperaría encontrar que todos estos elementos estén bien articulados en una explicación del derecho de daños. Sin embargo, la concepción anuladora solo abarca uno de ellos, el referido al derecho a ser compensado. El resto de las cuestiones deben ser explicadas acudiendo a otras teorías. El resultado final es el que analicé en el apartado anterior. La obligación de compensar, por ejemplo, tiene una justificación consecuencialista: es necesario imponer el deber de compensar para que los agentes dañadores tengan incentivos para realizar conductas eficientes. Pero esta explicación, siendo de carácter económico, es vulnerable a todas las críticas que presenté en el capítulo VI (en especial el apartado 4). Los incentivos podrían lograrse de muchas maneras diferentes. El derecho penal, entre otros mecanismos, también es idóneo para esta tarea. Un defensor de la concepción anuladora

podría responder que la comunidad es libre de seleccionar el mecanismo que crea conveniente para lograr cada uno de los objetivos. En este sentido, puede interpretarse que las prácticas actuales han decidido incentivar al agente dañador imponiéndole la obligación de compensar, en lugar del castigo penal. Esta respuesta depende de que sea verdad que los participantes han ideado el sistema de responsabilidad civil con estos objetivos. Para ser convincente, el argumento debería mostrar cómo el discurso y los razonamientos explícitos de los participantes y las decisiones de responsabilidad que se toman en la práctica pueden ser racionalizados por esta explicación plural, basada en una división del trabajo institucional como la descripta.

Ya vimos que la reconstrucción más plausible del punto de vista interno es la que enfatiza la bilateralidad. Es decir, las decisiones sobre la obligación de compensar no tienen fundamentos distintos del derecho de la víctima a ser indemnizada. Tampoco el lenguaje consecuencialista referido a los efectos sobre los incentivos de los agentes tiene un lugar preponderante en los argumentos expresados en las sentencias, y más importante aun es que la mayoría de los casos no pueden ser reconstruidos como la aplicación de un razonamiento económico (VI.1).

Esta crítica no se basa en negar la validez de la distinción entre los fundamentos de la compensación y los fundamentos de la responsabilidad. Richard WRIGHT señala que esta distinción no toma en serio el concepto de derecho individual. En su opinión, a diferencia de una mera expresión de necesidad, un derecho siempre está dirigido a alguna persona (o grupo de personas). La correlatividad entre el derecho y el deber es analítica, «ya que no existe algo así como un derecho “en el aire”, válido en contra de nadie, o un deber “en el aire”, que no se le debe a nadie»³²⁴. Me parece que esta objeción no acierta en el blanco. Uno puede reconocer que conceptualmente todo derecho individual está correlacionado con *alguna* obligación. Pero de ahí no se sigue que los fundamentos de la compensación sean los mismos que los fundamentos de la responsabilidad, dado que un derecho necesariamente requiere que alguien esté obligado, pero *la responsabilidad no requiere que alguien tenga un derecho*. Los individuos pueden ser responsables por sus actos negligentes, aunque ningún individuo tenga un derecho a ser indemnizado. Pensemos en el caso de la culpa inocua. La comunidad podría imponer a los agentes negligentes la obligación de contribuir con una suma de dinero a un fondo común de compensación para las víctimas inocentes. Sin embargo, esta responsabilidad tiene un fundamento distinto, no correlativo con el derecho de ninguna de las personas expuestas al riesgo generado por el agente culpable. Bien señala WRIGHT que el derecho a ser compensado supone que alguien debe satisfacerlo. Aunque la obligación de compensar no corresponda al agente dañador, necesariamente lo que fundamenta este derecho fundamenta el deber de aquél a quien corresponda indemnizar. No obstante,

³²⁴ WRIGHT, 1992: 667.

a la inversa el razonamiento no funciona. Es analíticamente posible sostener que Axileas debe soportar el coste que impuso a Xenofonte, por ejemplo, debiendo pagar una multa al Estado, pero que Xenofonte no tiene derecho a ser compensado por el daño que sufrió. Sin duda, un sistema de estas características sería extraño, pero conceptualmente posible. Pensemos en una versión opuesta al sistema neozelandés. En lugar de que las víctimas tengan derecho a cobrar del Estado cada vez que sufren determinados daños, el Estado cobraría a los agentes negligentes el monto del daño que causan a las víctimas inocentes. Así, no siempre que se afirma que un individuo es responsable por un daño puede sostenerse que la víctima tiene derecho a ser indemnizada. Si un sistema como este es concebible, la distinción entre los fundamentos de la compensación y los fundamentos de la responsabilidad se sostiene.

En síntesis, la crítica que he formulado no consiste en negar que sea posible distinguir los fundamentos de la compensación y los fundamentos de la reparación. El punto central de mi objeción es que si la explicación ha de ser interna debe prestar atención al contenido de los conceptos que se emplean en la práctica, y al modo en que están relacionados. El análisis conceptual del discurso de los participantes muestra que las razones que justifican un derecho a ser indemnizado son indistinguibles de las que justifican imponer el deber de reparar al agente dañador. Por ello, afirmar que Axileas tiene el deber de compensar a Xenofonte es equivalente a afirmar que Xenofonte tiene derecho a ser compensado por Axileas. Esta relación entre la víctima y el agente dañador es el punto de partida para comprender la responsabilidad extracontractual. Ello no impide reconocer que la práctica podría haber sido diferente. De ahí que la distinción de COLEMAN sea plausible en términos analíticos. Pero si deseamos comprender las prácticas actuales tomando en consideración el punto de vista interno, esta distinción y todo lo que se sigue de ella no pueden tener ninguna relevancia teórica. Una vez que se rechaza que esta distinción tenga lugar en la explicación, la concepción anuladora pierde todo poder explicativo.

2.2-La concepción anuladora y las razones para la acción

El desajuste con la práctica es razón suficiente para negar que la concepción anuladora pueda brindar una buena explicación de la responsabilidad extracontractual que refleje el punto de vista de los participantes. Sin embargo, fue la crítica que analizaré en este apartado la que convenció a COLEMAN de abandonar su postura. Ella consiste en señalar que la concepción anuladora ofrece una descripción de la justicia correctiva indistinguible de la justicia distributiva. El teórico, entonces, debe rechazar la distinción aristotélica basada en la existencia de dos formas de justicia conceptualmente independientes o, para seguir sosteniendo la distinción, formular una nueva versión

de la justicia correctiva. COLEMAN optó por esta segunda alternativa, lo que dio origen a la denominada concepción mixta³²⁵.

El argumento, elaborado por Stephen PERRY, comienza observando que las exigencias de la concepción anuladora —que las pérdidas y las ganancias injustas sean eliminadas— solo generan razones para actuar *neutrales al agente*, por lo que en principio son aplicables a todos los miembros de la comunidad. En cambio, una concepción de la justicia correctiva que insista en la correlatividad —es decir, en que el derecho de la víctima a ser indemnizada está conceptualmente vinculado con el deber del agente dañador de compensar la pérdida— genera necesariamente razones para la acción *relativas al agente*³²⁶. Si las razones neutras a los agentes pueden justificar la existencia de una verdadera obligación, por definición, no se trata de la obligación de ningún individuo en particular, determinado o determinable. Entonces, no hay otra alternativa más que considerar que se trata de obligaciones de la comunidad en su conjunto. Por ello, desde la perspectiva de la concepción anuladora, la eliminación de las pérdidas injustas es una responsabilidad social³²⁷, y en este sentido no se diferencia de la justicia distributiva. En el apartado 3 del capítulo VIII³²⁸ sostuve que la compensación de los daños que sufren las víctimas inocentes podrían ser objeto de la justicia distributiva, pero no es necesario que lo sean. Según la concepción anuladora, en cambio, todos los daños injustamente sufridos son un problema de la sociedad. En este esquema no existe una división entre los problemas de los individuos y los de la comunidad, por lo tanto, es imposible reconocer alguna diferencia entre la justicia correctiva y la justicia distributiva.

Asimismo, puede apreciarse el problema cuando se analiza la función de los principios morales en el razonamiento práctico de los individuos. En el discurso moral habitual, los principios y las categorías morales nos sirven para evaluar las acciones o los estados del mundo. Así, por ejemplo, a la luz de nuestros principios morales afirmamos que un mundo en el cual un tercio de la población está hambrienta es un mundo indeseable o injusto; a su vez, también decimos que ciertas acciones son correctas o incorrectas. Ahora bien, formar un juicio de que una determinada acción es incorrecta debería motivarnos a generar otro juicio cuyo contenido está dado por el *deber* de evitarla. Reconocemos que el hecho de que una acción sea incorrecta nos brinda razones para no realizar la acción en cuestión. Del mismo modo, el juicio de que un determinado estado del mundo es injusto o indeseable debería motivarnos a formar otro juicio según el cual *debemos* hacer algo al respecto. Nótese que estas categorías o principios que empleamos en nuestros

³²⁵ COLEMAN, 1992c.

³²⁶ PERRY, 1992: 387 y 390. En la nota al pie 47, reconoce a RAZ haber presentado de esta manera la diferencia entre la justicia correctiva y la justicia distributiva.

³²⁷ PERRY, 1992: 396.

³²⁸ Véase en especial la nota 300.

juicios evaluativos también guían nuestra conducta, nos imponen razones para actuar. En el caso de la concepción anuladora las razones que nos impone son idénticas a las que nos impone la justicia distributiva. La concepción anuladora solo requiere que cierto estado del mundo sea concretado, y ello no brinda una razón para la acción a nadie en particular³²⁹. Al distinguir los fundamentos de la compensación de los fundamentos de la reparación, la concepción anuladora trata todos los daños como problemas comunes. Cuando Axileas causa una pérdida económica a Xenofonte mediante una acción negligente, la pregunta que se formula la concepción anuladora es: ¿cómo *debemos* rectificar esta pérdida injusta? Y este es el mismo tipo de pregunta que nos haríamos si tuviésemos que recaudar fondos para una obra pública. En síntesis, dado que la concepción anuladora funciona en el razonamiento práctico de idéntica manera que la justicia distributiva, no es posible sostener que se trata de dos principios diferentes.

Teniendo esto en cuenta, ¿cómo pudo COLEMAN pensar que la concepción anuladora era un principio distinto de la justicia correctiva? Para responder esta pregunta debe analizarse cómo interpretaba la relación entre la justicia correctiva y la justicia distributiva. La concepción anuladora es una cuestión de rectificación, y ella es exigida por la justicia cuando resulta necesaria a fin de proteger una distribución de recursos (o derechos) de las distorsiones que producen el enriquecimiento injusto y las pérdidas injustas³³⁰. Sin embargo, esto no significa que la justicia correctiva requiera para operar que la distribución sea justa. La justicia correctiva es una cuestión de justicia porque rectifica las desviaciones injustas de la distribución de recursos preexistente. La independencia del principio está garantizada, creía COLEMAN, porque la justicia correctiva puede ser legítimamente invocada para restaurar una distribución de recursos que no superaría el test de la justicia distributiva³³¹. En otras palabras, COLEMAN pensaba que la independencia normativa garantizaba una independencia conceptual. Pero esto no es así.

Ya vimos que la independencia conceptual solo se obtiene cuando la justicia correctiva y la justicia distributiva tienen distintos propósitos. La preservación de una determinada asignación corresponde a las instituciones encargadas de implementar la justicia distributiva. Es decir, es razonable que las instituciones distributivas cuenten con mecanismos para lograr la asignación adecuada. Pensemos, por ejemplo, en el caso de Xenofonte que, según las normas de su comunidad, tiene derecho a una pensión por invalidez. Supongamos que, por razones burocráticas, nunca le fue concedida. Un buen día decide demandar al Estado para lograr el cobro de su pensión. Su reclamo estará fundado en la justicia distributiva, no en la justicia correctiva. Xenofonte no invoca que algún funcionario ineficiente, o la administración

³²⁹ Véase COLEMAN, 1992: 309-310.

³³⁰ COLEMAN, 1983: 6.

³³¹ COLEMAN, 1983: 6-7.

pública, lo dañó en una interacción privada injusta. Lo que sostiene es que tiene derecho a la pensión por su estatus como miembro de la comunidad. Pero, ¿qué ocurriría si la distribución de recursos preexistente no fuese perfectamente justa, aunque sí defendible? Digamos que Xenofonte es más rico de lo que debería según la mejor teoría de la justicia distributiva disponible, aunque no es extremadamente rico. ¿Tiene derecho a cobrar la pensión? Si creemos que tiene derecho es porque consideramos que una distribución injusta, aunque no terriblemente injusta, puede ser de todas maneras legítima, y si las instituciones distributivas son legítimas, ellas generan verdaderas razones para la acción. COLEMAN parece inferir que la restauración de una distribución que no es totalmente justa no puede ser una cuestión de justicia distributiva, por lo tanto, debe ser de justicia correctiva. Por ello, infiere una independencia conceptual de una independencia normativa. La clave para entender el problema está en advertir que una distribución legítima es suficiente para justificar cualquier tipo de rectificación, ya sea fundada en la justicia distributiva, como en el caso de la pensión de Xenofonte, o en la justicia correctiva.

3-La concepción relacional

El fracaso de la concepción anuladora tiene el mismo origen que el de la explicación económica: ninguna de estas teorías es capaz de dar cuenta de la correlatividad del derecho a ser compensado y el deber de reparar. Ernest WEINRIB es el autor que más ha insistido en señalar que la correlatividad es una característica esencial del derecho de daños, que no puede ser objeto de una explicación *ad-boc* como si se tratase de un elemento secundario. La versión más refinada de su teoría está expuesta en *The Idea of Private Law*³³², trabajo en el que basaré mi exposición.

La teoría de WEINRIB se compone de tres tesis fundamentales. La primera es una tesis sobre la naturaleza del derecho y, como corolario, sobre la metodología adecuada para estudiarlo. Reaccionando enérgicamente contra las posiciones instrumentalistas, hoy dominantes, WEINRIB cree que el derecho exhibe una racionalidad inmanente. De allí que su estudio deba ser encarado a partir de la estructura subyacente de las relaciones jurídicas que establece. En el caso de la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, la estructura de la relación entre el agente dañador y la víctima nos permite acceder a la racionalidad del derecho de daños. La segunda tesis postula que la justicia correctiva aristotélica —en realidad, la interpretación preferida por WEINRIB— explica la estructura de la justificación propia del derecho de daños. Los reclamos de la víctima dirigidos a obtener una compensación, las excepciones alegadas por el agente dañador y los argumentos de los jueces al decidir los casos que se les presentan exhiben un patrón justificatorio muy particular. La

³³² WEINRIB, 1995.

justicia de la asignación de recursos preexistente, por ejemplo, no tiene lugar en un litigio en el cual una parte busca ser compensada por la otra. Solo algunas consideraciones relacionadas con el monto del daño, la causalidad, las acciones incorrectas, etcétera, cumplen una función relevante en el razonamiento práctico de los participantes. La inteligibilidad de este discurso es posible cuando se explicita el patrón de inferencias subyacente, dado por la justicia correctiva. Finalmente, la tercera tesis intenta dotar de un fundamento normativo a la estructura identificada por ARISTÓTELES. La forma de la responsabilidad extracontractual es explicada por el principio de justicia correctiva, que a su vez obtiene su fuerza normativa del concepto kantiano de derecho. Esta idea regula la relación de los agentes morales. Así, afirma WEINRIB, la justicia correctiva es el modo adecuado de regular las interacciones entre individuos libres e iguales³³³.

En esta sección me ocuparé de analizar la concepción de la justicia correctiva ofrecida por WEINRIB y el fundamento normativo que encuentra en la idea de derecho kantiano, postergando la discusión de su metodología formalista, y las razones que tengo para rechazarla, hasta la Tercera Parte. Intentaré mostrar que, con independencia de las cuestiones metodológicas, el argumento de WEINRIB es extremadamente lúcido y esclarecedor. En última instancia, construiré mi propia tesis partiendo de algunos de los elementos centrales de esta teoría.

3.1-La estructura bilateral de la justicia correctiva

En el apartado VIII.1, expliqué que el ámbito de aplicación de la justicia correctiva son las relaciones privadas. Concretamente, la justicia correctiva rectifica las interacciones injustas, aquellas en las que una de las partes se beneficia a costa de la otra. Para ARISTÓTELES, esta clase de enriquecimiento justifica simultáneamente disminuir los recursos del agente dañador y aumentar los de la víctima. En términos de la responsabilidad extracontractual, el derecho a ser compensado y el deber de indemnizar, ordenados por la justicia correctiva, están justificados porque son dos aspectos de una única operación necesaria para restituir la igualdad entre las partes, igualdad que resulta perturbada por el enriquecimiento injusto. Rechazar esta idea aristotélica es postular que las razones para tomar recursos del agente dañador son diferentes de las razones para darle recursos a la víctima. Esto habilita razonamientos similares a los del AED y la concepción anuladora. Según estos enfoques, el derecho a ser indemnizado y el deber de reparar tienen fundamentos independientes, por lo que uno podría estar justificado sin que lo esté el otro³³⁴.

³³³ WEINRIB, 1995: 18-19.

³³⁴ Véase WEINRIB, 1995: 121-122.

Pero si adoptásemos esta posición, sostiene WEINRIB, no podríamos entender que las partes están vinculadas de manera tal que es un individuo particular quien tiene el deber reparar a otro, y solo éste último quien tiene el derecho de reclamar una compensación al primero. Aún si lográsemos encontrar justificaciones unilaterales aplicables a ambos, algo que el AED no logra mostrar, ¿de qué manera estas consideraciones podrían estar limitadas exclusivamente a las partes del litigio? Cualquiera sea el tipo de explicación deberá responder por qué *este* actor tiene derecho a ser indemnizado por *este* demandado. De lo contrario, siempre podríamos preguntarnos si no existe alguien más, además de la víctima y del agente dañador, en condiciones de satisfacer las razones que justifican el derecho a la compensación o el deber de indemnizar³³⁵.

La justicia correctiva hace inteligible la relación entre las partes porque la tesis de la bilateralidad se proyecta sobre todos los aspectos del derecho de daños. En otras palabras, la concepción relacional de la justicia correctiva tiene un poder explicativo mayor que cualquiera de los principios considerados hasta el momento porque la bilateralidad, el rasgo central del derecho de daños, está en su esencia. De esta forma, la justicia correctiva implica «una concepción bilateral de la interacción que relaciona a quien causa el daño con quien lo sufre; una concepción bilateral de la injusticia como una violación de la igualdad cuantitativa; una concepción bilateral del daño como pérdida del demandante correlativa a la ganancia del demandado; una concepción bilateral del proceso judicial como vindicación de la igualdad cuantitativa de los litigantes; y una concepción bilateral del remedio como anulación de las ganancias y pérdidas correlativas»³³⁶.

Veamos cada elemento por separado. La concepción bilateral de la interacción se plasma en el hecho de que a los efectos de la justicia correctiva una parte, respecto de la otra, es activa y la otra pasiva. La acción del agente dañador y el sufrimiento de la víctima son el mismo evento, solo distinguibles cuando se adoptan diferentes perspectivas. Lo relevante para la justicia correctiva es que una parte haya cometido una injusticia y que la otra la haya sufrido o, lo que es lo mismo, que una parte haya causado un daño y la otra haya sido dañada. Por su parte, la injusticia es una noción bilateral porque la violación de la igualdad cuantitativa o aritmética, mencionada por ARISTÓTELES, supone que alguien se beneficia a costa de otra persona; y esto no puede ocurrir sin que haya dos partes. En este sentido, la injusticia es bilateral por definición. Recuérdese que luego de una interacción injusta, la diferencia entre lo que la víctima tenía antes de la interacción y lo que tiene luego coincide con la diferencia entre lo que el agente dañador tenía y lo que tiene. Por esta razón, la alteración de la igualdad conecta siempre a dos individuos, aquel que se beneficia de esa desigualdad con aquel que se perjudica.

³³⁵ Véase WEINRIB, 1995: 63-64.

³³⁶ WEINRIB: 1995: 65-66.

También resulta fácil apreciar que el litigio entablado por la víctima contra el agente dañador preserva la estructura bilateral. Siendo correlativos los derechos y los deberes en cuestión, ninguna persona distinta de la víctima tendrá derecho a ser compensada y nadie distinto del agente dañador tendrá el deber de compensar. No debe sorprendernos, entonces, que nadie más que ellos participe en el proceso judicial. Los terceros carecen de legitimidad porque la injusticia de la interacción solo involucra a sus participantes. De igual manera, las pérdidas y las ganancias injustas son correlativas y equivalentes para la justicia correctiva. Esto se desprende de que, según ARISTÓTELES, una sola operación es capaz de rectificar ambas cosas. Tomar una suma del agente dañador y entregársela a la víctima solo podría rectificar las pérdidas y ganancias injustas si ellas fuesen equivalentes, y parece ser el caso que para la justicia correctiva siempre lo son porque no establece otro remedio.

Los detractores de la concepción relacional apuntan a este aspecto de la justicia correctiva para argumentar que carece de poder explicativo. Ello es así porque, en la responsabilidad extracontractual, las pérdidas y las ganancias de las partes rara vez coinciden. Únicamente son equivalentes en los casos de restitución, cuando una parte se apropia de los recursos de la otra, pero no cuando los destruye. Más adelante analizaré cómo puede interpretarse la equivalencia de las pérdidas y ganancias injustas para mostrar que la práctica del derecho de daños se ajusta a la justicia correctiva. Por ahora quedémonos con que, a los efectos de comprender la justicia correctiva, dado que las pérdidas y las ganancias son correlativas y equivalentes, los remedios indemnizatorios son bilaterales. La eliminación de la pérdida de la víctima supone a la vez eliminar la ganancia del agente dañador. Para los partidarios del AED ambas cosas pueden lograrse por medios diferentes, pero debe tenerse presente que la justicia correctiva ordena que la rectificación tenga lugar tomando del agente dañador para compensar a la víctima. Por ello, el remedio es perfectamente bilateral.

En rigor, la bilateralidad que WEINRIB proyecta sobre los distintos elementos de la justicia correctiva no puede ser rechazada, si se acepta su caracterización, porque su análisis es *a priori*. La justicia correctiva tiene el propósito de rectificar el aprovechamiento de un individuo a costa de otro. Por una parte, la justicia correctiva se encarga de las interacciones injustas, que suponen un aprovechamiento del agente dañador a costa de la víctima. El aprovechamiento es en sí mismo un concepto bilateral, ya que involucra a dos individuos: uno activo y otro pasivo; aquel que se aprovecha y aquél de quien se aprovechan. Por otra parte, la justicia correctiva se encarga de las interacciones injustas rectificándolas. La rectificación, sin embargo, tiene un contenido particular. Consiste en tomar del agente dañador el beneficio que obtuvo a fin de restituir a la víctima la pérdida que sufrió. Una misma operación priva al agente del beneficio injusto y elimina la pérdida injusta de la

víctima. La rectificación, entonces, también es un concepto bilateral. Por supuesto, si la justicia correctiva se encarga de rectificar las interacciones injustas y tanto las ideas de *rectificación* y de *injusticia* son *bilaterales*, la noción de interacción será bilateral, al igual que los remedios indemnizatorios, el litigio y todo lo que tenga que ver con implementar la justicia correctiva.

El modo de mostrar que el análisis es *a priori* es tomando dos proposiciones que sean indiscutiblemente verdaderas, y centrales, respecto de la justicia correctiva y derivando todas las demás a partir de ellas. Por razones de claridad, elaboraré el análisis a partir de un caso particular. Nótese que de la proposición ‘Axileas se aprovechó a costa de Xenofonte’, puede derivarse: ‘Axileas se enriqueció’, ‘Xenofonte se empobreció’, ‘Axileas causó un daño a Xenofonte’, ‘Xenofonte sufrió un daño a manos de Axileas’, ‘Axileas cometió una injusticia’, ‘Xenofonte sufrió una injusticia’, entre otras. La primera proposición hace que todas estas sean verdaderas. La bilateralidad sería falsa si cualquiera de las proposiciones mencionadas lo fuese. Asimismo, es conceptualmente necesario que cada vez que se produce un aprovechamiento a costa de otro, la igualdad aritmética resulte alterada. Si esto es verdad, bastaría señalar que la noción de injusticia es bilateral para afirmar simultáneamente que la interacción, el daño que sufre la víctima y el beneficio que obtiene el agente dañador son bilaterales.

La segunda proposición que analizaré es: ‘la interacción injusta entre Axileas y Xenofonte debe ser rectificada tomando del primero su ganancia y entregándosela al segundo’. De esta proposición se sigue que la rectificación de la ganancia injusta supone la rectificación de la pérdida injusta. Esto a su vez nos permite inferir que las pérdidas y las ganancias son equivalentes, de lo contrario una sola operación no rectificaría ambas cosas. Por último, también puede derivarse que el litigio debe limitarse a Axileas y Xenofonte. Ello es así porque Axileas no se aprovechó de nadie más que de Xenofonte y, por lo tanto, Xenofonte no puede reclamar a nadie más. Este hecho garantiza el lugar de Axileas en el litigio. Además, nadie más que Xenofonte sufrió el aprovechamiento de Axileas, lo que garantiza el lugar de Xenofonte en el litigio. Así, solo las partes de la interacción tienen legitimidad según la justicia correctiva de participar en el proceso judicial.

Resumiendo, las dos proposiciones que constituyen la definición de justicia correctiva aristotélica permiten derivar *a priori* la bilateralidad de todos los elementos de la justicia correctiva. La primera proposición que se refiere a las interacciones injustas permite derivar que las interacciones de la justicia correctiva, el concepto de injusticia y las pérdidas y las ganancias son bilaterales. La segunda proposición referida a la rectificación permite derivar que el litigio y los remedios indemnizatorios son conceptos bilaterales y que las pérdidas y las ganancias no solo son correlativas sino también equivalentes.

Este análisis pretende mostrar que la bilateralidad de la justicia correctiva no es casualidad en el esquema de WEINRIB: es una verdad conceptual. Esto significa que la bilateralidad no es un patrón que se repite invariablemente en cada elemento de la justicia correctiva; en realidad se trata de un único elemento bilateral, observado desde distintas perspectivas. La concepción relacional de la justicia correctiva, que consiste en un modo particular de rectificar el aprovechamiento de un individuo a costa de otro, puede observarse desde el punto de vista de la interacción, de la igualdad entre las partes (o la injusticia de la desigualdad), de las ganancias y las pérdidas, de los derechos y deberes que genera o de la estructura del litigio.

A la vez creo que el análisis revela por qué al leer los trabajos de WEINRIB uno encuentra un razonamiento perfectamente consistente, sólido y profundo³³⁷. Puede estar equivocado en cuanto a su metodología formalista, y creo que lo está, puede que su concepción de la justicia correctiva no dé cuenta perfectamente de la responsabilidad extracontractual, pero no puede negarse que sus argumentos ofrecen un aparato conceptual muy valioso. El obstáculo más importante que debe sortear la concepción relacional para dar cuenta del derecho de daños es la objeción referida a que en el derecho de daños las pérdidas y las ganancias injustas no son necesariamente equivalentes. Este es un rasgo esencial de la justicia correctiva. En concreto, se deriva de la naturaleza bilateral de la rectificación. Si este rasgo no tiene lugar en la responsabilidad extracontractual difícilmente la justicia correctiva puede ser una buena explicación del fenómeno. Antes de tratar esta cuestión, es conveniente exponer cuál es la relación de la justicia correctiva con la idea kantiana de derecho.

3.2-La fuerza normativa de la justicia correctiva

En su momento he señalado que para ARISTÓTELES la justicia es fundamentalmente una cuestión de igualdad. Las dos formas de justicia que él identifica suponen dos nociones de igualdad diferentes. La justicia distributiva trata a los individuos como iguales cuando les asigna una cuota del objeto de la distribución proporcional a su mérito. Esto puede resultar en que las personas reciban porciones de recursos desiguales, pero ello no implica todavía un trato desigual. La igualdad o desigualdad de trato debe evaluarse a la luz del criterio distributivo. Los individuos serán tratados de modo desigual cuando algunos tengan más de lo que les corresponde según su mérito y otros tengan menos. En cambio, la justicia correctiva expresa una igualdad transaccional en términos absolutos. La justicia trata a las partes como iguales cuando excluye como relevante toda consideración distinta de la naturaleza del daño. ARISTÓTELES no dice mucho más que esto, por lo que es legítimo preguntarse qué sentido tiene *hacer justicia entre las partes* prescin-

³³⁷ Para una opinión contraria, véase WRIGHT, 1992: 644-664.

diendo de las partes, es decir, observando solo el perjuicio y el carácter de la interacción. ¿Por qué es necesario que el juez se abstraiga de todas las características y circunstancias personales de los individuos para hacer justicia?

Evidentemente la justicia correctiva debe ignorar la posición o estatus social de cada individuo de las interacciones injustas. Aunque ARISTÓTELES lo haya afirmado expresamente, esto puede inferirse del hecho de que la justicia correctiva es una forma de justicia distinta de la justicia distributiva. Si la justicia correctiva tuviese el propósito de proteger la misma noción de igualdad que la justicia distributiva, las operaciones de una y otra serían imposibles de distinguir, y ambas categorías colapsarían. Para averiguar qué función cumple la abstracción en la estructura justificatoria de la justicia correctiva, dice WEINRIB, debe pensarse qué concepción de las partes resulta necesaria para situarlas en un pie de igualdad en sus relaciones privadas³³⁸.

En opinión de WEINRIB, la solución a este problema exige compatibilizar tres ideas: 1) la idea de igualdad; 2) la abstracción total de las circunstancias particulares; y 3) la correlatividad de la acción con el sufrimiento. La noción kantiana de *derecho* (*Recht*)³³⁹ satisface esta condición. WEINRIB señala que es la expresión jurídica de la agencia humana, cuya principal característica es la capacidad del agente de abstraerse de sus circunstancias particulares, es decir, de no estar determinado por ellas. En la medida en que la interacción tenga lugar entre agentes morales, los individuos serán iguales en cuanto a su capacidad de autodeterminación, que es definitoria de la agencia humana³⁴⁰.

³³⁸ WEINRIB, 1995: 76-80.

³³⁹ Pese a que el resultado es insatisfactorio, utilizo la palabra «*derecho*» como traducción de *Right* (o *Recht* en alemán) por no encontrar una que sea más adecuada en castellano. KANT emplea la noción de derecho (*Recht*) de muchas maneras diferentes. WEINRIB no se detiene en las distinciones, pero ellas son importantes. La palabra *Recht*, como sustantivo, puede referir a las *acciones* capaces de coexistir con la libertad de otros de acuerdo con una ley universal. En segundo lugar, puede referir a los distintos *derechos individuales* como, por ejemplo, la propiedad o la integridad física. Por último, puede estar refiriéndose al *sistema de normas* que determina las dos categorías anteriores. A la vez, *Recht* es empleado como adjetivo para significar que algo es conforme a una regla, pero algunas veces recibe un uso más específico y se refiere a la conformidad con las normas que hacen posible la coexistencia de la libertad de todos. Véase MULHOLLAND, 1990: 1-10. Tal como interpreto la reconstrucción de WEINRIB, la idea de *derecho* tiene que ver principalmente con la regulación de las interacciones de los agentes morales. En este sentido, da lugar a dos acepciones de *derecho*. En la primera, se trata un sistema en el cual las libertades de los individuos pueden coexistir, limitándose mutuamente. La segunda acepción se refiere a los derechos y los deberes correlativos determinados por este esquema. Metafóricamente hablando, estos delimitan las esferas normativas de los individuos, dentro de las cuales pueden perseguir sus fines.

³⁴⁰ Para KANT las personas son agentes morales. De esto se sigue que deben ser capaces de actuar solo sobre la base de sus propios razonamientos. Esto los diferencia de otros agentes no racionales, como los animales, que actúan (es decir, que ejercen sus poderes causales sobre el mundo) simplemente por estímulos. Lo distintivo de la agencia humana es la habilidad de actuar por razones. Véase SULLIVAN, 1989: 24-25.

Según la teoría jurídica kantiana, el derecho privado regula las interacciones del agente dañador y de la víctima en términos respetuosos de su *igual estatus moral como agentes* que se autodeterminan³⁴¹.

La igualdad de la justicia distributiva, que requería evaluar el estatus de los individuos como miembros de su comunidad, puede contraponerse con la igualdad de la justicia correctiva que evalúa el estatus de los individuos como agentes morales con capacidad intencional. WEINRIB encuentra un paralelismo en las teorías de ARISTÓTELES y KANT. Cada uno de los elementos mencionados en el párrafo anterior se corresponde con una de las características del concepto kantiano de *derecho*. La abstracción de las circunstancias particulares se refleja en lo que KANT denominó «libertad negativa», dada por la capacidad de los individuos de superar sus inclinaciones y sus circunstancias. La igualdad se corresponde con la irrelevancia normativa de los deseos, las habilidades y, entre otras cosas, las contingencias de cada uno a los fines de la agencia moral. Finalmente, la correlatividad de la acción con el sufrimiento expresa la necesidad normativa de que los actos de los individuos sean capaces de coexistir moralmente con el sufrimiento que causan³⁴².

Debido a estas similitudes, WEINRIB sostiene que la teoría kantiana difiere de la aristotélica en su exposición, no en su sustancia. El análisis de KANT está articulado a partir de la agencia humana y el de ARISTÓTELES a partir de la estructura de la interacción. Para KANT el fundamento de la justicia correctiva se halla en la intención libre de la actividad autodeterminada. Esta interpretación postula que la igualdad de la justicia correctiva es la de los agentes morales en sus relaciones mutuas. La noción kantiana de *derecho* delimita un área de permisibilidad dentro de la cual los individuos pueden perseguir cualquier propósito compatible con la agencia de los demás. En este sentido, limita las acciones intencionales para salvaguardar la propia idea de libertad. El *derecho* establece una intermediación entre la conducta de un agente y el sufrimiento de las consecuencias por parte de otro. Como todas las partes de la relación son igualmente libres, las acciones de cada uno deben ser compatibles con las libertades del resto. El principio de *derecho* exige que las acciones de los individuos puedan coexistir con las libertades de otros³⁴³.

NOZICK expresó gráficamente ideas como estas en términos del *espacio moral* de los individuos. Con esto quería referirse al área de permisibilidad delimitada por los derechos naturales de cada uno³⁴⁴. El espacio moral establece

³⁴¹ WEINRIB, 1995: 81-82. La completa autodeterminación de los individuos se cristaliza en la idea de autonomía, que se relaciona con nuestra capacidad de actuar exclusivamente sobre la base de razones. Una de las formas del imperativo categórico ordena a los individuos actuar autónomamente. Véase SULLIVAN: 46-49 y 80.

³⁴² WEINRIB, 1995: 82.

³⁴³ WEINRIB, 1995: 97-98.

³⁴⁴ NOZICK, 1974: 57.

un límite a las acciones libres de los demás. Los individuos son tratados como iguales en la medida en que todas las agencias intencionales tienen el mismo valor. Los propósitos de cada persona no son juzgados cuando las acciones tienen lugar dentro de los límites establecidos por la agencia del otro. Cuando la acción de un individuo invade el espacio moral de otra persona, la primera agencia prevalece sobre la segunda, y esto constituye una desigualdad que debe ser rectificada por la justicia correctiva. Es decir, la realización de una acción que no puede coexistir con la libertad ajena es lo que ARISTÓTELES identificaba con el aprovechamiento a costa de otro. Por supuesto, la delimitación del espacio moral es esencialmente normativa. Por ello, la convivencia pacífica y ordenada, en la que no existen trasgresiones de una voluntad sobre otra, es una situación de perfecto equilibrio normativo. Los actos que vulneran los derechos de otros, los típicos actos de los que se ocupa la justicia correctiva, perturban este equilibrio y la igualdad de los agentes morales. En estos casos, la justicia correctiva ordena que el equilibrio normativo sea restaurado.

De acuerdo con esta concepción, los derechos implican siempre un deber correlativo. Decir que la conducta de Axileas está limitada por los derechos de Xenofonte es equivalente a afirmar que la conducta de Axileas está restringida por los deberes que tiene respecto de Xenofonte. Los derechos en el enfoque kantiano también suponen la facultad de imponer a otros la obligación de respetarlos. Esto es lo que permite a los individuos controlar su vida y ser responsables por el resultado de sus decisiones. Si los derechos no fuesen coercitivos, la suerte de las personas quedaría sujeta a otras voluntades y ello destruiría la idea de agencia³⁴⁵. Las normas que regulan las relaciones externas de los individuos pueden ser analizadas desde la perspectiva de los derechos o de los deberes. En cualquier caso, el objeto de estudio es el mismo, a saber, un esquema que ordena las interacciones de los individuos delimitando el espacio moral de cada uno.

La dilucidación del concepto kantiano de *derecho* cumple dos funciones en la teoría de WEINRIB. En primer lugar esclarece cuál es la igualdad que protege la justicia correctiva. Es la igualdad de todas las personas como agentes morales. Los actos violatorios de derechos constituyen una invasión del espacio moral de la víctima y una extralimitación del agente dañador, que obra más allá de su propio espacio. La rectificación es necesaria para restablecer el equilibrio normativo que antes existía. La segunda función es ubicar el fundamento normativo de la justicia correctiva en la idea de agencia autodeterminada³⁴⁶. Recién ahora estamos en condiciones de explicar el argumento que esgrime WEINRIB para sostener que en las interacciones injustas las ganancias y las pérdidas son siempre equivalentes.

³⁴⁵ MULHOLLAND, 1990: 8.

³⁴⁶ WEINRIB, 1995: 114.

3.3-El remedio indemnizatorio y la equivalencia entre las pérdidas y las ganancias injustas

3.3.1-Correlatividad y equivalencia

La objeción más común contra la capacidad explicativa de la concepción aristotélica de la justicia correctiva tiene que ver con la equivalencia de las pérdidas y las ganancias injustas. Según ARISTÓTELES, el juez restaura la igualdad entre las partes mediante una única operación en la que toma la ganancia del agente dañador y la entrega a la víctima. De esta manera se neutralizan las injusticias de la interacción. La posibilidad de eliminar la pérdida injusta entregando a la víctima la ganancia injusta que obtuvo el agente dañador presupone una equivalencia entre ambas que casi nunca se da en la responsabilidad extracontractual. Como usualmente se apunta, si la existencia de los derechos y deberes correlativos de las partes está vinculada con que las pérdidas y las ganancias injustas sean equivalentes, la justicia correctiva de ARISTÓTELES solamente puede explicar la estructura de derechos y deberes en los casos de pura restitución³⁴⁷, es decir, aquellos en los

³⁴⁷ PERRY, 1992b: 457-458. En opinión de PERRY, el derecho moderno distingue entre los principios que regulan la reparación de daños, los que regulan la rectificación del beneficio injusto y los que se ocupan de las transacciones voluntarias (los contratos). Así, puede distinguirse un sentido estricto de justicia correctiva, que abarca solo los principios compensatorios, y un sentido amplio, más fiel a las ideas de ARISTÓTELES, que incluye los tres principios. Aunque se adopte una noción estricta de justicia correctiva, la labor teórica consiste en explicar cómo los principios compensatorios, que ordenan la reparación de daños, pueden articular derechos y deberes correlativos, algo que resulta necesario para explicar la responsabilidad extracontractual. Recuérdese que de no lograr este objetivo, la teoría quedaría expuesta a todas las objeciones dirigidas contra la concepción anuladora. La solución particular de PERRY en el trabajo citado es concebir la responsabilidad extracontractual como un esquema de distribución local, es decir, limitado a los individuos que son *responsables por el resultado*, entre los que puede estar la víctima. La responsabilidad por resultado, o responsabilidad causal, se funda en la idea de que las consecuencias de una acción pertenecen a su autor. De alguna manera los agentes dejan su marca en el mundo con sus acciones y, en este sentido, son responsables por los resultados que producen. La responsabilidad extracontractual, entonces, redistribuye el daño entre los agentes que forman parte del grupo causalmente responsable por el resultado. Esta teoría asume que la causalidad es un problema de naturaleza recíproca (III.2) y, por ello, el agente dañador y la víctima están a menudo igualmente vinculados con el daño. Pero entre aquellos igualmente vinculados, el derecho de daños emprende una indagación moral. El principio de culpa (del cual es derivable la responsabilidad objetiva), suele ser una excelente razón para adjudicar el daño, sobre todo cuando se debe decidir entre dejar la pérdida sobre la víctima inocente o trasladarla al agente dañador. El derecho de daños impone el deber de compensar a quien, perteneciendo al grupo de agentes vinculados con el daño, obró con culpa. Si nadie obró con culpa, la víctima debe soportar la pérdida. El sistema es de distribución *local* porque no incluye como posibles responsables a todos los agentes que realizaron acciones incorrectas, sino solo a aquellos que están causalmente vinculados con la pérdida de la víctima. De esta manera, PERRY logra

que una parte se apropia de un bien de la otra, pero no los casos que involucran la destrucción de la propiedad. Si Axileas toma un bien de Xenofonte, la restitución elimina la pérdida injusta de este último y también la ganancia injusta de primero. En cambio, si Axileas destruye negligentemente un bien de Xenofonte, la obligación de compensar el daño solo rectifica la pérdida injusta, aunque no afecta ninguna ganancia, salvo que Axileas haya obtenido algún beneficio de su acto. Pero incluso en este supuesto es una cuestión contingente, no necesaria como parece suponer ARISTÓTELES, que el beneficio obtenido sea equivalente al perjuicio causado.

Esto significa que la justicia correctiva solo será aplicable en aquellos pocos casos en los que: a) el agente dañador obtenga un beneficio mediante la acción que causa un daño a la víctima; y b) el beneficio obtenido por el agente dañador sea equivalente al perjuicio sufrido por la víctima. Los demás casos no serán objeto de justicia correctiva. Sin embargo, ARISTÓTELES los incluye en el ámbito de aplicación del principio, razón por la cual algunos autores sostienen que su teoría es inconsistente³⁴⁸.

Dicho brevemente, ARISTÓTELES realiza dos afirmaciones que parecen ser conjuntamente insostenibles. Por un lado considera que la justicia correctiva abarca, entre otros, los casos de daños causados por negligencia o por intención; hasta aquí no hay problema. Lo que causa la perplejidad de los teóricos es que ARISTÓTELES también sostiene que en los casos que interesan a la justicia correctiva las pérdidas de la víctima y las ganancias del agente dañador son correlativas y equivalentes. A pesar de esto, es fácil imaginar casos de responsabilidad extracontractual en los cuales la correlatividad y la equivalencia no están presentes. Por ello, o bien la justicia correctiva solo abarca *algunos* casos de responsabilidad extracontractual o bien, si todos son abarcados por este principio, las pérdidas y las ganancias de las que se ocupa no son necesariamente correlativas y equivalentes. Esto, no obstante, socava completamente la concepción aristotélica, ya que no siendo correlativas y equivalentes, no puede ser el caso que una única operación en la que el juez toma una suma del agente dañador para otorgársela a la víctima elimine simultáneamente ambas injusticias y restaure la igualdad entre las partes.

Para ver exactamente cuán grave es esta objeción para ARISTÓTELES, me gustaría enfatizar la distinción empleada en los párrafos anteriores. Me refiero a la distinción entre la correlatividad y la equivalencia de las pérdidas y las ganancias injustas. La correlatividad implica que existe una vinculación conceptual entre las pérdidas y las ganancias, de modo que no resulta posible concebir unas sin las otras. No obstante, la mera vinculación no supone que exista equivalencia. Es plausible sostener la tesis de la correlatividad, según la

explicar cómo un sistema basado en principios compensatorios puede generar razones para la acción relativas al agente.

³⁴⁸ NEYERS, 1998: 321.

cual cada vez que alguien sufre un daño el agente dañador obtiene un beneficio, sin sostener que la magnitud de la pérdida sea necesariamente equivalente a la magnitud de la ganancia. A la vez, la correlatividad también puede ser negada, y ello no implica negar la posibilidad de que se produzcan ganancias y pérdidas injustas en una misma interacción, sino solo que estén conceptualmente relacionadas.

Entonces, lo único que se requiere para falsear la tesis aristotélica es mostrar que en nuestro entendimiento de la práctica existen casos que no involucran ganancias y pérdidas correlativas y/o equivalentes; y esto no parece muy difícil de lograr. Piénsese en los casos de automovilistas negligentes. Un argumento a favor de la correlatividad y de la equivalencia debería incluir dentro de la ganancia del agente dañador el ahorro de costes que supone la conducta culpable. De esta forma, si pudiésemos cuantificar el coste de frenar en todos los semáforos, de mirar por el espejo retrovisor regularmente, de no cambiar de carril imprevisiblemente cada vez que se hace un hueco en el tránsito, etcétera, descontando los riesgos que asume el propio automovilista de sufrir pérdidas debido a un accidente, obtendríamos el beneficio neto de conducir de manera negligente. No obstante, estos beneficios no tienen por qué ser necesariamente equivalentes a los perjuicios causados por la negligencia. Una acción ligeramente negligente puede causar daños de gran magnitud, y acciones gravemente culposas pueden resultar en daños mínimos. Esto sería suficiente para rechazar la concepción aristotélica. Pero la objeción va más allá. Las acciones negligentes no solo podrían producir daños mínimos, sino que también podrían resultar inocuas. Esto indica que, en realidad, el automovilista recibe los beneficios de su acción incorrecta con independencia de que se produzca el daño. Independientemente de que la víctima sufra un perjuicio por la acción culpable del conductor, éste ahorra los costes de las medidas precautorias que debió adoptar. Por todo ello, en los casos de negligencia ni siquiera existe una verdadera conexión entre las ganancias y las pérdidas injustas. Es decir, aunque se considere que un actor negligente siempre obtiene algún beneficio de su actividad dado por el ahorro de los costes de la precaución, un supuesto discutible, sus ganancias no están vinculadas conceptualmente con las pérdidas que produce, ya que es posible apreciar el beneficio del actor negligente sin considerar a la vez la pérdida de ninguna víctima.

En definitiva, la tesis aristotélica no puede dar cuenta de que los agentes dañadores en ocasiones no obtienen ningún beneficio por el daño que causan (por ejemplo, cuando Axileas destruye intencionalmente la vasija de Xenofonte); en otras ocasiones, obtienen ganancias correlativas y equivalentes (por ejemplo, cuando Axileas se apropia de la vasija de Xenofonte); y en otros casos, las ganancias y las pérdidas aun cuando son simultáneas no son correlativas (por ejemplo, cuando Axileas conduce negligentemente y causa un daño a Xenofonte). Todo parece indicar que la estructura de los casos

supuestamente abarcados por la justicia correctiva puede ser mejor descrita por la *tesis de la contingencia*: las ganancias y las pérdidas injustas son contingentemente correlativas y contingentemente equivalentes.

Estas observaciones no afectan a la concepción aristotélica del principio de justicia correctiva, sino a su capacidad explicativa. Si la justicia correctiva exige que se rectifiquen las pérdidas injustas que sean correlativas y equivalentes con las ganancias injustas del agente dañador, siendo verdadera la tesis de la contingencia, la mayoría de los casos del derecho de daños quedarían fuera de su ámbito de aplicación. A pesar de ello, es importante resaltar que la tesis de la contingencia no constituye una explicación del derecho de daños. Se trata únicamente de una descripción adecuada de las relaciones que existen entre las pérdidas y las ganancias injustas que tienen lugar en la práctica tal como la interpretamos. Muchas teorías, como las de COLEMAN o PERRY, presuponen la tesis de la contingencia y elaboran un argumento para explicar la correlatividad entre los derechos y las obligaciones de las partes, que sea independiente de la correlatividad de las pérdidas y las ganancias injustas³⁴⁹. En particular, la concepción mixta, elaborada por COLEMAN, entiende que el propósito de la justicia correctiva no es restablecer el equilibrio entre las partes eliminando en una única operación las ganancias y las pérdidas injustas. Su sentido, en cambio, es imponer el deber de reparar las pérdidas injustas a los agentes que son responsables por ellas. Nótese que los beneficios injustos quedan fuera de su ámbito de aplicación, y por ello la concepción mixta no tiene los problemas de la concepción aristotélica para dar cuenta de que los casos del derecho de daños tienen la estructura especificada por la tesis de la contingencia³⁵⁰.

3.3.2-Pérdidas y ganancias normativas

La estrategia de WEINRIB para defender la tesis original de ARISTÓTELES de estas críticas es reinterpretar lo que debe entenderse por pérdidas y ganancias. No se trata de las pérdidas y ganancias fácticas, dirá WEINRIB, sino de las normativas. Las pérdidas y ganancias fácticas se calculan comparando los estados de las partes previos a la interacción. Quien tiene más de lo que tenía habrá experimentado un beneficio fáctico, quien tiene menos habrá sufrido una pérdida. En cambio, las pérdidas y ganancias normativas tienen que ver con los términos equitativos de interacción. Se calculan comparando lo que uno tiene y lo que debería tener según la operación de esas normas³⁵¹.

³⁴⁹ COLEMAN, 1992; PERRY, 1992b (véase la nota 347).

³⁵⁰ Más adelante, en el punto 4 del capítulo X, elaboraré un argumento para mostrar que en la responsabilidad extracontractual las pérdidas y ganancias injustas son correlativas, y que además serán necesariamente equivalentes. Esto constituirá una defensa de la concepción aristotélica.

³⁵¹ WEINRIB, 1995: 115-116. Para una posición similar, véase GORDLEY, 1995: 138.

La distinción entre pérdidas y ganancias fácticas y normativas permite contemplar casos en los que se da una sin que se dé la otra. Estos casos son cuatro; dos del lado del agente dañador y dos por el lado de la víctima. El agente dañador puede experimentar: a) una ganancia normativa que no está acompañada por una fáctica. Este es el caso en que un individuo destruye la propiedad del otro; b) una ganancia fáctica sin que se verifique una normativa. WEINRIB sugiere que esto ocurriría, por ejemplo, si Xenofonte barre la vereda de Axileas por error. Axileas no deberá nada a Xenofonte, pese a haber obtenido un beneficio. La víctima, por su parte, puede sufrir: c) una pérdida normativa sin sufrir una pérdida fáctica. Estos son los casos en que un individuo ingresa en la propiedad de otro sin su consentimiento y sin causar ningún daño material; d) una pérdida fáctica sin que haya pérdida normativa. El caso de las pérdidas que sufren los empresarios como consecuencia de la competencia leal es un buen ejemplo de esto³⁵².

Para WEINRIB, las pérdidas y ganancias de la justicia correctiva no pueden ser fácticas porque la igualdad que este principio intenta preservar no es la de los recursos de las partes, sino la normativa. Los individuos entran en la interacción como agentes morales, capaces de autodeterminarse, y allí radica su igualdad. Cualquier perturbación de esta igualdad supone que un individuo invade el espacio moral del otro. Cuando esto ocurre, el agente dañador obtiene una ganancia normativa, por superar las restricciones que le imponen los derechos de otros. La víctima, correlativamente, sufre una pérdida normativa en tanto su propia esfera de autonomía ha sido violada. El fenómeno del daño injusto es único desde el punto de vista normativo. Puede ser visto desde la perspectiva del agente dañador, como el incumplimiento de un deber, o desde la perspectiva de la víctima, como la vulneración de un derecho. Las acciones de los individuos deben ser compatibles con la libertad de los demás; es decir, deben respetar los derechos individuales. Por ello, afirmar que alguien tiene un derecho es sostener que otro tiene el deber moral de respetarlo³⁵³.

Debe tenerse presente que, de acuerdo con WEINRIB, el derecho de daños es una estructura justificatoria, y solo las ganancias y las pérdidas injustas tienen un lugar en ella. Los reclamos basados solo en una alteración del bienestar son estériles a los efectos de la responsabilidad extracontractual. El sufrimiento fáctico tal vez podría fundar un derecho o un deber propio de la justicia distributiva. Pero para que genere una razón en el ámbito de la justicia correctiva, la transacción debe ser injusta; y esto solo ocurre cuando el

³⁵² Para estas distinciones, véase WEINRIB, 1995: 116. Criticaré esta posición en el apartado X.4.

³⁵³ WEINRIB, 1995: 122-123.

agente dañador obtiene de la interacción un excedente normativo y la víctima experimenta un déficit. La justicia correctiva ordena rectificar ambas cosas³⁵⁴.

La plausibilidad de este argumento depende de manera crucial de que pueda establecerse un vínculo suficientemente sólido entre el desequilibrio normativo que produce la afectación de un derecho y el deber de indemnizar los daños materiales que sufre la víctima. Si no logra explicar cómo se pasa de la reparación del desequilibrio normativo a la reparación del daño, la concepción relacional será más enigmática que iluminadora. Esta cuestión puede analizarse en términos de derechos y deberes primarios y secundarios. Asumamos que la justicia correctiva tiene el propósito de restaurar la igualdad alterada por la realización de una acción incorrecta. Cada vez que un individuo daña a otro mediante un acto negligente, por ejemplo, vulnera un derecho *primario* de la víctima. Por supuesto, esta afectación a los derechos ajenos está correlacionada con el incumplimiento de los deberes, también primarios, del agente dañador. La situación de equilibrio normativo en la que las acciones de todos son compatibles con la libertad de los demás ha sido alterada. Ante esta eventualidad, la respuesta natural de la responsabilidad extracontractual es otorgar a la víctima un derecho *secundario* a ser indemnizada e imponer al agente dañador el deber *secundario* de pagar una compensación. La pregunta que debe ser inmediatamente respondida es la siguiente: ¿cómo explica la concepción relacional que la violación de los derechos o deberes primarios genere derechos y deberes secundarios de compensación específicamente? ¿Cuál es la relación entre el injusto cometido y la indemnización? ¿Por qué la compensación de la pérdida fáctica es necesaria para reparar la pérdida normativa? Esta es, precisamente, una de las mayores objeciones que ofrece COLEMAN contra la concepción relacional. Considera que esta visión de la justicia correctiva es inaceptable porque ubica la fuerza normativa del deber de reparar en la rectificación de la interacción injusta y no en las pérdidas fácticas que se siguen de la acción incorrecta; por lo tanto, el vínculo entre la eliminación de la injusticia y el remedio indemnizatorio queda sin explicación³⁵⁵. Además, si solo se trata de rectificar la injusticia de la interacción, ¿no resultaría igualmente satisfactoria la imposición de una pena de prisión o multa para el agente dañador combinada con una indemnización provista por un sistema general de seguro que garantice los derechos de la víctima?³⁵⁶ Como ha señalado Martin STONE, en el esquema de WEINRIB el

³⁵⁴ WEINRIB, 1995: 119.

³⁵⁵ Véase COLEMAN, 1992: 320.

³⁵⁶ Este argumento asume que la injusticia del agente dañador puede ser eliminada privándole de su ganancia normativa mediante la imposición de un castigo, y que la injusticia que sufre la víctima puede ser neutralizada restaurando tanto como sea posible la situación en la que se encontraba antes de la interacción injusta. Estos presupuestos pueden rechazarse por razones conceptuales: la ganancia normativa del agente dañador no puede ser eliminada por la imposición de una *nueva* pérdida normativa. El beneficio normativo —no estar sujeto a las normas que regulan las interacciones justas entre agentes libres e iguales— ya fue aprovechado por el agente y no hay modo de eliminarlo. Un análisis

daño solo es relevante en tanto consecuencia de una acción incorrecta, pero no en tanto pérdida que sufre la víctima. Por esta razón, la rectificación de la acción incorrecta no debería requerir en sentido estricto que necesariamente se compense la pérdida. Las sanciones penales podrían ser una respuesta igualmente válida. Esto es coherente con la idea de que las pérdidas materiales carecen de significación moral, como WEINRIB reconoce; el problema es que esto torna inexplicable por qué la realización de la justicia frente a un acto incorrecto exige la reparación del daño fáctico³⁵⁷.

El éxito de esta objeción sería letal para la concepción relacional. Después de todo, una descripción de la justicia correctiva que tiene los mismos problemas que el AED para explicar la relación entre los derechos y deberes primarios y secundarios no parece ser una gran explicación del derecho de daños. La posición de WEINRIB al respecto es que el deber secundario está implicado por el primario. El agente dañador tiene un deber de no dañar a la víctima. Una vez que se produce el daño este deber no se extingue sino que persiste. De lo contrario, cree WEINRIB, causar un *daño* sería el mejor modo de liberarse del deber de *no dañar*, y esto evidentemente es absurdo. Entonces, a fin de respetar el derecho de la víctima se exige que el agente deshaga los efectos sobre el mundo producidos por el incumplimiento de su deber primario. En estas circunstancias, no hay otra manera de honrar los derechos ajenos sino por medio de la compensación. Cuando el daño ha tenido lugar, el deber primario de no dañar permite derivar un deber secundario de indemnizar, ya que solo de esta forma se da sentido a la idea de que el derecho de la víctima subsiste a su vulneración³⁵⁸.

Esta respuesta me parece bastante problemática. A primera vista puede observarse que el lenguaje de los derechos es complejo y lo que significa tener un derecho no nos permite derivar necesariamente un derecho secundario a la reparación³⁵⁹. Afirmar que Xenofonte tiene derecho a no ser dañado por Axileas podría implicar alguna de las siguientes afirmaciones, o todas ellas: 1) que Axileas tiene el deber de no dañar a Xenofonte; 2) que Xenofonte tiene además la facultad de tomar medidas para evitar ser dañado; 3) que Xenofonte puede incluso solicitar la protección del Estado para que su derecho sea protegido; 4) que Xenofonte tiene la facultad de reclamar al Estado o a un tercero una compensación cada vez que Axileas le ocasiona un daño (y que el Estado o el tercero tienen el deber de indemnizar a Xenofonte en este

sis similar es posible respecto de la víctima. Sin embargo, deberá reconocerse que este es un argumento general que afecta a la obligación de indemnizar, al castigo y a la compensación. Por esta razón, cualquiera de estas alternativas se presenta como el mejor sucedáneo de la rectificación, siendo ella imposible.

³⁵⁷ STONE, 1996: 266-267.

³⁵⁸ Véase WEINRIB, 1995: 135.

³⁵⁹ Para un argumento completo contra la posibilidad de derivar el deber de Xenofonte de compensar a Axileas por el mero hecho de que el primero haya trasgredido el derecho del segundo, véase ZIMMERMAN, 1994: en especial, 422-428.

caso); 5) que Xenofonte tiene la facultad de reclamar a Axileas una compensación cada vez que este le ocasiona un daño (y que Axileas tiene el deber de indemnizar a Xenofonte en este caso); etcétera. Distintos subconjuntos de estas afirmaciones podrían formar parte del contenido del derecho que Xenofonte tiene respecto de Axileas, pero ninguna combinación es conceptualmente necesaria. Lo único conceptualmente necesario es que alguna de estas afirmaciones sea verdadera.

Conviene aquí distinguir lo que COLEMAN y KRAUS denominan la forma lógica (*sintaxis*) de los derechos y su contenido (*semántica*). Mientras que la forma lógica es una cuestión conceptual, es decir, es parte de lo que significa tener un derecho, su contenido es contingente y depende de la teoría fundacional o normativa que se sostenga³⁶⁰. El rasgo conceptual de los derechos es que consisten en un conjunto de pretensiones válidas. De ahí que la existencia de un derecho supone la verdad de al menos una de las afirmaciones mencionadas en el párrafo anterior. Si ninguna pretensión fuese válida, tendríamos un derecho sin contenido, y esto difícilmente pueda ser considerado un derecho. Qué conjunto de pretensiones dan contenido a cada derecho es una cuestión contingente, y la dependencia de la teoría normativa que mencioné puede apreciarse comparando la concepción liberal clásica de los derechos con la concepción utilitarista. Según la posición liberal clásica, los derechos protegen un espacio de autonomía o libertad. De acuerdo con la tradición utilitarista, lo que se protege es un nivel de bienestar. Evidentemente, la protección de un derecho por medio de una regla de responsabilidad, en la clasificación de CALABRESI y MELAMED (III.4), es ininteligible como contenido de un derecho si se presupone la teoría normativa liberal clásica, pero perfectamente coherente según la teoría normativa utilitarista. Ello es así porque si el contenido del derecho de Xenofonte a no ser dañado solo implica que Xenofonte tiene derecho a ser compensado, la protección de su autonomía personal no estará garantizada, dado que todos aquellos que estén dispuestos a pagar la indemnización correspondiente pueden disponer del derecho de Xenofonte como deseen. Sin embargo, desde una perspectiva utilitarista una regla de responsabilidad protege el derecho de Xenofonte, entendiendo por ello que mantiene constante el nivel de bienestar que ese derecho le reporta.

En el ámbito jurídico también el contenido de los derechos es una cuestión contingente. Que Xenofonte tenga derecho a ser compensado *por el agente dañador* no se sigue lógicamente de su derecho a no ser dañado. El contenido de los derechos dependerá de lo que se disponga en cada sistema jurídico concreto. Solo estudiando el conjunto de normas vigentes puede precisarse qué se sigue exactamente del derecho de Xenofonte. Seguramente, la mayoría de los dogmáticos darán por supuesto que el derecho a no ser dañado incluye el derecho a ser compensado, pero ¿puede la potencial víctima soli-

³⁶⁰ Véase COLEMAN y KRAUS, 1986: 1341.

citar medidas preventivas o anticipatorias para evitar posibles daños futuros? Ninguna respuesta a esta pregunta puede hallarse analizando lo que significa tener un derecho. Para determinar todas estas cuestiones es necesaria una investigación empírica.

Ahora bien, la afirmación de WEINRIB parece presuponer una vinculación conceptual entre el respeto de un derecho primario y el deber secundario de compensar el daño producido. Su intención es explicar por qué el derecho positivo impone a los agentes dañadores el deber de compensar a las víctimas las pérdidas que sufren cuando transgreden sus derechos primarios. No obstante, si el argumento anterior es correcto, esta vinculación *necesaria* es insostenible. Ni siquiera se sigue de la concepción normativa de las personas como agentes libres e iguales, como agentes que se autodeterminan, que según sostiene WEINRIB subyace en la responsabilidad extracontractual. En primer lugar, porque aun cuando la protección de la autonomía justificaría garantizar los derechos por medio de reglas de propiedad, tal vez en conjunción con reglas de responsabilidad, esto todavía sería insuficiente para establecer una correlación entre el derecho a ser indemnizado, cuando se produce el daño, y el deber a cargo de un agente en particular de brindar esa indemnización. En segundo lugar, la trasgresión de derechos puede producirse en una multiplicidad de circunstancias, incluso en beneficio de la víctima. Supongamos que Xenofonte rompe la puerta de la casa de Axileas para rescatarlo de un incendio, ¿en qué sentido esta trasgresión justificada del derecho de Axileas genera de todos modos un deber de compensar a fin de *proteger la autonomía* de Axileas? Evidentemente la protección de su autonomía requiere en estos casos que la trasgresión no esté ligada a ningún deber de compensación.

Estas objeciones, suficientes para rechazar la explicación de WEINRIB, no deben trasladarse irremediablemente a un rechazo de la concepción aristotélica. Mi argumento general incluirá una defensa de esta teoría una vez que se explicita cómo el derecho de daños es la plasmación institucional de un conjunto de principios que forman un esquema más amplio de justicia. Antes de presentar este argumento, analizaré la concepción mixta de la justicia correctiva y lo que puede aprenderse de ella.

4-La concepción mixta

COLEMAN abandonó la concepción anuladora persuadido de que cualquier concepción de la justicia correctiva debería dar cuenta de que ella genera razones para la acción relativas al agente. Ya vimos que la concepción anuladora solo puede generar razones generales y, en consecuencia, resulta indistinguible de la justicia distributiva. De todas maneras, esto no fue suficiente para convencer a COLEMAN de adoptar una visión relacional como la de

WEINRIB. En cambio, como respuesta a las críticas recibidas presentó una concepción mixta que pretende capturar lo más atractivo de las dos teorías anteriores. La concepción relacional expresa un hecho relevante que tiene lugar en las interacciones privadas dañosas: el agente dañador y la víctima están moralmente vinculados por la injusticia de la interacción. No obstante, esta concepción resulta inaceptable porque adscribe a la justicia correctiva el propósito de rectificar las acciones incorrectas en lugar de reparar las pérdidas sufridas por la víctima. En este punto, la concepción anuladora debe ser reivindicada. La preocupación por las pérdidas materiales, que afectan el bienestar de las personas, es para COLEMAN una característica moralmente relevante. El problema es encontrar un modo de formular el principio que logre vincular a ambas partes, es decir, que logre brindar razones para la acción relativas al agente, a fin de distinguirse de la justicia distributiva, y que a la vez se concentre en la reparación de las pérdidas materiales y no en la rectificación de las acciones incorrectas. Teniendo esto en mente, COLEMAN llega a la concepción mixta. De acuerdo con ella, el propósito de la justicia correctiva es *imponer el deber de compensar las pérdidas injustas a quienes son responsables por ellas*³⁶¹.

4.1-Responsabilidad e injusticia

El concepto de justicia correctiva, entonces, estaría conformado por dos elementos. Por una parte se requiere una teoría que especifique cuándo una pérdida material es injusta y, por la otra, una concepción de la responsabilidad que determine cuándo alguien es responsable por una pérdida. Una posible lectura indica que estos componentes cumplen dos funciones distintas en el argumento. La teoría de la injusticia determina qué pérdidas pertenecen al ámbito de la justicia correctiva, mientras que la teoría de la responsabilidad establece la conexión entre un agente en concreto y esas pérdidas, *suficiente* para imponer el deber de compensar³⁶². Argumentaré que esta lectura es equivocada, ya que las relaciones conceptuales que existen entre la injusticia de la pérdida y la noción de responsabilidad niegan la posibilidad de que se produzcan pérdidas injustas que sean competencia de la justicia correctiva sin que a la vez sean la responsabilidad de algún agente en particular.

³⁶¹ Véase COLEMAN, 1992: 324.

³⁶² Véase COLEMAN, 1992: 361. Para COLEMAN la relación de responsabilidad que vincula a un agente con las pérdidas es solo una condición suficiente, pero no necesaria, para imponerle un deber de compensar. Pueden existir buenas razones según la moral política para imponer el deber a alguien distinto del agente responsable. Véase COLEMAN, 1992: 393.

4.1.1-Responsabilidad, autoría y personalidad

Respecto de la responsabilidad, COLEMAN no cuenta con una teoría acabada y reconoce que en este punto su argumento requiere alguna elaboración más profunda. No obstante, apela intuitivamente a esta noción para explicar que el deber de reparar las pérdidas injustas no está fundado en el hecho de que son consecuencia de una acción incorrecta, sino en la conexión que el agente dañador tiene con ellas. Las pérdidas injustas que son el resultado del ejercicio de la agencia del individuo, de su autonomía, son su responsabilidad, es decir, le pertenecen y por ello tiene la obligación de repararlas. A diferencia de lo que ocurre con la visión relacional, en la concepción mixta el principio de justicia correctiva vincula a los agentes con un subconjunto de pérdidas materiales injustas dándoles a quienes las producen razones específicas para repararlas.

Podría uno ir más allá en la indagación y preguntarse por qué el ejercicio del poder causal es condición necesaria de la imposición del deber de compensar; en este caso, según el propio COLEMAN, la respuesta es todavía más tentativa. Solo se limita a sostener que por medio del ejercicio de la agencia autónoma los individuos cambian el mundo, dejan su marca en él. De alguna manera, las acciones y sus consecuencias en el mundo nos permiten comprender a los demás y autocomprendernos³⁶³. Tony HONORÉ plantea una idea similar cuando afirma que existe una relación necesaria entre la responsabilidad por los resultados de nuestras acciones y nuestro estatus como personas. Los movimientos corporales y los estados mentales que los guían cuentan como acciones y decisiones respectivamente, salvo algunas excepciones. Asimismo, estas acciones y decisiones se adscriben a sus autores y ello los constituye como personas; porque en virtud de esas adscripciones cada uno tiene su historia, su identidad y su carácter. Pero el precio de ser personas es la responsabilidad³⁶⁴. El argumento parece reducir la responsabilidad a la autoría³⁶⁵; asimismo, la autoría conforma la identidad de las personas. Por ello, puede concluirse que la supresión de la responsabilidad nos lleva necesariamente a socavar la noción de identidad; siendo que ella está constituida por la historia del individuo, por lo que cada uno hace en el mundo, la responsabilidad termina siendo un elemento imprescindible para nuestra autocomprensión.

³⁶³ COLEMAN, 1992: 326; también nota 10.

³⁶⁴ HONORÉ, 1999: 29.

³⁶⁵ Para POSTEMA, en la teoría de COLEMAN hay dos nociones de responsabilidad. Una densa y otra tenue. La densa es aquella sobre la que se articula la justicia correctiva, y está asociada a las atribuciones de culpa en el actor o en la acción. La tenue, más cercana a la mera autoría, tal vez justifique que el individuo responsable solo deba disculparse con la otra persona por la falta o el perjuicio causado, pero es insuficiente para fundar un deber de compensar. Véase POSTEMA, 1993: 878-881.

De todas formas, podría pensarse, la segunda pregunta de COLEMAN es irrelevante desde el punto de vista de la comprensión del derecho de daños. Si lo que se pretende es justificar la práctica, en cambio, evidentemente resulta esencial cuestionarse por qué la responsabilidad causal es condición necesaria de la obligación de reparar. Pero a los efectos de la comprensión, bastaría con señalar que este es un aspecto importante del discurso ordinario, tan importante como para que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual se considere incorrecta cualquier decisión que cargue con el deber de reparar a quien no ha ejercido sus poderes causales sobre el mundo. Esto significa, que la ulterior pregunta de COLEMAN no requiere necesariamente una respuesta. El teórico simplemente puede afirmar que la práctica expresa una preocupación por la responsabilidad causal, que se concreta en el lugar que ocupan las consecuencias de las acciones en las inferencias que llevan a la imposición del deber de compensar. Por supuesto, la afirmación de que la identidad personal tiene un rol central en las atribuciones de responsabilidad puede también profundizar nuestro entendimiento del fenómeno, pero no se requiere tomar una posición respecto de esta tesis. Creo que esta observación es correcta, pero también creo que el teórico que logre desentrañar la estructura normativa más profunda de la práctica logrará comprenderla mejor. Ello supone muchas veces indagar sobre las razones últimas que fundamentan un juicio como el referido a la obligación de compensar. La tarea de comprensión se sigue completando cada vez que se accede a alguna evidencia sobre los presupuestos normativos de la práctica que no estaban explícitos en la etapa anterior. En la medida en que los juicios normativos puedan ser descriptos, el teórico continuará realizando una labor interpretativa neutral.

4.1.2-La injusticia y los factores de atribución

El segundo elemento que, según la concepción mixta, forma parte de la justicia correctiva son las pérdidas injustas. Una pérdida es injusta cuando resulta de la afectación de un derecho o, en algunos casos, de la afectación de los intereses legítimos de otras personas. Las afectaciones de derechos pueden estar justificadas o no. Desde el punto de vista de los derechos, su transgresión es indiferente a la licitud o ilicitud de la acción del agente dañador. Por ejemplo, los perjuicios sufridos por Xenofonte cuando Axileas vulnera su derecho de propiedad constituyen una pérdida injusta, aunque Axileas haya actuado justificadamente, digamos en defensa de los derechos de un tercero. En cambio, el perjuicio a los intereses legítimos solo es incumbencia de la justicia correctiva cuando resulta de acciones incorrectas. Algunos intereses, pese a ser perfectamente legítimos, no están protegidos por medio de derechos. Comúnmente se sostiene que los comerciantes no tienen un derecho a que su clientela no sea captada por un competidor, pero sí tienen un interés legítimo en conservarla. Esto significa que cuando Axileas ofrece mejores precios o condiciones contractuales que Xenofonte y, en consecuen-

cia, gana una porción mayor del mercado a expensas de su competidor, el derecho de Xenofonte no resulta conculcado. Pero si Axileas captase parte de la clientela de Xenofonte realizando una publicidad comparativa desleal, o cualquier otra maniobra violatoria de la lealtad comercial o la defensa de la competencia, la ganancia de Axileas y la pérdida de Xenofonte serían injustas. Ello es así porque Xenofonte tiene un interés legítimo en conservar su clientela que fue perjudicado mediante una acción incorrecta de Axileas.

La diferencia entre la afectación de derechos y la afectación de intereses legítimos es que en el primer caso las pérdidas son injustas con independencia de que las acciones que realiza el agente dañador sean incorrectas. En el segundo caso, la incorrección es condición necesaria de la injusticia de la pérdida. En términos jurídicos, solo el perjuicio a los intereses legítimos que tiene su causa en acciones negligentes o dolosas da lugar a un reclamo según la justicia correctiva. En lo que hace a la vulneración o trasgresión de derechos, la negligencia o el dolo no es condición necesaria de la obligación de compensar. El derecho resulta trasgredido más allá de que la conducta del agente dañador esté justificada. Por ello, parecería que el esquema de COLEMAN puede dar cuenta de la responsabilidad sin culpa; pese a todo, veremos que su concepción de la justicia correctiva no es suficientemente comprehensiva, ya que tiene dificultades para explicar los casos más comunes de responsabilidad por riesgo.

Sin duda, cuando una acción riesgosa perjudica un derecho la pérdida resultante es injusta y debe ser reparada según la justicia correctiva. Lo mismo ocurre cuando una acción es ilícita o incluso lícita. El punto es que la afectación de derechos es una cuestión objetiva y, como tal, da lugar a la compensación con independencia del carácter de la acción que la causa. El problema surge con la responsabilidad objetiva respecto de los intereses legítimos que no están protegidos con derechos. Cuando una acción riesgosa —que en la mayoría de los sistemas es un factor de atribución de responsabilidad siempre que concurren el resto de los presupuestos de la obligación de compensar— lesiona un interés legítimo, COLEMAN se halla sin respuesta. Por ello, su estrategia es reconstruir estos casos de modo que queden abarcados por la doctrina de la negligencia. Así, los daños que se producen por actividades riesgosas en realidad involucrarían la violación de un estándar de conducta. Para COLEMAN, es necesario distinguir dos casos en que un agente puede actuar con culpa: puede actuar con culpa por el mero hecho de desarrollar una actividad o por la manera en la que la lleva adelante. En su opinión, las actividades sumamente riesgosas son inherentemente culpables. De esta forma, alguien obra con culpa por el mero hecho de realizar tales actividades, con independencia de que la realice de una manera culpable. Reconoce que ninguna precaución posible es suficiente para reducir los riesgos asociados

con la actividad a un nivel diligente, no obstante, la negligencia no está en la manera de actuar, sino en la realización misma del acto³⁶⁶.

El argumento no me parece del todo convincente porque convierte a todas las posibles acciones riesgosas lícitas en inherentemente culpables. Esta línea de pensamiento nos impide compatibilizar dos ideas que tienen perfecto sentido en nuestro esquema conceptual: por una parte, reconocemos que existen acciones riesgosas que no deben o no tienen por qué ser prohibidas o desalentadas. Por ejemplo, la investigación, el desarrollo y la aplicación de la energía nuclear podría ser un caso de este tipo. La actividad es lícita, no es inherentemente culpable. Sin embargo, y esta es la segunda idea que resulta *prima facie* razonable, las sociedades muchas veces permiten la realización de acciones sumamente riesgosas teniendo en cuenta que las víctimas de estos accidentes recibirán una adecuada compensación por los daños que sufran. Estas actividades en general están permitidas e incluso son a veces fomentadas, y en ningún caso se considerara que quienes las realizan llevan adelante una acción inherentemente culpable. En términos morales, la razonabilidad de la conducta riesgosa se hace depender, entonces, de la reparación de los daños. Por ello se suelen tomar recaudos adicionales para procurar que estas actividades no perjudiquen excesivamente los intereses legítimos de terceros³⁶⁷. Así como el AED era incapaz de reconocer la diferencia entre la acción correcta o incorrecta, interpretando todos los casos partiendo de la dicotomía eficiencia-ineficiencia (VI.2), COLEMAN es incapaz de reconocer que existen casos de genuina responsabilidad objetiva por perjuicios a intereses legítimos y que no pueden ser reducidos a instancias de negligencia. Más adelante presentaré una interpretación de los factores de atribución de responsabilidad civil y, por lo tanto, de las pérdidas injustas, que es inmune a estos problemas (véase el apartado 3.3 del capítulo X)³⁶⁸.

³⁶⁶ COLEMAN, 1992: 368-369.

³⁶⁷ Por ejemplo, la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (1963) limita las eximentes de responsabilidad a la negligencia grave o dolo de la víctima (art. IV.2) y al “conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección” (art. IV.3.a), pero hace subsistir la obligación de compensar incluso cuando el daño tiene su causa directa en catástrofes naturales de carácter excepcional (art. IV.4.b). Esto supone un régimen de responsabilidad mucho más amplio que el corriente, en el cual la ruptura de la relación de causalidad supone la liberación del sindicado como responsable. Aquí el mero caso fortuito o la fuerza mayor no tienen ninguna relevancia. La víctima recibirá una compensación en todo caso.

³⁶⁸ Por supuesto, la responsabilidad objetiva no es un elemento *necesario* (conceptual) del derecho de daños bilateral. Podrían existir sistemas estructurados únicamente sobre la regla de la culpa. No obstante, la responsabilidad objetiva, en particular por riesgo de la actividad o por el vicio de las cosas, está muy extendida y es de esperar que cada vez ocupe más espacio en los repertorios jurisprudenciales. Por ello es relevante que cualquiera sea el principio que explique la responsabilidad extracontractual permita que ambos factores de atribución se integren coherentemente. Mi argumento contra COLEMAN consiste en señalar que sus categorías de pérdidas injustas no están exentas de dificulta-

4.1.3-*Las eximentes de responsabilidad*

Dejando de lado este problema por el momento, es importante observar que en este esquema la falta de culpa no es necesariamente una eximente de responsabilidad para la justicia correctiva, ni tampoco en el derecho de daños. En los casos en que la conducta realizada por el agente dañador no es de ningún modo culpable, o está justificada, la obligación de compensar puede todavía estar fundada en la afectación objetiva de un derecho. Las pérdidas que se siguen de la vulneración de derechos son injustas más allá de que la conducta que las produce sea incorrecta. No ocurre lo mismo con las eximentes que desvirtúan la agencia. Cuando un individuo obra sin discernimiento, o sin voluntad, evidencia un defecto en su capacidad intencional, en su capacidad de autodeterminarse, y esto es relevante para la justicia correctiva por dos razones. En primer lugar, porque socava la idea de responsabilidad moral que vincula al agente dañador con las pérdidas. En segundo lugar, porque la falta de agencia priva a las pérdidas de su carácter injusto. Solos los agentes morales pueden vulnerar derechos. Los fenómenos de la naturaleza, como los terremotos, los incendios o las inundaciones producen gravísimos daños, perjudican significativamente el bienestar de las «víctimas», sin embargo, no violan los derechos de nadie. Como señala COLEMAN, parte de la diferencia entre la desgracia y la injusticia radica en la función que cumple la agencia humana en cada una de ellas³⁶⁹.

En suma, para la justicia correctiva, y también para el derecho de daños, las eximentes que desvirtúan la culpa son irrelevantes en algunos casos, mientras que las que desvirtúan la agencia nunca lo son; estas últimas, pero no las primeras, socavan en todos los casos el derecho de la víctima a ser compensada por el agente dañador. Las eximentes que apuntan a la falta de culpa, solo impiden a la víctima reclamar una indemnización cuando el caso está regulado por un factor de atribución subjetivo. La plausibilidad conceptual del argumento depende de poder equiparar los efectos negativos producidos por individuos que obran sin agencia a los que se producen por causas de la naturaleza. No encuentro en el discurso práctico de los participantes evidencia de peso para rechazar esta asimilación, a excepción, tal vez, de la indemnización por equidad³⁷⁰.

des al momento de explicar los casos más habituales en los que se habla de responsabilidad objetiva.

³⁶⁹ COLEMAN, 1992: 334 y, en especial, nota 4.

³⁷⁰ Esto no es así en el nivel justificatorio, sin embargo, ya que siempre queda un residuo moral que permite recomendar la indemnización por equidad cuando el agente dañador tenga una capacidad contributiva mayor que la víctima. Es decir, cuando tanto la víctima como el agente dañador son inocentes, tal vez por haber obrado sin voluntad, la equidad ordena reparar el daño si el agente puede soportar su carga con menor dificultad que la víctima. Véase el apartado IV.2.

4.2-La concepción mixta y la correlatividad

4.2.1-Los dos roles del agente dañador

COLEMAN expuso por primera vez la concepción mixta en su artículo *The Mixed Conception of Corrective Justice*. Allí realizó algunas afirmaciones que ponían en duda la capacidad de la teoría para dar cuenta de la correlatividad entre los deberes y los derechos del agente dañador y de la víctima respectivamente. En particular sostuvo que la injusticia de la pérdida *no fundamenta la obligación de compensar*, sino solo la incumbencia de la justicia correctiva en su reparación³⁷¹. La relación de responsabilidad, por su parte, justifica imponer el deber de indemnizar al agente causal del daño. Así las cosas, surgía la duda respecto de si la concepción mixta se sustentaba, al igual que la concepción anuladora, en la distinción entre los fundamentos y los modos de la reparación (IX.1), por lo que indefectiblemente heredaría todos sus problemas. Más tarde, en *Risks and Wrongs*, COLEMAN introdujo varias modificaciones leves, lo que por momentos permite entender que en todo caso el problema mencionado se trató de un descuido expositivo. De hecho, sostuvo exactamente lo contrario que en el artículo original: «De acuerdo con la concepción mixta de la justicia correctiva, el hecho de que la víctima haya sufrido una pérdida injusta es importante porque *fundamenta el deber del agente dañador de compensarla*» (énfasis añadido)³⁷². No obstante, en el libro subsisten diversos pasajes que dificultan la comprensión de la teoría. Por ejemplo, al discutir si es obligatorio para el Estado implementar la justicia correctiva, sugiere claramente que una pérdida puede ser injusta sin que nadie tenga el deber de repararla, es decir, sin que nadie sea responsable por ella³⁷³. Este esquema sería similar al de la justicia distributiva, dado que existen pérdidas que no son el producto de las malas elecciones de quien las sufre pero tampoco de la acción incorrecta del agente dañador, por lo tanto, ninguna persona en particular tiene el deber de repararlas; la compensación, si corresponde en estos casos, puede correr a cargo de la sociedad en su conjunto. El problema puede sintetizarse con la siguiente pregunta: según la concepción mixta de la justicia correctiva, ¿qué función cumplen las pérdidas injustas y la responsabilidad causal en la fundamentación del deber de reparar?

Definir con precisión esta cuestión es importante porque, como ha señalado WEINRIB, la primera posición de COLEMAN supone que el agente dañador cumple dos roles distintos; y esto, como se verá, deja sin explicación la correlatividad entre los derechos y deberes de las partes. En la medida en que el individuo trasgrede un derecho de la víctima o realiza una conducta incorrecta que perjudica sus intereses legítimos, realiza un acto que lleva sus

³⁷¹ COLEMAN, 1992c: 443.

³⁷² COLEMAN, 1992: 367.

³⁷³ COLEMAN, 1992: 392.

consecuencias (la pérdida injusta de la víctima) al terreno de la justicia correctiva. Por otra parte, en la medida en que el individuo es agente causal del daño crea una relación particular con la víctima. La misma persona al vulnerar los derechos de la víctima o al actuar de manera negligente cumple una función distinta de la que cumple *qua* agente causal de daño. La injusticia de la pérdida solo significa que *alguien* tiene el deber de indemnizar a la víctima; la causación determina la identidad del obligado³⁷⁴. Esto supondría distinguir los fundamentos de la compensación y los fundamentos de la responsabilidad, por lo que no habría un verdadero avance respecto de la concepción anuladora³⁷⁵. La concepción mixta solo sería un modo de anular las pérdidas injustas, cuyo fundamento debe buscarse en razones independientes de la justicia correctiva como, por ejemplo, la eficiencia.

Creo que más allá de las frases ambiguas o, en algunos casos, contradictorias que el texto de COLEMAN pudiese contener, la concepción mixta es una teoría coherente. En primer lugar, en muchos otros pasajes COLEMAN enfatiza que la concepción mixta no admite la distinción entre los fundamentos de la compensación y de la responsabilidad, ni sus modos, ya que «solo [las] instituciones que imponen la pérdida de la víctima al agente dañador implementan la justicia correctiva»³⁷⁶. En segundo lugar, la crítica de WEINRIB pasa por alto ciertas relaciones conceptuales que existen entre las pérdidas injustas, la responsabilidad y la agencia. Recuérdese que la falta de agencia funciona como eximente de responsabilidad, pero al mismo tiempo priva a las pérdidas de su carácter injusto. Las pérdidas causadas por un individuo alienado, por ejemplo, son asimilables a las desgracias causadas por la naturaleza. Por lo tanto, no existe el supuesto doble rol que cumple el agente dañador. Al obrar vulnerando derechos o perjudicando intereses legítimos mediante acciones incorrectas, el agente dañador causa una pérdida injusta, lo que equivale a afirmar que causa una pérdida por la cual es responsable. Su obligación de reparar es conceptualmente inescindible del carácter injusto de su pérdida o, lo que es lo mismo, de su responsabilidad causal. Dadas las definiciones de COLEMAN, no existe ningún mundo posible en el que la víctima sufra una pérdida injusta según la justicia correctiva sin que el agente dañador sea responsable por ella, es decir, sin que tenga el deber de repararla. Dicho de otro modo, es imposible que exista una pérdida injusta que nadie tiene el deber de reparar. Si la pérdida es injusta, entonces, no se debe a un acto de la naturaleza sino que es producto de la agencia humana. Si es producto de la agencia humana, el autor del acto dañoso es responsable. La relación entre las pérdidas injustas y la obligación de compensar de quien las causó es necesaria. En este sentido, al menos, la concepción mixta se ajusta a

³⁷⁴ WEINRIB, 1992:446.

³⁷⁵ WRIGHT, 1992: 679-680. El argumento de WRIGHT en este trabajo resulta en algunos aspectos esclarecedor, pero en muchos otros puntos del debate realiza una lectura poco caritativa de las ideas de COLEMAN, cuando no lo interpreta de modo erróneo.

³⁷⁶ COLEMAN, 1992: 366.

la correlatividad entre los derechos y los deberes que tienen las partes en la responsabilidad extracontractual³⁷⁷.

4.2.2-La relatividad de la injusticia

La conclusión del punto anterior depende de que se acepte una noción relativa de pérdida injusta. Debido al peso que tiene la responsabilidad causal en la obligación de compensar, una noción absoluta de pérdida injusta haría que incluso aquellos que solo contribuyeron causalmente al resultado dañoso tengan el deber de reparar cuando otro agente haya realizado una acción negligente o que vulnera algún derecho de la víctima. Veamos un ejemplo. Supongamos que Xenofonte sufre un corte en la mano cargando una escalera, por lo que se dirige a la farmacia a comprar alcohol y vendas. Antes de entrar en la farmacia deja la escalera en la vereda. Mientras realiza la compra, sin que Xenofonte lo advierta, la escalera es utilizada por Axileas para trepar la pared de Telémaco a fin de robarle. Tanto Axileas como Xenofonte son agentes causalmente vinculados con el daño que sufrió Telémaco, pero solo las acciones de Axileas vulneran un derecho de Telémaco. En este caso, la pérdida que sufre Telémaco es injusta, ya que tiene su origen en la trasgresión de un derecho y, de acuerdo con la noción de responsabilidad causal a la que adhiere la concepción mixta, tanto Axileas como Xenofonte deberían tener el deber de compensar. Sin embargo, en el derecho de daños, solo Axileas sería considerado agente dañador.

Si el ejemplo tiene alguna fuerza persuasiva es porque se está considerando una noción absoluta de las pérdidas injustas, como la que COLEMAN sostenía en la concepción anuladora. Por ello, la concepción mixta ha de incorporar una noción relativa a ciertos actos. La injusticia de la pérdida, entonces, debe ser entendida en relación con una determinada trasgresión de derechos o una acción incorrecta específica que haya contribuido causalmente a la producción del daño³⁷⁸. En el ejemplo analizado, como la acción de Xenofonte no constituye ni una trasgresión ni tampoco una acción negligente, su contribución causal es estéril a los efectos de imponer la obligación de compensar. La pérdida es injusta respecto de Axileas, pero no de Xenofonte. Esto tiene perfecto sentido, porque la justicia correctiva solo brinda razones para actuar al primero y no al segundo.

Además, esta interpretación es la única admisible porque una noción absoluta de pérdidas injustas haría colapsar la causalidad con la responsabilidad, y el discurso práctico ordinario rescata esta diferencia. De acuerdo con PERRY,

³⁷⁷ Algunos autores piensan que la fuerza moral de la concepción mixta de la justicia correctiva surge de las pérdidas injustas y el derecho de la víctima a ser compensada. Véase, por ejemplo, SHERWIN, 1992: 842. Creo que este argumento conceptual muestra que esto no puede ser así.

³⁷⁸ PERRY, 1992c: 922-923.

la idea de responsabilidad no puede ser entendida como el mero ejercicio del poder causal. El poder causal muchas veces cambia el mundo, pero no hace una diferencia en él. La responsabilidad no surge por el solo hecho de que el resultado pueda ser conectado causalmente con una acción deliberada del individuo. Ello incluiría dentro de la responsabilidad, o del conjunto de resultados que *pertenecen* a los individuos, las más remotas consecuencias de sus acciones³⁷⁹. En otras palabras, la asimilación de la responsabilidad a la causalidad no solo disuelve dos categorías que en el razonamiento práctico de los participantes cumplen funciones bien diferentes, sino que a la vez incorpora en la identidad de las personas las infinitas consecuencias de sus actos. Para que el concepto de identidad personal tenga algún sentido, debe existir algún límite a la causalidad que es imputable al individuo. Una identidad conformada por *todo* lo que ocurre más allá del control y la posibilidad de prever atenuaría la noción de personalidad hasta su desintegración. Sin personalidad ni agencia, los individuos serían *objetos* a los que les pasan las cosas, en lugar de *personas* que hacen que las cosas pasen.

4.2.3-La justicia correctiva y los beneficios injustos

Finalmente, debe analizarse el tratamiento que reciben los beneficios injustos en la teoría de COLEMAN. Al abandonar la concepción anuladora no solo dejó de lado la afirmación de que el propósito de la justicia correctiva es *anular* las pérdidas y las ganancias injustas, sino que la concepción mixta directamente excluyó del ámbito de la justicia correctiva todo lo referido a los beneficios injustos. Nótese que el principio en ningún caso los menciona; solo se limita a imponer la obligación de compensar las pérdidas injustas a quienes sean causalmente responsables por ellas. Esta es una gran diferencia respecto de la concepción aristotélica, por lo que conviene indagar en las razones que COLEMAN esgrime para adoptar esta posición.

Recuérdese que la concepción mixta surge como respuesta ante los problemas que enfrentaba la concepción anuladora al momento dar cuenta de las razones para la acción que tienen los individuos que causan daños a terceros. La concepción anuladora no brindaba ninguna razón al agente dañador para hacerse cargo de la compensación. Su acción incorrecta o violatoria de derechos solo convertía a las pérdidas de la víctima en injustas, y la justicia correctiva ordenaba que estas sean eliminadas con cualquier mecanismo que no genere nuevas pérdidas injustas. Esto permitía, entre muchas otras cosas, que se implementase un seguro social general para indemnizar a las víctimas. En cambio, según la concepción mixta, ningún sistema de estas características cuenta como la implementación de la justicia correctiva. Ella brinda razones para la acción únicamente al agente causal del daño. Cuando la pérdida es injusta, corresponde repararla a quien es causalmente responsable de su

³⁷⁹ PERRY, 1992b: 503.

producción. Las razones para la acción que tiene el agente dañador de acuerdo con el principio de justicia correctiva son independientes de que él haya obtenido un beneficio con el daño. Es decir, según las condiciones de aplicación del principio, haber causado un daño es condición suficiente para que surja el deber de compensarlo. Puede que el individuo también tenga razones para actuar cuando ha obtenido un beneficio injusto, pero ellas no estarán fundadas en la justicia correctiva sino en la *justicia restitutiva*.

Para COLEMAN, el derecho del actor a percibir la ganancia y el deber del demandante de devolverla se fundamentan en la justicia restitutiva de un modo que no es explicable por la justicia correctiva. Sugiere pensar en el caso de un conductor negligente que atropella a un peatón. Este conductor se beneficia injustamente de todas las personas a las que expone a un riesgo de sufrir daños, porque ahorra los costes de la diligencia. Imaginemos que el conductor no obtiene ningún beneficio adicional por haber atropellado al peatón. En este caso, la justicia restitutiva fundamenta un reclamo por parte de todas y cada una de las potenciales víctimas, incluido el peatón atropellado, y el deber del individuo negligente de restituir el beneficio obtenido. No obstante, el peatón atropellado tiene un reclamo adicional por las pérdidas que sufrió a causa del accidente. Este reclamo adicional tiene una naturaleza distinta del que se funda en la justicia restitutiva. Es un reclamo por la *compensación* del perjuicio causado injustamente, que se basa en la justicia correctiva. Solo las víctimas, no las potenciales víctimas, tienen un derecho a ser compensadas. Si el agente dañador hubiese obtenido además un beneficio por haber atropellado al peatón, la víctima tendría tres derechos. El primero sería compartido por todas las potenciales víctimas, y consiste en la restitución de los beneficios injustos obtenidos por el ahorro de costes de la diligencia. El segundo sería un derecho a recibir los beneficios que el agente obtuvo por haber atropellado. El tercero sería un derecho a la compensación de los daños sufridos. Los dos primeros derechos tienen su fundamento en la justicia restitutiva, mientras que este último se fundamenta en la justicia correctiva. Los derechos que surgen de la justicia restitutiva consisten en recibir la ganancia que obtuvo el agente que se aprovechó de las potenciales víctimas; en otras palabras, ellas pretenden una restitución por haber sido explotadas o instrumentalizadas³⁸⁰.

Pero la idea de instrumentalización es muy problemática en este contexto. ¿Debemos considerar que quien trasgrede los derechos de otro actuando en circunstancias justificadas, supongamos en estado de necesidad, instrumentaliza a la víctima y, por ello, debe restituir los beneficios obtenidos? COLEMAN niega expresamente esta posibilidad. Sostiene que la ganancia que se obtiene por una conducta lícita es un beneficio justo, por lo que el principio de restitución no es aplicable³⁸¹. Esto hace que la fuente de la injusticia

³⁸⁰ COLEMAN, 1992: 369-371.

³⁸¹ COLEMAN, 1992: 372.

sea distinta en el caso de las pérdidas y de las ganancias. Las pérdidas son injustas si resultan de actos incorrectos o de trasgresiones de derechos, aunque estén justificadas; las ganancias, por su parte, solo son injustas si resultan de la realización de una acción incorrecta. Esta asimetría no está fundamentada en el argumento de COLEMAN. De todas maneras, es posible desentrañar su racionalidad.

La razón por la cual no deben restituirse los beneficios obtenidos mediante acciones correctas, o justificadas, es que una obligación semejante privaría de sentido a la idea de justificación. Imaginemos que Xenofonte trasgrediendo el derecho de propiedad de Axileas, pero sin causar ningún daño material, logra evitarse una lesión física; supongamos que se esconde en el terreno de Axileas sin su consentimiento cuando es perseguido por una turba furibunda que desea darle una golpiza. Su conducta está justificada, aunque recibe un beneficio de la trasgresión. El beneficio que obtiene Xenofonte es evitar la golpiza. Si tuviese que restituir su beneficio de algún modo que fuese razonable —no esperaríamos que su deber de restituir consista en recibir la golpiza *ex-post*— la justificación de su conducta quedaría vacía de contenido. De nada serviría autorizar la trasgresión de derechos en primera instancia para que el agente obtenga un incremento en su bienestar si luego debe restituir el beneficio obtenido con la trasgresión. Todo el sentido de la justificación de conductas *prima facie* incorrectas es permitir la obtención de un beneficio legítimo que de otro modo sería imposible de obtener. Sin perjuicio de ello, queda a salvo la indemnización por pérdidas que en su caso pudiese corresponder a Axileas.

Ahora bien, una vez que se comprende por qué solo las acciones incorrectas generan beneficios injustos, puede comprenderse también que la *restitución* es debida porque los beneficios no le pertenecen legítimamente al individuo que obra con negligencia. Pero la pregunta que surge inmediatamente es si le pertenecen a los individuos que fueron expuestos al riesgo injustificado. COLEMAN parece asumir que sí. No obstante, esta conclusión tampoco está fundamentada. Los dos únicos argumentos para sostener que los beneficios obtenidos por un individuo negligente pertenecen a cada uno de los sujetos expuestos al riesgo que genera su conducta son: a) que el riesgo al que fueron expuestos supone una disminución de bienestar; b) que el riesgo al que fueron expuestos les privó de algo que no tenían pero que les correspondía recibir. En ambos casos, el beneficio injusto ha sido reinterpretado como una *pérdida injusta*. El problema ahora es doble. Por una parte, el principio de restitución estaría incluido en la justicia correctiva, lo que supone que los beneficios injustos pertenecen a su ámbito contrariamente a lo que COLEMAN intenta mostrar, por la sencilla razón de que no hay forma de definir los beneficios injustos sin convertirlos en pérdidas de algún tipo. Por otra parte, admitir que la disminución de bienestar constituye una pérdida injusta, supone admitir la responsabilidad por mera exposición al riesgo, que

en el derecho de daños no tiene lugar. COLEMAN podría insistir que la restitución no tiene que ver con la disminución del bienestar de las potenciales víctimas, sino con lo que el individuo negligente ahorra. Estas dos sumas usualmente serán diferentes. Pero esto nos devuelve al punto de partida, ya que debe explicarse por qué el ahorro del individuo negligente es algo que aquellos expuestos al riesgo pueden reclamar. ¿Qué les da derecho a ellos y no, por ejemplo, al Estado o a las víctimas de accidentes que por insolvencia de sus agentes dañadores quedan sin compensación?

En definitiva, el principio de restitución que COLEMAN alega genera muchas dudas y ofrece pocas soluciones. Creo que la anulación de los beneficios obtenidos mediante acciones incorrectas es una exigencia de la justicia, pero no corresponde satisfacerla a los principios que regulan la restitución. Más adelante, mostraré que la restitución es una parte de la justicia correctiva y se aplica solo a algunos beneficios injustamente obtenidos, no a todos (véase el apartado X.4). Al dejar de lado los beneficios injustos, COLEMAN ofrece una caracterización incompleta de la justicia correctiva y del derecho de daños. Ello no significa que la concepción mixta sea una mala explicación. Lo que afirma la concepción mixta es incuestionablemente verdadero: que la justicia correctiva impone el deber de compensar las pérdidas injustas a quienes son responsables de ellas. Pero también es verdad que al hacerlo elimina los beneficios injustamente obtenidos por el agente dañador. Por ello, creo que la mejor explicación de la responsabilidad extracontractual es la ofrecida por una variante de la concepción aristotélica.

5-Balance de la concepción relacional y la concepción mixta

Aun con sus importantes diferencias, la concepción relacional y la concepción mixta iluminan en gran medida la responsabilidad extracontractual: la práctica de reparar de un modo muy particular, vinculando en el litigio al agente dañador con la víctima, los daños causados por la agencia humana. Sin embargo, ambas teorías dejan sin explicación ciertas cuestiones que en mi opinión son centrales. Por ejemplo, ni WEINRIB ni COLEMAN logran dar adecuada cuenta de la equivalencia entre las pérdidas y las ganancias injustas.

WEINRIB resuelve el problema interpretando que la equivalencia de estas categorías tiene lugar en el plano normativo. Pero esto produce sobre la teoría dos consecuencias implausibles. En primer lugar, si las pérdidas y las ganancias son normativas ya nada explica cómo surgen los deberes secundarios de compensación. Es decir, esta estrategia convierte en un misterio el paso de la rectificación de una interacción injusta, dada por un desequilibrio *normativo*, a la obligación de compensar una pérdida *fáctica*. La segunda consecuencia implausible es que WEINRIB parece ubicar la fuerza normativa de la justicia correctiva en las acciones incorrectas y no en los daños injustos. En

esto creo que lleva razón COLEMAN: las pérdidas fácticas, solo algunas de ellas por supuesto, son moralmente relevantes en tanto el bienestar de las personas incumbe a la moralidad. Si esto es así, la fuerza explicativa de una concepción de la justicia correctiva que prescinde de ellas queda sustancialmente debilitada. Además, teniendo en cuenta la imposibilidad de derivar deberes de compensación a cargo de quien realiza una acción incorrecta, no queda claro qué distinguiría a la justicia correctiva de otros principios que también pretenden dominar el ámbito de las acciones incorrectas, como la justicia retributiva.

COLEMAN, en cambio, adopta una postura mucho menos conservadora del pensamiento de ARISTÓTELES y directamente sostiene que las ganancias injustas no están relacionadas de ningún modo con la justicia correctiva. La obligación de devolver los beneficios injustos obtenidos está justificada por el principio de restitución. Sin embargo, tal como lo describe COLEMAN, el principio de restitución no parece ser capaz de fundamentar el derecho de nadie en particular a reclamar los beneficios injustos. En otras palabras, el principio de restitución es unilateral, entendiéndose por esto que se centra en una de las partes. Solo puede identificarse a quien tiene el deber de restituir, pero no a quien tiene el derecho a recibir lo que se restituye. No habiendo una explicación de los casos de restitución que sea convincente e independiente de la justicia correctiva, parece que la caracterización usual de la práctica exhibe un aspecto que no puede ser captado por la concepción mixta. Por ello, una concepción de la justicia correctiva que lograra articular las pérdidas y las ganancias injustas debe ser preferida.

Asimismo, ni WEINRIB ni COLEMAN logran explicar la responsabilidad objetiva en el derecho de daños. Para WEINRIB, los casos de responsabilidad objetiva son una desviación de la justicia correctiva, ya que se centran en una sola de las partes. De acuerdo con la regla de responsabilidad objetiva, el espacio moral de la víctima no puede ser afectado de ningún modo. Esta característica, considera WEINRIB, vulnera la igualdad formal entre las partes, porque la libertad de los posibles agentes dañadores está definida negativamente, es decir, a partir del remanente de libertad una vez delimitada la esfera de inmunidad de la posible víctima³⁸². Algo similar cabe decir de los estándares subjetivos, que evalúan la responsabilidad del agente dañador, y por lo tanto lo que la víctima debe tolerar, a la luz de la capacidad del agente para

³⁸² Creo que el argumento de WEINRIB se basa en un malentendido respecto de la regla de responsabilidad objetiva, pero de todas formas su argumento parece inaplicable en los contextos simétricos, en los que todos los agentes son a la vez potenciales víctimas y potenciales agentes dañadores. Aquí, la responsabilidad objetiva puede que sea una regla ineficiente, excesivamente sofocante para la vida en sociedad, etcétera, pero de ningún modo puede ser considerada desigual. Todos los individuos tienen una esfera igual de inmunidad y una responsabilidad absoluta por cualquier interferencia con el espacio ajeno.

llevar adelante su vida. La idea es que no es posible sujetar a los individuos a un estándar de conducta que son incapaces de alcanzar. Pero este ideal impide que se alcance una definición justa o equitativa de las esferas de libertad de cada una de las partes. La parte menos capacitada reduce por este solo hecho el espacio moral de las potenciales víctimas. Por tanto, la única regla respetuosa de la igualdad de las partes, y compatible con la justicia correctiva en este sentido, es la negligencia³⁸³. Más adelante, mostraré que la justicia correctiva es perfectamente compatible con la responsabilidad objetiva. La razón por la que aquí no lo parece es que en el argumento de WEINRIB está implícita una concepción inadecuada de esta regla de responsabilidad. La mejor reconstrucción debe apelar a una interpretación basada en la justicia distributiva.

Por razones diferentes, COLEMAN tampoco puede explicar la responsabilidad objetiva, sin reducirla a una extraña forma de culpa en la que el agente dañador carece de todo recurso para probar su diligencia. La distinción que introduce entre culpa en la manera de actuar y en la realización de la acción misma está sujeta a importantes objeciones. Hay acciones, como jugar al fútbol en la calle, que son lícitas. Estas acciones, no obstante, pueden convertirse en ilícitas si uno juega de un determinado modo, por ejemplo, violando los estándares de cuidado convencionales. Jugar al fútbol negligente, entonces, es una conducta antijurídica. Cuando un individuo causa un daño jugando al fútbol en la calle, supongamos que destruye el vidrio de la ventana de un vecino y es demandado por la víctima, siempre podrá *intentar* probar que su acción fue diligente. Esto define la regla de la culpa. Pero las acciones inherentemente culpables de COLEMAN no tienen esta propiedad. Cuando un individuo realiza una acción considerada inherentemente culpable carece de la oportunidad de probar que su conducta fue realizada observando los estándares de diligencia correspondientes a las circunstancias del caso. La conducta es culpable, es decir ilícita, *cualquiera sea el modo en que se la realice*. Esta no parece ser una buena caracterización de la responsabilidad objetiva. En ella, las conductas de que se trata son *inherentemente lícitas*, pero *riesgosas*. Obviamente, las acciones riesgosas pueden ser realizadas también de manera negligente. Así, los riesgos de conducir un automóvil se incrementan sustancialmente si el conductor no respeta las señales de tránsito. Conducir de manera negligente es ilícito; conducir diligentemente es lícito, pero de todas formas es una conducta sujeta a responsabilidad por riesgo. En general, la autoridad pública podrá tomar medidas contra quien conduce negligentemente para impedirle la acción, pero ello no ocurre con quien conduce diligentemente, aunque su conducta genera una probabilidad de que se produzcan daños a terceros. También en este caso creo que el problema radica en no advertir que las reglas de responsabilidad, la culpa y la responsabilidad por riesgo, son producto de la justicia distributiva, y solo interpretándolas de

³⁸³ WEINRIB, 1995: 177-179.

ese modo es posible comprender cómo ambas se articulan naturalmente en el derecho de daños y en la justicia correctiva.

Finalmente, la explicación de una institución, como la responsabilidad extracontractual, siempre resulta más esclarecedora cuando se logra mostrar cómo ésta se relaciona con otras prácticas sociales que sustentan otras instituciones. En este sentido, solo la concepción relacional da algunas pistas al presentar un argumento sobre los fundamentos normativos de la justicia correctiva. El contenido del principio está dado por la idea kantiana de *derecho*, que presupone una concepción normativa de las personas como agentes libres, capaces de autodeterminarse, e iguales. La concepción mixta, en cambio, ofrece una visión de la justicia correctiva descontextualizada. En ningún momento se explicita cuál es el fundamento moral de la justicia correctiva. En la concepción relacional, la justicia correctiva es la forma en que se honra la igualdad de los agentes morales. En la concepción mixta, el valor moral de imponer la obligación de reparar las pérdidas a quienes son causalmente responsables por ellas no es fácil de apreciar. Uno podría pensar que resulta un tanto fatigoso preguntarse por el valor *moral* de cargar con la indemnización a quien es responsable *moral* del daño. La respuesta parece tan obvia que no merece ser planteada. Sin embargo, creo que no es obvia en absoluto. La responsabilidad moral en los términos de COLEMAN no es mucho más que una autoría. Por lo tanto, la pregunta puede ser reformulada de modo que resulte interesante nuevamente: ¿por qué la moral exige que los daños sean reparados por quienes los causan (y no por otra persona o el Estado)?³⁸⁴

COLEMAN reconoce que la estructura analítica de la justicia correctiva refleja ciertos valores liberales, como la igualdad, el respeto por las personas y su bienestar, o la responsabilidad por las consecuencias de las propias acciones. Todo esto subyace a la forma de la concepción mixta, pero no la determina³⁸⁵. Tal vez lo más acertado sería decir que COLEMAN fundamenta la justicia correctiva en dos ideas que tienen implicancias morales: la agencia humana responsable y el bienestar de las personas. La justicia correctiva intenta preservar el bienestar de las personas a la vez que trata a los individuos como agentes responsables. Lamentablemente, no es suficiente con señalar esto, ya que la misma pregunta se presenta una y otra vez en distintas

³⁸⁴ Mi investigación no se preocupa por lo que realmente exija la moral, sino por el esquema conceptual completo que emplea COLEMAN al analizar la responsabilidad extracontractual. La explicación de WEINRIB ubica el fundamento último en la igualdad de los agentes morales. Sin compartir necesariamente que la idea de agencia autónoma tiene valor moral, puede comprenderse que sirva como fundamento para una teoría liberal. Para ello, solo es necesario compartir con los participantes de la práctica un entramado conceptual similar. No se requiere participar efectivamente en la práctica ni adherir a esos valores. De esta forma, respecto de COLEMAN la pregunta se refiere a qué fundamento último ofrece su esquema de interpretación para que sea el causante, y no cualquier otra persona, quien deba reparar el daño.

³⁸⁵ COLEMAN, 1992: 433.

formas: ¿no podrían estas dos ideas ser honradas por mecanismos distintos de la justicia correctiva, como un fondo de compensación para las víctimas y sanciones para los agentes dañadores?

En lo que sigue intentaré perfilar una explicación plural de la responsabilidad extracontractual. Mostraré de qué manera al apreciar que la práctica está guiada en parte por la justicia distributiva y en parte por la justicia correctiva pueden resolverse todos estos problemas. Al final de mi exposición espero haber mostrado que las pérdidas y las ganancias de la justicia correctiva pueden ser interpretadas, siguiendo a ARISTÓTELES, como correlativas y equivalentes, que la culpa y la responsabilidad objetiva son ambas compatibles con la justicia correctiva y que el derecho de daños bilateral es una práctica que expresa los valores liberales de libertad e igualdad y que cumple la función esencial de separar la responsabilidad colectiva o social de la responsabilidad individual.

X-DISTRIBUCIÓN Y CORRECCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1-Tres argumentos sobre la justicia distributiva y la responsabilidad extracontractual

Existen al menos tres maneras de introducir consideraciones distributivas en el argumento sobre los fundamentos de la responsabilidad extracontractual. La primera consiste en realizar una evaluación crítica de la práctica tomando como referencia su contribución en la distribución justa de los recursos. Así, aunque no se considere que la responsabilidad extracontractual deba cumplir una función redistributiva, los sistemas bilaterales pueden ser criticados si empeoran la situación de los menos favorecidos en comparación con otros esquemas alternativos para gestionar los costes de los accidentes.

La segunda forma en que la justicia distributiva puede ser importante para la responsabilidad extracontractual es entendiendo que los juicios normativos de los participantes, fundados *prima facie* en la justicia correctiva, están en realidad basados en consideraciones distributivas. Este enfoque, a diferencia del primero, es explicativo, no normativo, y da sentido al derecho de daños interpretándolo como un esquema de distribución local. El agente dañador y la víctima participan de un proceso en el que, con algún criterio, se distribuyen los costes de los accidentes. La justicia del resultado depende de que los criterios, o el estado de cosas *ex-post*, sean justos.

El tercer argumento sostiene que las reglas de responsabilidad extracontractual de hecho tienen efectos distributivos y que ello es así por la sencilla razón de que definen los derechos y deberes de indemnidad de las partes. La elección de las reglas, entonces, constituye una distribución de bienes útiles para llevar adelante cualquier plan de vida. Las libertades de las que los individuos gozan son significativas siempre y cuando se garantice algún nivel de indemnidad, alguna esfera libre de la interferencia de terceros. Esa esfera está protegida por el derecho de daños. Pero esto no hace que el derecho de daños sea una cuestión puramente distributiva. Las reglas sustantivas, como la responsabilidad objetiva y la culpa solo pueden ser explicadas de esta manera, no obstante, el proceso de rectificación es eminentemente correctivo.

Veamos cada argumento por separado.

1.1-*Los argumentos críticos*

La primera forma en que la justicia distributiva puede ser invocada en la discusión sobre la responsabilidad extracontractual consiste en *evaluar* la práctica a la luz de sus resultados distributivos *globales*. A diferencia del enfoque que defenderé, estos estudios son puramente *normativos* y apuntan a determinar en qué medida los efectos de la responsabilidad extracontractual que implementa la justicia correctiva —esto no parece estar en discusión— son deseables en el plano distributivo. Algunos entienden que estos sistemas son profundamente regresivos, y en este sentido injustificables, por varias razones relacionadas.

La primera razón es que la compensación ordenada por la justicia correctiva hace que dañar a los pobres sea más ventajoso en términos económicos que dañar a los ricos. Dado que, en general, los pobres tienen menos que perder que los ricos, indemnizar a los primeros resulta menos costoso que indemnizar a los segundos³⁸⁶. La operación de un principio compensatorio, en apariencia neutro en cuanto a sus efectos distributivos, hace que de alguna manera estos sistemas promuevan la imposición de riesgos sobre los individuos que están peor situados en la sociedad. Es cierto que no siempre es posible focalizar sobre los pobres los riesgos que generan las distintas actividades, pero en muchas ocasiones sí lo es. Por ejemplo, las industrias contaminantes suelen desarrollar sus actividades en zonas habitadas por personas de bajos recursos. Allí los costes que la industria deberá afrontar en concepto de indemnización por daños a los vecinos serán menores que si se instalasen en una zona de altos recursos.

El coste de la indemnización, sin embargo, no es el único factor que influye en la decisión de orientar los riesgos hacia los más pobres. Lo sería si las víctimas siempre fueran a lograr un resarcimiento. Pero que lo logren, o no, depende de una multiplicidad de factores, entre ellos, la regla de responsabilidad aplicable al caso. Cuando el estándar aplicable es la culpa, la situación es aún peor, ya que podría ocurrir que una misma acción fuese considerada *negligente* si el riesgo se dirige hacia los ricos y *no negligente* si se dirige hacia los pobres. Una aplicación de la fórmula de Hand, o de cualquier otro estándar que incluya los costes y los beneficios como parte de la evaluación de la culpa, indicará una marcada tendencia a que la conducta sea considerada

³⁸⁶ Digo «generalmente» porque algunas variables que impactan sobre el monto de la compensación no están conceptualmente ligadas a las ideas de pobreza o riqueza. Por supuesto, si consideramos solo los bienes materiales, los pobres *siempre* tienen menos que perder que los ricos. Pero si incluimos en el cálculo, por ejemplo, la indemnización por la pérdida de familiares (daño emergente y daño moral) no existe una relación conceptual que nos indique que unos tienen más que perder que los otros. Dejando de lado un cuestionable análisis económico que indicaría que el sufrimiento de los pobres es más fácil de compensar que el de los ricos, debido a la utilidad marginal decreciente del dinero, creo que es correcto relativizar el argumento del modo en que lo hago.

negligente cuando más alto sea el valor de los bienes sobre los que recae el riesgo, siempre que los costes de prevención sean constantes. En este contexto, los pobres no solo serán expuestos a mayores riesgos que los ricos, sino que en muchos casos ni siquiera serán compensados por los daños que resultan de tal circunstancia. Veamos un ejemplo.

Imaginemos que es posible reducir en 225 el daño esperado a los bienes del vecino tomando medidas precautorias cuyo coste es 50. El agente que no adopte estas medidas será considerado negligente de acuerdo con la fórmula de Hand. No obstante, si el valor de los bienes del vecino fuese sustancialmente menor, supongamos cinco veces menor, adoptar las mismas medidas reducirá en 45 el valor esperado del accidente; en este caso la omisión de tomar medidas por 50 no constituirá negligencia. Esto implica que a igual probabilidad de daño, manteniéndose constantes los costes de evitación, una misma conducta puede ser considerada negligente cuando se dirige hacia un rico pero no cuando se dirige hacia un pobre³⁸⁷. Entonces, la indemnización de los pobres, bajo el estándar de negligencia, depende de que los costes de evitación, o de oportunidad, del agente dañador no sean demasiado elevados. Otra cuestión adicional es que la adopción de medidas precautorias de 50 resulta más gravosa en términos relativos para los pobres que para los ricos, debido a que la utilidad marginal del dinero es decreciente. Por ello, ser diligente cuando la conducta impone riesgos sobre bienes de alto valor siempre es más gravoso para los pobres, ya que el coste de las medidas precautorias que deben adoptar tiene un impacto mucho mayor respecto de su nivel de riqueza e ingresos³⁸⁸.

Pero esto no es todo. Debido a que el derecho de daños casi nunca ofrece una compensación plena, y que las personas pobres están más expuestas al riesgo porque existe, como recién se explicó, un incentivo a imponer mayores riesgos sobre los más desaventajados, los efectos de la sub-compensación impactan en mayor medida sobre estos últimos que sobre los ricos. Si el argumento anterior es correcto, los pobres tienen más probabilidades de ser víctimas de accidentes y, por ello, de ser demandantes en un juicio de responsabilidad extracontractual. Por tanto, incluso en el mejor mundo posible, aquel en el cual cada víctima demanda, resulta vencedora en el litigio y recibe una indemnización, el reconocido fenómeno de la subcompensación afectará más a los pobres que a los ricos, lo que hace que los actuales sistemas basa-

387

Coste de las medidas	Valor de los bienes del vecino	Probabilidad de daño	Daño esperado	Omisión de tomar las medidas
50	450	0,5	225	Negligente
50	90	0,5	45	No negligente

³⁸⁸ El argumento completo puede consultarse en KEREN-PAZ, 2007: 85-132.

dos en la justicia correctiva sean regresivos. Sin embargo, el mejor mundo posible omite algunos datos importantes para el análisis. Debe agregarse el hecho de que los altos costes de litigar hacen esperable (y esto es lo que de hecho ocurre) que los pobres demanden en menor medida que los ricos y, por consiguiente, que obtengan una tasa de compensación todavía menor que la óptima³⁸⁹.

En síntesis, el argumento es el siguiente: 1) compensar a los pobres cuesta menos que compensar a los ricos; 2) en ocasiones es posible dirigir las acciones riesgosas sobre los colectivos a quienes cuesta menos compensar; 3) por estas razones, habrá una clara tendencia a que los pobres resulten más expuestos a los riesgos que los ricos; 4) como la mayoría de las víctimas son pobres, ellos sufren los efectos de la subcompensación propia del derecho de daños en mayor medida que los ricos; 5) la subcompensación se produce por varias razones: a) cuando se materializa el daño, el estándar aplicable determina en ocasiones que no tengan derecho a recibir un resarcimiento; b) cuando el estándar aplicable los favorece, muchas veces, no demandan debido a los altos costes de hacerlo; c) cuando demandan y logran una sentencia favorable³⁹⁰, el monto indemnizatorio suele ser inferior al valor del daño.

Por todo lo anterior un sistema basado en la justicia correctiva es necesariamente regresivo. Si uno pretende un sistema de derecho de daños que se adecúe a las exigencias de una justicia distributiva igualitaria, debería realizar ciertas modificaciones. Por ejemplo, al momento de evaluar la negligencia del demandado podría considerarse relevante la situación patrimonial de las partes. Ello haría que los ricos estén sujetos a estándares más altos de dili-

³⁸⁹ KEREN-PAZ, 2007: 68-69. Además de estas, existen muchas otras razones, no directamente relacionadas con la justicia correctiva, que hacen que los sistemas actuales sean regresivos. Por ejemplo, el sistema de seguros contra terceros es inequitativo en tanto cobra a todos los asegurados primas idénticas por daños, tomando como base para el cálculo el promedio de los montos indemnizatorios otorgados por los tribunales, pero resulta que los pobres cuando son dañados reciben una porción menor de esas indemnizaciones, ya sea porque demandan en menor proporción que los ricos o porque la compensación se calcula con base en la riqueza que cada uno tiene antes del accidente.

³⁹⁰ El hecho de que un colectivo esté expuesto en mayor medida a un riesgo supone de inicio que sus porciones distributivas, sus bienes, tienen un valor inferior en términos relativos que las porciones de otros grupos menos expuestos, debido a que en muchas ocasiones no es posible probar los extremos jurídicamente exigidos para lograr una sentencia favorable. Por una parte, las víctimas no pueden demandar más que el monto del daño, pero el valor esperado de la indemnización siempre es menor que este valor. Ese valor esperado es equivalente al monto reclamado ponderado por la probabilidad de lograr la condena del agente dañador. Como esta probabilidad siempre es menor que 1, los grupos más afectados por el riesgo sufren más los efectos de los sistemas bilaterales. De este argumento se sigue que el grupo más afectado es el de los pobres.

gencia, lo que neutralizaría algunos de los efectos negativos señalados en los párrafos anteriores³⁹¹.

Como dije al comienzo, este argumento igualitario es normativo, en cambio, el que yo ofreceré es netamente interpretativo. Intentaré mostrar que la mejor interpretación del punto de vista interno consiste en entender el derecho de daños como una institución regulada tanto por la justicia distributiva como por la justicia correctiva. Este análisis pretende ser neutral. Es un análisis de la práctica en tanto parte del discurso de los participantes a fin de reconstruir el esquema conceptual que mejor explica este discurso. De esta manera busca esclarecer *la práctica que es* en lugar de criticarla y proponer reformas. Mi argumento, para exponer el punto de otro modo, no depende de la plausibilidad de los principios distributivos o de la justicia correctiva que invocaré para *explicar* la responsabilidad extracontractual. A fin de cuentas podría resultar que la llamada justicia correctiva sea moralmente indefendible. Personalmente creo que en las culturas liberales se trata de un principio difícilmente rechazable para la regulación de los daños intencionales. ¿Qué otra cosa podría establecer la justicia respecto de un daño intencional más que imponer a quien lo causó la obligación de repararlo? Si esta es una solución intuitivamente justificada, la justicia correctiva es un principio *prima facie* justificado, al menos tomando como referencia estas culturas. Sin embargo, una indagación moral más profunda podría conducirnos a negar la fuerza normativa de la justicia correctiva en los daños no intencionales o en los casos de responsabilidad objetiva. Dejaré esta discusión para otro momento. Por ahora debe quedar claro que mi argumento será interpretativo, no justificatorio, por lo que las objeciones igualitarias a los actuales sistemas que implementan la justicia correctiva no son algo de lo que deba ocuparme aquí.

Sin perjuicio de ello, me gustaría señalar que algunos de los problemas recién mencionados, como la subcompensación, no son *exclusivos* de la justicia correctiva. Si la subcompensación es un problema conceptual, es decir, resulta imposible situar a la víctima en el punto de indiferencia entre la indemnidad y la compensación porque tal punto no existe, este problema lo tienen incluso los sistemas sociales de compensación general, como el neozelandés. Ahora, si el problema no es conceptual sino empírico, es decir, los tribunales suelen subcompensar a las víctimas porque no emplean los métodos apropiados para establecer el valor real del daño, el problema no es de la justicia correctiva sino de otro aspecto de la práctica. La justicia correctiva podría todavía estar justificada sin que esté justificado el método de cuantificación empleado por los jueces.

En segundo lugar, la crítica de que la justicia correctiva siempre dará lugar a sistemas regresivos solo funciona si uno analiza el derecho de daños aislada-

³⁹¹ KEREN-PAZ, 2007: 103.

mente, sin considerar cómo otras instituciones fundadas en la justicia distributiva contribuyen a contrarrestar los efectos negativos que la responsabilidad extracontractual pueda tener sobre los menos favorecidos. Si una comunidad adoptase solo aquellas instituciones inspiradas en la justicia correctiva, digamos un derecho de daños bilateral y un derecho contractual con algunas pocas excepciones de incumplimiento, como el fraude, el error, el dolo o la violencia, entonces, este sistema sería sin duda regresivo. Pero solo una comunidad libertaria, si acaso alguna, podría contar exclusivamente con instituciones de justicia correctiva para regular la vida social. Así, en una comunidad semejante, la única función del Estado sería procurar que se cumplan los contratos y que se rectifiquen las interacciones injustas. Un Estado tan limitado es obviamente objetable desde el punto de vista de las teorías liberales igualitarias, pero la cuestión que debe determinarse es si lo objetable resulta ser la justicia correctiva o la concepción general del Estado y sus funciones.

Expresado de otro modo, ¿es la justicia correctiva o la ausencia de otras instituciones distributivas complementarias lo que genera efectos regresivos? El sentido de la división del trabajo institucional es precisamente lograr una combinación de instituciones tal que los efectos negativos de algunas sean compensados por los efectos positivos de otras. A fin de cuentas no existen instituciones que satisfagan todos los objetivos sociales relevantes. Por esta razón, se implementan todas aquellas instituciones que logran los efectos deseados y, a la vez, se añaden otras que contrarrestan los efectos secundarios no deseados. El punto óptimo se halla en la combinación de instituciones que maximiza la obtención de los objetivos sociales perseguidos y minimiza los efectos colaterales negativos. En el caso de la responsabilidad extracontractual, seguramente su existencia se explique por el objetivo social de implementar la justicia correctiva para regular las interacciones privadas. Los posibles efectos negativos de esta institución, evaluados a la luz de otros objetivos sociales también valiosos, como la distribución equitativa de los recursos, deben ser corregidos mediante instituciones complementarias. El error es criticar a la justicia correctiva por los efectos negativos que pueda producir sobre otros objetivos sociales, sin considerar el esquema global en que su implementación institucional se encaja. En una comunidad libertaria sabemos que no existirán instituciones complementarias, y ello es lo criticable para un liberal igualitario: implementar la justicia correctiva sin contrarrestar sus posibles efectos negativos sobre los menos favorecidos. Siendo esto así, el argumento contra la justicia correctiva queda sustancialmente debilitado.

1.2-Un esquema de distribución local

Este enfoque asume que la propia idea de *justicia* en la asignación de los costes de los accidentes es para los participantes de la práctica normativamente inescindible de consideraciones distributivas. Ya sea porque se evalúan los estados del mundo luego del acaecimiento del daño o, alternativamente, las instituciones del derecho privado en virtud del patrón distributivo que tienden a generar³⁹², la verdad es que el fundamento normativo último de la responsabilidad extracontractual, y la amplia gama de casos que se litigan bajo este rótulo, solo puede ser explicada apelando a la justicia distributiva. Desde el punto de vista interno, el derecho de daños puede ser entendido como una institución orientada a producir resultados distributivamente justos.

Si este argumento es correcto, debe encontrarse una interpretación de la práctica que la presente como un esquema de distribución, no de bienes sino de pérdidas. Lo que explica que se imponga a una de las partes la obligación de indemnizar (y la solución contraria: el rechazo de la demanda de la víctima) es el resultado distributivo que tendrá lugar luego de un litigio. La razón por la cual la compensación de las pérdidas sufridas es una cuestión de justicia no tiene que ver con la injusticia intrínseca de ciertas interacciones sino con el resultado distributivamente injusto que se produciría si un agente dañase a otro y no lo compensase. Pero si esto fuese correcto, ¿cómo puede explicarse que en los litigios del derecho de daños ni las partes ni los jueces invocan razones distributivas, sino que estructuran sus argumentos a partir del daño, la acción incorrecta o riesgosa y la causalidad que media entre ellos?

La respuesta es que en realidad no todos los litigios en los que una parte pretende la reparación del daño sufrido tienen que ver con interacciones injustas. Por ejemplo, según el derecho argentino, en ciertas circunstancias procede la indemnización por equidad cuando el agente dañador causa un daño involuntario (IV.4.2), y en muchos otros ordenamientos los padres responden por los daños que causan sus hijos menores de edad, aunque no están vinculados causalmente con la víctima. Estos casos escapan al ámbito de las interacciones injustas entre actor y demandado. ¿Podría ser entonces que estos casos pertenezcan a la justicia distributiva, mientras que la rectificación de las interacciones injustas sigue siendo una cuestión de justicia correctiva? El argumento ahora diría que esto es un error derivado de una con-

³⁹² Deseo ofrecer un argumento general, aplicable a las concepciones de la justicia distributiva que entienden que la evaluación se realiza sobre los estados del mundo y también a aquellas concepciones que toman por objeto a las propias instituciones. Esta es la distinción entre las concepciones que establecen patrones y las dinámicas, que señalé en el apartado VIII.2. Por ello, me refiero a los estados del mundo que las instituciones generan o tienden a generar.

cepción restringida de la justicia distributiva. De adoptarse una concepción amplia, *la injusticia de la interacción es condición suficiente de la injusticia del resultado distributivo*. Como correlato de esto, la rectificación de la interacción injusta también es condición suficiente para la satisfacción de la justicia distributiva. Dicho de otro modo, la justicia correctiva es instrumentalmente necesaria para lograr una distribución justa de los daños que tienen lugar en las interacciones privadas en las cuales los derechos de una de las partes resultan vulnerados. Aun así, esta reconstrucción enfatiza la justicia de la distribución y no la rectificación de las interacciones injustas. Entonces, sin importar cuán presente pueda estar entre los juristas la idea de que el derecho de daños es una cuestión de justicia correctiva, el fundamento último de la responsabilidad extracontractual es distributivo. La *justicia* de la justicia correctiva radica en que este principio es la implementación de otro principio más fundamental que tiende a garantizar un resultado distributivamente justo. La corrección no es más que un medio para alcanzar la distribución deseada. Quedarse con las explicaciones de la justicia correctiva supone limitarse a un aspecto superficial de la práctica.

De acuerdo con este marco interpretativo, la responsabilidad extracontractual consiste en asignar un coste, dado por la pérdida o su compensación, entre dos o más personas, con algún criterio³⁹³. Por supuesto, no es posible sostener que el derecho de daños funciona como un esquema de distribución general, pero sí es plausible afirmar que se trata de una distribución local; abarca a todos los individuos que pueden ser identificados como parte del colectivo relevante. En la mayoría de los casos, la asignación de la pérdida se limita a una decisión que incluye a la víctima del perjuicio y al agente causal del daño. Pero no siempre. La responsabilidad del principal por los hechos del dependiente, o la de los padres por los daños causados por sus hijos menores de edad, por ejemplo, resultan más difíciles de explicar como una cuestión de justicia *entre las partes* de una interacción. El padre del menor no ha interactuado de ningún modo con la víctima del daño, pero de todas formas está llamado a participar del litigio y, eventualmente, a satisfacer la compensación reclamada por el demandante. Este tipo de casos, que solo con cierta incomodidad pueden caber en la estructura de la justicia correctiva, tienen perfecto sentido en un esquema de distribución local, ya que haber sufrido un daño o haberlo causado no son los únicos criterios que determinan quiénes forman parte del colectivo relevante; el rol social de ciertos individuos, como aquellos que tienen personas a su cargo, o la posición de garante, son razón suficiente para pertenecer al conjunto de posibles responsables. Es interesante observar que la implementación de la justicia correctiva,

³⁹³ A fin de reconstruir esta posición no me he basado en ningún autor en particular, pero he tomado elementos de PERRY, 1992b; 1992c; y de FINKELSTEIN, 1992: 955-963. He preferido realizar mi propia reconstrucción para evitar la introducción de debates innecesarios para mi argumento. Creo que la exposición que realizo captura el punto central de la responsabilidad extracontractual como distribución local.

cuando es procedente, solo es una de las varias maneras de asegurar la justicia distributiva. Un litigio por responsabilidad extracontractual, desde esta perspectiva, no tiene por qué estar organizado a partir de la acción incorrecta del demandado. El rol social que él ocupa, como en el caso de la responsabilidad de los padres o tutores, también es *condición suficiente* para fundar la obligación de compensar y servir de este modo a la justicia distributiva.

Esta aproximación al fenómeno parece intuitiva porque refleja una preocupación que los jueces pueden tener al momento de decidir un caso de responsabilidad extracontractual. Siendo ineludible que la pérdida vaya a recaer sobre el demandante o el demandado, la pregunta natural es quién debe (o merece) resultar empobrecido y quién enriquecido. Tal como planteaba la cuestión HOLMES (véase el apartado IV.5), ¿debe quedar la pérdida en cabeza de quien la sufrió o existen razones de peso para trasladarla a otro individuo? La decisión que se tome respecto de la obligación de indemnizar afectará necesariamente las porciones distributivas de las partes en el litigio, por ello, es una decisión de carácter eminentemente distributivo. La justicia correctiva, interpretada como principio último orientado a la reparación de las pérdidas injustas, es un enfoque de alguna manera ingenuo, porque el daño no puede ser eliminado. Lo máximo que puede lograrse es que la víctima no cargue ella misma con la pérdida sino que sea otro individuo quien deba soportarla. Los daños son costes hundidos, no desaparecen con la compensación. Por esta razón, si lo único que podemos hacer es trasladar las pérdidas de una persona a otra, la justicia de realizar esta operación debe estar en el hecho de que esa pérdida es *injusta* en cabeza de la víctima, pero no lo es en cabeza del agente dañador. Evidentemente, toda la fuerza normativa de la justicia correctiva recae sobre la noción de injusticia que se aplica a las pérdidas; y parece que no hay ninguna manera de dotar de contenido a la noción de injusticia sin apelar a consideraciones distributivas. ¿Por qué es justa la regla de responsabilidad objetiva según la cual cuando dos individuos sin culpa tienen un accidente el agente causal de la pérdida debe asumir los costes de la indemnización? ¿Es posible zanjar esta cuestión sin introducir juicios distributivos? La responsabilidad extracontractual, entonces, no puede más que elegir entre dejar la pérdida sobre la víctima o imponerla a alguna otra persona; y si esto debe hacerse con justicia ha de contarse con algún criterio distributivo que justifique la decisión³⁹⁴.

Resumiendo, el argumento de la distribución local pretende ofrecer una interpretación de los sistemas bilaterales y del discurso de los participantes. A diferencia de lo que tradicionalmente se sostiene, según esta teoría la responsabilidad extracontractual no está basada en la justicia correctiva, en la rectificación de las interacciones injustas, sino en juicios distributivos locales. Esta posición correctamente enfatiza que las decisiones sobre la responsabi-

³⁹⁴ Para una explicación de esta posición y los ataques que ha recibido, véase FLETCHER, 1993: 1668-1669.

alidad tienen efectos distributivos, pero este hecho resulta irrelevante en mi opinión al momento de justificar la decisión. Aun cuando los jueces fuesen conscientes de los efectos que tendrán sus decisiones sobre la distribución de los recursos de las partes, de aquí no se sigue que estas consecuencias sean determinantes en los razonamientos prácticos que llevan a la imposición de la obligación de compensar sobre el agente dañador.

La objeción es muy sencilla. El argumento de la distribución local interpreta lo que ocurre en un litigio de responsabilidad civil como la distribución de una pérdida entre el actor y el demandado. La presencia de ambos en el litigio está justificada porque forman parte del colectivo normativamente relevante. La relevancia se determina con algún criterio, entre los que cuentan haber sufrido un daño, haber contribuido a él u ocupar convencionalmente una posición de garante respecto de los intereses de otros. Al menos en algunos casos, entonces, el argumento de la distribución local incluiría dentro del colectivo relevante a quien sufrió un daño y a todos los vinculados causalmente con esta pérdida. Esto último, por supuesto, puede incluir también a la víctima, siempre que su acción haya contribuido en la producción del daño. En estos casos, la presencia de la víctima está doblemente justificada: en primer lugar, pertenece al colectivo relevante por ser víctima y, adicionalmente, por ser uno de los agentes causales involucrados. Como la víctima siempre está incluida en el colectivo, no es necesario adherir a la extravagante tesis según la cual su participación causal en la producción del daño es inevitable³⁹⁵.

Lo esencial parece ser que, de acuerdo con algunos de los criterios enunciados, el actor y el demandado forman parte del colectivo entre los que se va a distribuir la pérdida. Una vez delimitado el colectivo, corresponde a los tribunales realizar la asignación de cargas, distribuyendo el daño de acuerdo con el mérito de cada parte. Al igual que en el esquema aristotélico la distribución de los beneficios se realizaba tomando en cuenta el mérito relativo de cada uno, aquí el mérito no determina una porción de los recursos a la que cada parte tiene derecho sino los costes del accidente que cada uno debe soportar. Usualmente, la negligencia marca una diferencia moral en las acciones de los involucrados que justifica la imposición de la obligación de reparar el daño o, desde el punto de vista de la víctima, de soportar la pérdida. Otras veces el criterio decisivo es haber expuesto a la víctima a niveles elevados de riesgo por medio de conductas permitidas, es decir, cuyo nivel de riesgo no

³⁹⁵ Por ejemplo, si Axileas ataca a Xenofonte mientras éste duerme la siesta, es difícil sostener que Xenofonte está causalmente vinculado. Solo es posible afirmarlo adoptando una posición extrema de la causalidad que apele a contrafácticos como el siguiente: si Xenofonte no hubiese estado durmiendo la siesta en ese lugar, en ese momento, el daño no se habría producido; pero los resultados de una teoría como esta serán sumamente contraintuitivos. Afortunadamente el argumento no depende de que se acepte esta posición.

configure negligencia; estos son los casos de responsabilidad objetiva. Pero incluso en estos casos, el demandado podrá normalmente invocar la culpa de la víctima. Sin embargo, todo esto es contingente, ya que depende del contenido normativo de cada sistema. La idea aquí es mostrar cómo las reglas de responsabilidad o, en términos más generales, los distintos factores de atribución de responsabilidad, constituyen el *criterio* que da forma a la *distribución* de las pérdidas en el litigio.

El problema de esta interpretación es que la supuesta decisión distributiva carece de los principales atributos de una distribución. Aun cuando interpretemos que la negligencia o el riesgo son los criterios distributivos, para que el esquema tenga sentido debemos entender que la pérdida en cuestión es una carga de la cooperación que tiene lugar entre ambos individuos. La pérdida, así como los beneficios que obtienen de sus relaciones cooperativas, es algo que les pertenece conjuntamente, y la justicia en la distribución exige aplicar algún criterio razonable al momento de asignarlos o dividirlos entre ellos. Cuando dos individuos cooperan tiene sentido sostener que deben encontrar un modo justo de dividirse los beneficios de la empresa común. El derecho contractual, dentro de ciertos límites razonables impuestos por las doctrinas de la lesión subjetiva, el error, el dolo o el fraude, por mencionar algunos, avala cualquier distribución que resulte de la libre negociación entre las partes. Pero, ¿tiene sentido interpretar los daños del mismo modo, como algo que debe ser distribuido entre dos individuos a quienes la pérdida pertenece en condominio?

En la responsabilidad extracontractual, la mayoría de las veces las partes no son cooperantes, sino desconocidos. Sus interacciones suelen ser desafortunadas, no buscadas ni deseadas por ninguna de ellas. No obstante, en algunos casos podríamos sostener que el daño pertenece a ambos en el sentido de que ellos lo causaron o crearon conjuntamente. Tanto Axileas como Xenofonte cambiaron el mundo haciendo que Xenofonte sufriera una pérdida. La pérdida les pertenece y debe ser distribuida entre ellos. Bajo el estándar de negligencia, si Axileas hubiese obrado de modo incorrecto, estaría obligado a reparar la pérdida. Ello demuestra que siendo la culpa el criterio distributivo, y Xenofonte inocente, los méritos relativos de cada uno determinan que Axileas deba hacerse cargo del total de la pérdida, en tanto Xenofonte no debe asumir ninguna porción de aquella. Pero si, bajo este mismo supuesto en el cual el estándar relevante es la negligencia, ninguno de los involucrados hubiese realizado una acción incorrecta, Xenofonte no tendría derecho a ser compensado. Entonces, pese a que ambos son causantes de la pérdida, es decir, pese a que el daño es algo que ambos trajeron al mundo y que por ello les pertenece en condominio, Xenofonte debe soportarlo íntegramente, cuando según el criterio de justicia relevante —la negligencia— ni él ni Axileas tienen el mérito que hace justo que lo soporten.

De acuerdo con un esquema distributivo, el daño es un mal común que debe ser distribuido atendiendo al mérito relativo de los miembros del colectivo relevante. No obstante, si ninguno fue negligente, a ninguno *pertenece* el daño. Ello implica que ninguno tiene el deber de hacerse cargo de él. Al contrario, en la responsabilidad extracontractual esto se traduce en que Xenofonte deberá soportarlo por el mero hecho de que no se verifica ninguna razón relevante para trasladarlo a Axileas. El mérito relativo de Axileas es nulo, por lo tanto, no debe cargar con el daño ni siquiera parcialmente. Pero lo mismo es aplicable a Xenofonte que, pese a ello, soporta la pérdida en su totalidad. Dicho de otro modo, si el estándar aplicable es la negligencia, y nadie fue negligente, la víctima quedará sin compensación. Esto significa que deberá asumir el daño. Esto, no obstante, viola el propio criterio distributivo según el cual la *distribución justa* de la pérdida entre todos los agentes involucrados (los agentes causales del daño, supongamos, incluida la víctima) dependía de la negligencia. Así definida la cuestión, nadie que no es negligente debe soportar el daño. La responsabilidad extracontractual deja de todas formas que la víctima lo soporte aun cuando no haya sido negligente.

Esto demuestra que la responsabilidad civil no puede ser interpretada como cuestión de distribución local porque los daños *no son cargas comunes* que deben ser distribuidas. Hay daños que pese a ser causados por ambos sujetos quedarán sin compensación en caso de no haber negligencia por parte de nadie. Resulta que nadie tiene el mérito necesario para ser obligado a soportar una porción de la pérdida, pero en el derecho de daños la respuesta correcta es que la pérdida *pertenece* a la víctima. Lo mismo ocurriría si el estándar fuese objetivo y el daño no hubiese sido causado por el riesgo de la acción de algún agente en particular, ni tampoco por el riesgo que asumió la propia víctima. ¿Por qué debe soportarlo ella entonces? Afirmar ahora que solo algunos daños son una carga común que debe ser distribuida, mientras que otros pertenecen siempre a la víctima, no sería más que una solución *ad-hoc* con bajo poder persuasivo: el presupuesto inicial de todo esquema distributivo es que los daños son el objeto de la distribución. Sin embargo, la responsabilidad extracontractual no trata a los daños de este modo. El discurso habitual y la manera de gestionar los costes de los accidentes se relaciona con los derechos y los deberes de las partes, no con cargas comunes que deben ser repartidas. La pregunta desde un comienzo es si la responsabilidad extracontractual, en especial el litigio de estructura bilateral, puede ser interpretado como una operación de distribución de cargas. Mi argumento está dirigido a mostrar que la respuesta es negativa.

A continuación explicaré de qué modo la justicia distributiva es un elemento importante para comprender la responsabilidad extracontractual.

1.3-Reglas de la responsabilidad y distribución de derechos

1.3.1-La elección entre diferentes reglas

En el apartado anterior he mostrado por qué el derecho de daños no puede ser interpretado como la implementación de un esquema de distribución local. La hipótesis más sólida, por el momento, es que implementa la justicia correctiva. Los sistemas bilaterales identificados con este principio de justicia incluyen principalmente dos tipos de reglas: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. Pese a que la aplicación de estas reglas puede ser una cuestión de justicia correctiva, como se verá a continuación, los distintos esquemas alternativos producen efectos distributivos diferentes. La elección entre ellos no puede ser justificada, ni comprendida, como una cuestión de justicia correctiva sino que debe apelarse a los principios de justicia distributiva. Dicho en pocas palabras, intentaré mostrar que la estructura bilateral del proceso en el cual se rectifican los daños no puede ser explicada por la justicia distributiva sino que es principalmente una cuestión de justicia correctiva. A la vez, las reglas sustantivas que se aplican en ese proceso no pueden ser entendidas desde la justicia correctiva sino que su comprensión requiere de una apelación a la justicia distributiva. Así es como la justicia distributiva y la justicia correctiva ofrecen conjuntamente la explicación más completa de la práctica; y en este sentido, la explicación que propongo será plural³⁹⁶.

Imaginemos que Axileas y Xenofonte realizan dos actividades que en ocasiones demuestran ser incompatibles. Supongamos que Axileas tiene perros guardianes en su campo y que su vecino Xenofonte cría gallinas. Cada tanto sucede que los perros de Axileas atacan a las gallinas de Xenofonte. Cuando ello ocurre, Xenofonte sufre pérdidas considerables, mientras que sus gallinas nunca causan perjuicio alguno a Axileas. Es evidente que la actividad de Axileas repercute negativamente sobre los intereses de Xenofonte. Si tuviésemos que determinar qué exige la justicia en este caso, no podríamos apelar directamente a la justicia correctiva para sostener que Axileas debe indemnizar a Xenofonte. ¿Cómo sabemos que la interacción es injusta? En el estado de naturaleza no existen interacciones injustas. Una interacción se convierte en injusta después de que se hayan asignado los derechos de las partes. Solo entonces la vulneración del derecho de otro puede dar ocasión a la justicia correctiva.

Supongamos ahora que deseamos asignar un derecho a Xenofonte, de modo tal que goce de cierta indemnidad frente a los perjuicios que le causan los animales de Axileas. Aun así, la justicia correctiva no nos dará una respuesta

³⁹⁶ Las premisas iniciales de mi análisis sobre la justicia distributiva y la responsabilidad extracontractual las he tomado del argumento de CANE, 2001. Véase también CANE, 1996: 478-481.

automática, ya que existen diversas maneras de proteger a Xenofonte. Su derecho podría estar protegido por una regla de responsabilidad objetiva o por una regla de responsabilidad por culpa. La pregunta más abstracta que debemos formularnos es qué regla debería regular los casos de daños causados por animales. Una posibilidad es que el dueño de los animales sea objetivamente responsable por todo perjuicio que ellos ocasionen a los intereses de terceros. En ese mundo, la justicia correctiva impondría a Axileas la obligación de reparar los daños sufridos por Xenofonte, sin importar que Axileas haya obrado con diligencia, es decir, que haya adoptado las medidas precautorias óptimas dirigidas a disminuir la probabilidad de ocurrencia del daño. Con esta regla, Axileas será responsable incluso cuando no existan medidas que pueda tomar para evitar el daño o reducir su valor esperado. Otra posibilidad es que el dueño sea responsable por los perjuicios a los intereses de terceros causados por sus animales siempre que haya obrado de modo negligente. En este caso, Xenofonte tendrá derecho a cobrar una indemnización solo si Axileas violó el estándar de cuidado que era exigible en las circunstancias.

Existen, por supuesto, muchas otras posibilidades. Podríamos considerar la incorporación de excepciones de culpa de la víctima o reglas sobre ruptura de la relación causal, entre otras cosas. No obstante, este modelo sencillo muestra que la elección que se haga entre estas dos reglas tendrá importantes consecuencias distributivas para las partes. El mundo de la responsabilidad objetiva es peor para Axileas que el mundo de la responsabilidad por culpa. Cuando la regla vigente es la responsabilidad objetiva, Axileas debe internalizar todas las externalidades negativas que sus animales producen para Xenofonte. En cambio, cuando la regla es la culpa, Axileas solo deberá internalizar parcialmente los perjuicios que causan sus animales. No tendrá el deber de reparar más daños que los producidos por su negligencia. Esta segunda alternativa lo enriquece respecto de la primera. Asumiendo que en ambos casos él adoptará las medidas precautorias óptimas (V.1), el coste esperado en indemnizaciones es mayor con la regla de responsabilidad objetiva que con la regla de culpa. Lo contrario ocurre desde el punto de vista de Xenofonte. Él preferirá que la regla vigente sea la responsabilidad objetiva, ya que así maximiza su indemnidad frente a las actividades de Axileas. Con una regla de negligencia, Axileas adoptará medidas precautorias, pero salvo que estas reduzcan a cero la probabilidad de daño, Xenofonte tendrá que soportar sus pérdidas, ya que no tendrá derecho a cobrar una indemnización por los perjuicios que los perros guardianes causan a sus gallinas.

Expresado en términos ya familiares, la regla de responsabilidad objetiva garantiza a la víctima una esfera de libertad más amplia que la regla de la culpa. Su ámbito de indemnidad, esto significa su derecho a estar libre de la interferencia ajenas, es mayor en el primer caso que en el segundo. Desde el punto de vista del agente dañador el caso es exactamente el opuesto. Su li-

bertad de acción, el ámbito en el que cual puede obrar libre de los reclamos de terceros, es mayor cuando la regla vigente es la culpa que cuando rige la responsabilidad objetiva. Por lo tanto, la decisión de regular los daños causados por animales con alguna de estas reglas, y no con la otra, debe estar fundada en la justicia distributiva. No podría estar fundada en la justicia correctiva, porque ella solo ordena la rectificación de las interacciones injustas, y para saber cuándo una interacción es injusta debemos saber cuál es la regla aplicable al caso. La responsabilidad objetiva y la culpa, pese a la lectura tradicional que se ha hecho de ellas³⁹⁷, definen los derechos de las partes; por ello, encuentran su fundamento en la justicia distributiva, no en la justicia correctiva. Una vez realizada la distribución puede operar la rectificación de las interacciones injustas. Solo cuando sabemos, por ejemplo, que la víctima tenía un derecho a *no sufrir ningún daño causado por la culpa de otra persona*, podemos afirmar que la acción negligente de Axileas que produce un perjuicio a Xenofonte es una interacción injusta que debe ser rectificada según la justicia correctiva.

Nótese que el derecho de la víctima es un derecho a no ser dañada. Cuando la regla es la responsabilidad objetiva, su derecho incluye no ser dañada por acciones riesgosas (o algún otro factor de atribución convencionalmente establecido que no dependa de que la conducta sea incorrecta)³⁹⁸. Si la regla es la culpa, el derecho de la víctima es a no ser dañada mediante acciones incorrectas. El derecho de las potenciales víctimas es más débil en este segundo caso que en el primero, en tanto garantiza un ámbito de indemnidad más reducido. Correlativamente, el agente dañador tiene el deber de no dañar. La extensión de su deber depende del tipo de regla. Con una regla de responsabilidad objetiva, supongamos por riesgo, incumplirá su deber cada vez que la víctima sufra un perjuicio a causa de una acción riesgosa que él realiza. Si la regla fuese la culpa, solo sus acciones negligentes causalmente vinculadas con el daño supondrían una infracción del deber que tiene respecto de la víctima.

Según esta lectura distributiva de la responsabilidad extracontractual, los sistemas de reparación de daños asignan derechos de indemnidad frente a la

³⁹⁷ De acuerdo con la lectura tradicional, la acción incorrecta es un elemento esencial de la justicia correctiva, por ello, para acomodar ambas reglas de responsabilidad en la teoría, convierten a la responsabilidad objetiva en una forma de responsabilidad por culpa. En cambio, la interpretación que ofrezco no necesita considerar que la introducción de un riesgo es siempre una instancia de acción negligente. Esto sería difícil de conciliar con la idea de que la primera conducta está permitida y la segunda prohibida.

³⁹⁸ Diré más sobre los factores de atribución en el apartado X.3.3. Por ahora es importante tener en cuenta que la responsabilidad objetiva no supone un derecho a no ser dañado de ninguna forma. El derecho es a no ser dañado de algún modo en particular. Los factores de atribución como la garantía, por ejemplo, son difíciles de acomodar en el marco de la justicia correctiva porque no existe una interacción entre la víctima y el obligado a reparar.

interferencia ajena. En las sociedades liberales la distribución de bienes incluye todos aquellos derechos y libertades necesarios para perseguir el plan de vida elegido. Dentro de los bienes fundamentales a fin de llevar adelante cualquier plan de vida están los derechos de indemnidad. Cuál es la extensión de nuestra libertad de acción y en qué medida estamos protegidos contra las interferencias de terceros parecen ser cuestiones esenciales de la justicia distributiva³⁹⁹. La justicia distributiva opera mediante una amplia gama de instituciones. Los derechos de indemnidad son distribuidos por los sistemas de responsabilidad civil. En ellos solo se expresan ciertas normas, como la que impone al agente dañador la obligación de indemnizar el perjuicio causado, ya sea por negligencia o por el riesgo generado, según el caso. Estas normas, típicamente asociadas con la justicia correctiva, también admiten una lectura desde la perspectiva de la distribución de derechos o bienes primarios. Consagran ámbitos más amplios o más restringidos de libertad de acción o de indemnidad (inmunidad frente a las acciones de terceros). Al hacerlo, dan contenido a los términos equitativos de la interacción entre los agentes morales. La justicia correctiva regula las interacciones en términos formales: establece que la *justicia entre las partes* consiste en que ellas actúen respetándose mutuamente sus derechos. En ese contexto, la justicia distributiva da contenido a los términos de la interacción en tanto define qué derechos tienen los individuos en sus relaciones privadas.

Una vez que se comprende que la justicia distributiva da contenido a los términos de la interacción, mientras que la justicia correctiva solo ordena la rectificación de las interacciones injustas, puede advertirse con claridad que la justicia correctiva es incapaz de operar sin un previo ejercicio de justicia distributiva que especifique qué pérdidas son injustas. Para definir los respectivos dominios de la justicia distributiva y de la justicia correctiva en el derecho de daños basta señalar que responden a preguntas diferentes. La justicia distributiva responde a la pregunta de cuándo una interacción es injusta. En cambio, la justicia correctiva pretende determinar la reacción debida ante las interacciones injustas. Así, las reglas de responsabilidad establecen los términos que deben respetar las interacciones. Definen los derechos y deberes primarios referidos a la indemnidad. La justicia correctiva, por su parte, está expresada por la obligación que tiene el agente dañador de reparar los daños causados injustamente. El principio opera una vez vulnerados los derechos y deberes primarios. Por ello, la justicia correctiva es una cuestión

³⁹⁹ De acuerdo con CALNAN, el derecho de daños distribuye entre los individuos tanto deberes de no dañar a otros como derechos a no ser dañados. La justicia distributiva exige que estos derechos y deberes sean asignados equitativamente. Por medio del derecho de daños, el Estado garantiza a los individuos algún grado de protección contra los actos de terceros, pero siempre intenta resguardar suficientemente la autonomía privada. A fin de equilibrar estos dos intereses, el Estado distribuye libertades y restricciones tomando el riesgo dirigido a otros como criterio para reducir la autonomía. Véase CALNAN, 1997: 82, 92 y 98.

de derechos y deberes secundarios de compensación. La pluralidad de principios que regulan el derecho de daños explica por qué habitualmente se yerra al pensar que las víctimas nunca tuvieron un derecho a la indemnidad sino solo a ser compensadas por el daño sufrido. La cuestión es más compleja, ya que las partes en la interacción gozan mutuamente de derechos a no ser dañadas, de algún modo particular, y tienen deberes de no dañar, también de un modo particular. La vulneración del derecho, analíticamente equivalente a la violación del deber, hace aplicable la justicia correctiva, que sí consagra derechos y deberes secundarios de compensación. Más adelante, trataré específicamente la cuestión de los derechos y deberes primarios y secundarios en la responsabilidad extracontractual (X.3.2.2).

1.3.2-Reglas sustantivas, redefinición de conceptos y proceso judicial

El argumento de la distribución local sin duda acierta al advertir que las decisiones sobre la responsabilidad tienen efectos distributivos. No obstante, creo que pasa por alto que el derecho de daños es más que un sistema de asignación judicial de costes. La práctica presenta dos aspectos fundamentales que pueden ser identificados con dos momentos distintos: la elección de las reglas de responsabilidad y su aplicación a fin de rectificar las interacciones que resulten injustas a la luz de ellas. Una teoría que no es capaz de distinguir estos momentos no podrá dar cuenta de que la justicia correctiva también desempeña un papel importante en la asignación de los costes de los accidentes.

El proceso judicial reúne a la víctima y al agente dañador y, en principio, la función de juez es rectificar las interacciones injustas *aplicando* estas reglas. No corresponde al juez, cuando el caso que debe decidir está perfectamente regulado, hacer consideraciones distributivas de ningún tipo. Simplemente evalúa la conducta del agente dañador y determina a la vez si el derecho de la víctima ha sido vulnerado. Cuando el caso está regulado por la regla de responsabilidad por culpa, el juez comprueba que el agente dañador haya violado su deber de no dañar a la víctima mediante una conducta incorrecta. La vulneración del derecho de indemnidad de la víctima hace que la interacción sea injusta. La dogmática civilista articula estos juicios con un análisis estratificado en el cual se verifica la existencia de una pérdida, una conducta incorrecta del agente dañador y una relación causal entre el aspecto que hace incorrecta la acción y el perjuicio sufrido por la víctima⁴⁰⁰. Más adelante, explicaré cómo el funcionamiento de estos presupuestos de la responsabilidad civil, el modo en que están relacionados, puede ser explicado por la estructura de los derechos y deberes de indemnidad, que son una cuestión de justicia distributiva (véase X.3.3). Sin detenernos por ahora en ello, puede afirmarse que el razonamiento del juez es complejo. Por una parte, verifica la

⁴⁰⁰ Véase WRIGHT, 1985b:1766-1774.

existencia de una interacción injusta, dada por una vulneración de los derechos de indemnidad; es decir, en primer lugar reconoce una distribución, no crea una nueva. En segundo lugar, una vez comprobada la interacción injusta, impone al agente dañador el deber de reparar la pérdida por aplicación del principio de justicia correctiva. En definitiva, un caso habitual de responsabilidad por negligencia o por riesgo no requiere para ser decidido ningún ejercicio distributivo por parte del juez.

La cuestión es totalmente diferente cuando el caso que se presenta no está regulado por las reglas de responsabilidad del sistema, o está deficientemente regulado. Pensemos cómo describiríamos la evolución de un ordenamiento jurídico que cuenta inicialmente con una única regla de responsabilidad basada en la culpa. En ese sistema, los perjuicios que sufren las víctimas por acciones riesgosas, pero permitidas, del agente dañador no son compensados. Ello se debe a que las acciones riesgosas que causan daños no vulneran los derechos de indemnidad que se les garantiza a las víctimas y, por lo tanto, no hay ocasión para la justicia correctiva. No obstante, con el tiempo, las víctimas comienzan a demandar por daños causados sin culpa del agente dañador y los jueces se muestran cada vez más proclives a admitir esos reclamos. Lo primero que hacen los tribunales es aligerar las cargas probatorias de la víctima. En este sentido, decretan una inversión de la carga de la prueba fundando su decisión en las particularidades de algunos casos que suponen una barrera epistémica desmedida para el demandante. De esta manera, aunque las víctimas no logran demostrar la culpa, los jueces la presumen si el agente dañador no es capaz de probar su inocencia. El sistema de derechos y deberes subyacentes permanece inalterado. La víctima sigue teniendo derecho a no ser dañada con negligencia y el agente dañador sigue estando obligado a no dañar mediante conductas incorrectas. La inversión de la carga de la prueba, pese a ello, no es neutral en cuanto a sus efectos distributivos. El coste de probar la negligencia está inicialmente a cargo de la víctima, pero luego de la evolución jurisprudencial ese coste queda en cabeza de los agentes dañadores. Sin embargo, los derechos y deberes de indemnidad de las partes siguen teniendo la misma extensión que al comienzo de la historia. Las esferas de libertad de cada uno no varían en cuanto a su extensión por el hecho de que sea el agente dañador o la víctima quien deba realizar el esfuerzo probatorio relevante. En el siguiente apartado diré más sobre esto.

Continuando con el relato, supongamos que luego de un tiempo los jueces flexibilizan aun más el requisito de negligencia negándose sistemáticamente a admitir la prueba de la diligencia cuando se trata de perjuicios causados por objetos riesgosos de los que el agente dañador se sirve. Esta regla, aunque los jueces no lo admitan explícitamente, ya es diferente. No se trata de una regla de culpa con inversión de la carga de la prueba sino de una regla de responsabilidad objetiva. El concepto de responsabilidad objetiva supone que haber obrado con la diligencia debida es irrelevante para evadir la obligación de

compensar los daños causados. Ante este panorama, diríamos sin hesitaciones que el juez ha modificado el sistema introduciendo una *nueva regla* aplicable a los casos de conductas riesgosas.

La introducción de una nueva regla aplicable a un caso que anteriormente quedaba fuera del ámbito de la negligencia constituye un ejercicio de justicia distributiva. El juez ha redefinido los derechos y deberes de indemnidad de las partes. En un principio la víctima tenía derecho a no ser dañada por negligencia, mientras que ahora tiene derecho a no ser dañada por negligencia o por conductas riesgosas⁴⁰¹. Su esfera de indemnidad se ha incrementado sustancialmente. Debe tolerar una cantidad menor de interferencias a sus intereses legítimos. Para el agente dañador la situación es la contraria. Luego de esta creación jurisprudencial, no solo es responsable por los perjuicios que causen sus conductas negligentes sino también sus conductas diligentes pero riesgosas. Su esfera de libertad se ha reducido en la misma medida en que se ha incrementado la indemnidad de sus potenciales víctimas. El juez ha realizado una redistribución de los derechos y deberes. Por supuesto, un solo caso de aplicación de la responsabilidad objetiva no es suficiente para afirmar que el sistema ha cambiado. La nueva regla introducida por el juez en los fundamentos de su sentencia —aquella que establece que cierto tipo de conductas riesgosas generan para el agente dañador la obligación de indemnizar más allá de que haya obrado sin culpa— no será parte del sistema hasta tanto no adquiera vigencia. Es decir, solo será correcto afirmar que esta regla es parte del sistema cuando se haya generalizado la práctica de los jueces de invocarla para fundar sus decisiones. Si cabe predecir que será aplicada para justificar sentencias futuras, entonces, será apropiado afirmar que la nueva regla está vigente⁴⁰².

También producen idénticos efectos distributivos las definiciones que formulan los jueces, incluyendo los enunciados sobre la extensión de un concepto o sus postulados de significación. Supongamos que los accidentes automovilísticos están regulados por una regla de negligencia y en la comunidad surge la duda de si conducir escuchando música a alto volumen es una acción negligente. Cualquiera sea la solución que adopten los jueces, ella tendrá efectos distributivos. Si los jueces determinan el alcance de la noción de negligencia de modo que abarque esta conducta, se incrementará el número de elementos del conjunto de acciones que acarrearán responsabilidad para el agente dañador. La víctima, por su parte, se beneficiará de la nueva definición conceptual, porque luego de ella su derecho a la indemnidad es más amplio. La *redefinición de conceptos*⁴⁰³, entonces, es otro modo de alterar la

⁴⁰¹ La determinación de qué conductas son riesgosas (sin ser negligentes) es una cuestión puramente convencional. Depende de la práctica concreta en cada sistema.

⁴⁰² Sobre la vigencia de las normas jurídicas, véase ROSS, 1958: 65 y siguientes.

⁴⁰³ Sobre la definición de conceptos en la sentencia judicial véase BULYGIN, 1966: 355, 357, 365.

distribución especificada en el sistema de derechos y deberes de indemnidad. La eliminación de los problemas semánticos que hiciesen que la regla estuviese indeterminada, la ampliación o la restricción de la extensión de uno o más términos de la disposición o la modificación de las reglas de inferencia que regulan el correcto uso de un concepto, todo ello, puede alterar el espacio moral de las partes⁴⁰⁴.

Podría uno preguntarse cuál es la relación entre estos dos modos de cambiar la estructura de derechos y deberes de las partes. En otras palabras, podríamos plantear dudas respecto de si la definición de conceptos es realmente una operación distinta de la modificación de la regla. Una alternativa sería considerar que cada vez que cambia el contenido del concepto cambia la regla jurídica y, por lo tanto, el sistema. Ello es así porque la regla no es más que el significado de las disposiciones. Si a una disposición, o a una parte de ella, se le asigna un significado distinto del que se le venía atribuyendo, la disposición expresará una norma distinta. De acuerdo con esta visión, los jueces podrían redefinir los derechos de las partes introduciendo una nueva formulación normativa o reinterpretando, total o parcialmente, el significado de las ya existentes. Otra alternativa es sostener que el significado de la disposición no cambia *necesariamente* cuando cambia el significado de uno de los términos de la formulación. Al ser la interpretación holista, la determinación de la extensión de uno de los términos de la disposición no tiene por qué modificar indefectiblemente su significado. Pensemos el caso de una disposición como la siguiente: «la circulación en vehículos motorizados debe llevarse a cabo observando las medidas razonables, adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar, que eviten a terceros riesgos excesivos sobre su patrimonio o su persona». Más allá de los detalles, esta disposición expresa la norma *obligatorio conducir con diligencia*. El hecho de que el juez determine que conducir con la música a alto volumen constituye una conducta negligente no modifica en absoluto el significado de la disposición; la norma sigue siendo la misma: obligatorio conducir con diligencia. ¿Con qué postura debemos quedarnos?

Por fortuna, los propósitos de esta sección no requieren tomar partido respecto de cuál sea la reconstrucción correcta del fenómeno. Lo que no debe perderse de vista es que los jueces alteran los derechos y deberes de indemnidad de las partes ya sea que introduzcan explícitamente una nueva regla general —un nuevo caso genérico correlacionado con una solución normativa— o nuevas definiciones, que luego de un tiempo adquieran vigencia.

En suma, una completa descripción de los términos que regulan las interacciones entre las partes requiere estudiar las reglas y definiciones vigentes que

⁴⁰⁴ En rigor, toda *controversia interpretativa* que sea resuelta por los jueces es susceptible de modificar el sistema y, por lo tanto, de establecer una nueva distribución de derechos y deberes entre las partes.

dan contenido a la obligación compensatoria. La configuración del sistema depende, en este sentido, de los remedios indemnizatorios. La extensión del derecho de indemnidad de la víctima, y del deber de no dañar del agente dañador, varía según sea resarcible, además del daño emergente, el lucro cesante, el daño moral, el daño al interés negativo, el daño psíquico, el daño estético, la pérdida de la *chance* u oportunidad, etcétera⁴⁰⁵. Al mismo tiempo, para delimitar el esquema vigente debe prestarse atención a las reglas que regulan la causalidad, en tanto pueden fijar la extensión del daño resarcible haciendo que incluya no solo las consecuencias inmediatas de la violación del estándar de cuidado o de la introducción del riesgo, sino también las medias previsibles o previstas y, en algunos casos excepcionales, las consecuencias remotas. Las decisiones legislativas o jurisprudenciales que se adopten respecto de estas cuestiones son eminentemente distributivas. La justicia correctiva solo operará una vez estas decisiones hayan sido tomadas⁴⁰⁶. Cuando los jueces se enfrentan con casos no regulados o se apartan de las normas vigentes a fin de conceder una indemnización, crean primeramente una regla general que servirá de premisa mayor en su razonamiento, y recién entonces podrán aplicar las normas de la justicia correctiva. Esto, sin duda, parece extraño en la medida en que la *corrección* o *rectificación* tiene carácter retroactivo. No obstante, la evolución de la responsabilidad extracontractual está repleta de casos en que los jueces al crear una nueva norma *jurídica* solo pretenden dar expresión formal a las expectativas normativas *sociales*, en relación con el deber de indemnidad del demandado, que ya estaban vigentes al momento de la producción del daño.

De todo lo anterior se sigue que el argumento de la distribución local no logra brindar una buena explicación de la práctica porque la caracteriza como un ejercicio distributivo cuyo objeto es la pérdida. En el marco que he presentado, en cambio, la práctica exhibe un aspecto distributivo y otro correctivo. El aspecto distributivo no tiene por objeto las pérdidas sufridas por la

⁴⁰⁵ La clasificación más general divide el mundo de los daños resarcibles en los perjuicios patrimoniales y los extrapatrimoniales. Dentro de los extrapatrimoniales pueden distinguirse a su vez los daños morales, los psíquicos y los estéticos, entre otros. Nótese que los jueces pueden crear nuevas categorías o simplemente redefinir uno de estos conceptos para abarcar a los demás. Si el sistema consagrara expresamente la reparación del daño moral, un juez no vería obstáculos insalvables para conceder una indemnización por el daño psíquico —imaginemos una fobia padecida por la víctima luego del accidente— incluyéndolo dentro de la categoría del daño moral. Al hacerlo, habrá modificado la extensión del derecho de indemnidad de la víctima y del deber del agente dañador.

⁴⁰⁶ Para DAGAN, si bien la correlatividad es un elemento esencial de la responsabilidad extracontractual, su fundamento es distributivo. La elección de los distintos remedios indemnizatorios no es una cuestión de técnica jurídica, sino que requiere tomar partido por algunas de las variadas concepciones de los derechos de las víctimas. Por esta razón, un derecho privado no distributivo es conceptualmente imposible. Véase DAGAN, 1999: 139-140 y 147-150.

víctima sino los derechos de las partes. Dicho brevemente, la distribución en la responsabilidad extracontractual es de *derechos*, no de *daños*.

1.3.3-Distribución de derechos y cargas epistémicas

En este punto, me gustaría dejar claro que no toda regla susceptible de alterar la riqueza de las partes es definitiva de sus esferas de libertad o espacios morales. El caso más importante de reglas que sin alterar los términos de la interacción privada producen efectos sobre la riqueza relativa de los agentes es el de las que distribuyen la carga de la prueba. Digamos que estas reglas asignan entre el actor y el demandado las *cargas epistémicas del litigio*.

Un principio general del derecho procesal es que quien alega un hecho debe probarlo (*affirmanti incumbit probatio*). Bajo el imperio de este principio, la regla de negligencia supone para la víctima una carga epistémica mayor que la regla de responsabilidad objetiva y, por ello, costes más altos. Centrémonos únicamente en los elementos probatorios que tienen una relación directa con el deber de indemnizar, sin preocuparnos por otras cuestiones como la cuantificación del daño o el coste de los diferentes medios de prueba que puedan ser pertinentes. Simplificado de este modo el análisis, cuando la regla es la responsabilidad objetiva, la víctima debe probar que sufrió un daño, que el demandado realizó una acción y que la pérdida cuya reparación pretende fue causada por la conducta del demandado. En cambio, si la regla aplicable al caso es la responsabilidad por culpa, la víctima deberá probar que sufrió un daño, que el demandado realizó una acción negligente o dolosa y que el aspecto de la conducta del demandado que hace que ésta sea culpable causó la pérdida cuya reparación pretende.

Evidentemente, para la víctima es más sencillo cobrar una indemnización cuando sus derechos de indemnidad están protegidos por una regla de responsabilidad objetiva, por dos razones. En primer lugar, tener que acreditar una mayor cantidad de hechos disminuye sus probabilidades de éxito en la demanda. En segundo lugar, mientras mayor sea la carga de la prueba más elevado será el coste monetario de litigar. Por ello, las reglas probatorias también tienen efectos distributivos, pero esto no significa que contribuyan a definir el contenido de los términos de la interacción privada. Lo único que define el esquema de derechos y deberes de indemnidad son las reglas de responsabilidad; y las distintas cargas epistémicas asociadas con la culpa y la responsabilidad objetiva no son parte de estas reglas.

En otras palabras, es posible separar conceptualmente el contenido de las reglas de responsabilidad y las cargas epistémicas que contingentemente están asociadas con ellas en virtud del principio general según el cual la prueba de los hechos corresponde a quien los afirma. De hecho, los tribunales hacen exactamente esto al decretar una inversión de la carga de la prueba:

mantienen la regla de responsabilidad pero reasignan la carga epistémica. En un caso de negligencia, por ejemplo, la inversión de la carga probatoria supone que la víctima debe aportar los elementos necesarios para acreditar el daño y la relación causal, sin tener que preocuparse por demostrar la culpa del demandado. En estas circunstancias, corresponderá a éste último probar que no violó ningún estándar de conducta debido. Este apartamiento del principio *affirmanti incumbit probatio* no altera la naturaleza de la regla de responsabilidad por culpa. Del mismo modo, aunque sea poco plausible, en un caso de responsabilidad objetiva con excepción de culpa de la víctima los tribunales podrían decretar una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del actor. En ese caso, a la víctima no le bastará con demostrar el daño y la causalidad para lograr una indemnización, ya que tendría también que acreditar que ella no obró con negligencia. Pero también es concebible una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del agente dañador de modo que, una vez iniciado el litigio, el demandado deba probar para liberarse de responsabilidad que la víctima no sufrió un daño o, si lo ha sufrido, que su conducta no causó la pérdida cuyo resarcimiento se pretende.

La distinción conceptual entre el contenido de la regla y las cargas epistémicas asociadas con ella no siempre es transparente en el discurso jurídico. Ello ocurre porque en el razonamiento de los juristas se da por sentado el principio general del derecho probatorio, de modo que pasa inadvertida la diferencia entre la justificación de la responsabilidad y la carga de probar los extremos que la justifican. De acuerdo con la regla de culpa la responsabilidad del demandado está justificada si su conducta negligente causó la pérdida de la víctima. A quién corresponda probar cada uno de los elementos de la responsabilidad es irrelevante a los efectos de justificar la obligación de indemnizar. La asignación de la carga epistémica a una parte, o a la otra, no altera en este caso el hecho de que no habrá responsabilidad sin culpa o sin causalidad. Como las esferas de libertad de las partes están definidas exclusivamente por la extensión de los derechos protegidos —no ser dañado por conductas negligentes, no ser dañado por conducta negligentes ni riesgosas, etcétera—, indagar sobre quién recae la carga de probar que el juicio de responsabilidad está justificado en ningún caso nos resulta útil para determinar cuáles son los términos que regulan la interacción.

Las reglas que distribuyen las cargas epistémicas, indudablemente, pueden tener un impacto sobre la riqueza relativa de las partes y, por esta razón, pueden ser justificadas con argumentos de justicia distributiva. No siempre la asignación de una carga perjudica a una parte en beneficio de la otra. Muchas veces se asigna la carga a quien naturalmente dispone de la información que se requiere en el proceso. Ello no supone un perjuicio adicional para ninguna de las partes, aunque la decisión contraria —asignar la carga a quien no dispone naturalmente de la información— sí perjudica a la parte en cuestión de modo significativo. Una vez establecidas las reglas probatorias, cualquier

cambio al respecto puede ser evaluado desde el punto de vista de la justicia distributiva. Si la información está disponible para ambas partes a idéntico coste, el traslado del actor al demandado, o de este al primero, implica que uno se perjudica en la misma cantidad absoluta en que se beneficia el otro. Este movimiento puede ser justificado por la riqueza relativa de las partes. A igualdad de coste para ambos, colocar la carga de la prueba sobre quien tiene una capacidad contributiva mayor hace que el sistema se progresivo. Si obtener la información no tiene el mismo coste absoluto para ambas partes, podría ocurrir que la carga esté asignada a quien le resulta más sencillo acceder a ella o a quien le resulta más difícil. En cualquier caso, el argumento dependerá no del coste absoluto sino de lo que ese coste representa para las capacidades relativas de cada litigante.

No pretendo ofrecer aquí un análisis de la justicia distributiva de las reglas procesales, ni mucho menos. Mi propósito en este apartado fue mostrar que los argumentos distributivos referidos a las reglas de responsabilidad y los referidos a la asignación de la carga de la prueba son necesariamente independientes. Una cuestión es establecer, o justificar, una distribución de derechos de indemnidad y otra muy distinta es establecer, o justificar, una distribución de cargas epistémicas. Entonces, las modificaciones que los jueces o legisladores realicen en las reglas probatorias no alteran *directamente* el contenido de los términos que definen la justicia de la interacción⁴⁰⁷.

2-La culpa y la responsabilidad objetiva

Cualquiera sea la teoría de la responsabilidad extracontractual que se sostenga, debería ser suficientemente amplia como para abarcar a la culpa y a la responsabilidad objetiva. La teoría que he desarrollado hasta aquí satisface este requisito, ya que reconstruye ambas formas de responsabilidad como definitorias del espacio moral de las partes: ellas especifican los derechos y deberes de indemnidad correlativos de los agentes dañadores y de las víctimas. De esta manera, mientras la vinculación entre el agente dañador y la víctima en el litigio puede ser explicada por el principio de justicia correctiva, el *contenido* de las reglas de responsabilidad es una cuestión de justicia distributiva.

⁴⁰⁷ Las cargas epistémicas podrían repercutir *indirectamente* sobre la eficacia de los términos de la interacción privada. Si en los casos de responsabilidad por riesgo, supongamos, se cargase a las víctimas excesivamente, las dificultades de cobrar una compensación harían que los agentes dañadores no se viesen incentivados más que a observar una conducta diligente, para no ser condenados en virtud de la regla de negligencia, pero nunca a reducir riesgos lícitos. Entonces, al cabo de poco tiempo carecería de sentido continuar afirmando que las víctimas tienen derecho a no ser dañadas por conductas riesgosas, y ello alteraría los términos de la interacción entre las partes.

¿Cuál es la ventaja del enfoque pluralista que propongo en comparación con las teorías basadas exclusivamente en la justicia correctiva? Para poder apreciarla debe examinarse el tratamiento que estas últimas han dado a la culpa y la responsabilidad objetiva. Existen dos estrategias básicas: reducir la responsabilidad objetiva a una forma de culpa o explicar el fundamento moral de la responsabilidad extracontractual, y de la justicia correctiva, como una cuestión de responsabilidad objetiva en la cual la culpa debe ser acomodada de alguna manera.

2.1-La responsabilidad por culpa como único fundamento de la responsabilidad extracontractual – Remisión

De acuerdo con la primera alternativa, la justicia correctiva se articula sobre la idea de acción incorrecta, y la generación de ciertos riesgos que justifica la imposición de responsabilidad objetiva constituye el tipo de conducta relevante que hace operativa la rectificación de las interacciones injustas. Además de los problemas ya comentados en los apartados IX.4.1.2 y IX.5 –relativos a que esta interpretación no captura la distinción entre la acción negligente o incorrecta y la acción que siendo riesgosa está permitida– la responsabilidad por hechos lícitos o justificados se torna realmente enigmática. La obligación de compensar las pérdidas que un individuo causa a otro en estado de necesidad o la responsabilidad del Estado por hechos lícitos difícilmente puedan ser explicadas con un principio de justicia correctiva cuya significación normativa se centra en la idea de culpa o acción incorrecta.

2.2-La teoría de la responsabilidad objetiva como único fundamento de la responsabilidad extracontractual

La segunda alternativa, en tanto la responsabilidad extracontractual es objetiva, en principio no tiene inconvenientes para reconocer que los actos lícitos o justificados pueden generar la obligación de compensar. La idea básica sería que los individuos son responsables por los daños que causan. El principio de responsabilidad objetiva, sostiene EPSTEIN, está implicado por la concepción adecuada de la propiedad y de la autopropiedad de la persona⁴⁰⁸. Esta postura, que es de orientación libertaria, toma como premisa inicial que los individuos son dueños de sí mismos y del producto de sus acciones. De aquí se sigue que cada uno es dueño de las externalidades negativas que otros sufren como consecuencia del ejercicio de la agencia autónoma, lo que a su vez sugiere que el deber de indemnizar no es más que la internalización de los costes que se imponen a terceros. A nadie más que al autor de un acto le pertenecen sus consecuencias, y es él quien debe eliminar las externalidades mediante la compensación de los perjuicios causados a otras personas o a su

⁴⁰⁸ EPSTEIN, 1979: 500.

propiedad. Cuando Axileas daña a Xenofonte, la obligación de compensar impuesta por la responsabilidad extracontractual restituye a su dueño las consecuencias de sus acciones. Como la pérdida no es una consecuencia de la acción de Xenofonte, ella no le pertenece. Pertenece, en cambio, a Axileas en la medida en que se trata de algo que él trajo al mundo.

Postular la responsabilidad objetiva por los daños causados supone la existencia de un criterio para determinar qué pérdidas son consecuencia de qué actos. En otras palabras, la responsabilidad objetiva, *así descrita*⁴⁰⁹, requiere de una teoría de la causalidad que permita distinguir al agente dañador de la víctima. PERRY señala que la esencia del argumento es que el demandado al perseguir sus propios fines ha causado una pérdida a la víctima, que es considerada simplemente como un objeto pasivo sobre el cual repercute la actividad dañosa⁴¹⁰. Pero advierte PERRY que esto es un error, ya que en términos estrictos tanto la víctima como el agente dañador intervienen como *conditio sine qua non* del accidente. Aunque fuese posible distinguir entre quienes participan en la producción del daño activamente y quienes contribuyen de forma pasiva, asociar al causante automáticamente con quien realiza la acción puede llevarnos a consecuencias implausibles. Imaginemos, dice PERRY, que un automovilista colisiona con un vehículo estacionado. En el momento del accidente, la víctima es un objeto pasivo del daño. Pero de allí no puede derivarse sin más la responsabilidad del automovilista. ¿No corresponde acaso preguntarnos si el vehículo estaba bien estacionado? Supongamos que estaba estacionado en medio de la calle, de noche, a pocos metros de una esquina tan pronunciada que la visibilidad de quienes doblan es muy reducida. ¿Seguiríamos afirmando que el automovilista, por el mero hecho de ser activo, causó el accidente? Distinguir entre quien actúa y quien es pasivo obvia el problema temporal de las acciones relevantes para la producción del accidente. Sin duda, *al momento de la colisión* solo el automovilista realiza una acción. Pero mucho antes de la colisión, la víctima del daño realizó la acción de estacionar su automóvil de una determinada manera. Ambos individuos actuaron, aunque en momentos distintos, y sus conductas deben ser evaluadas para decidir la responsabilidad⁴¹¹. Si esto es así, una teoría de la responsabilidad objetiva que carga con el daño a quien lo causa no podría nunca generar resultados determinados⁴¹²; o debería siempre distribuir el daño entre la víctima y el agente dañador.

EPSTEIN era perfectamente consciente de estos problemas. Por ello, al formular su teoría en el año 1973, se preocupó por mostrar de qué manera la causalidad puede ser un fundamento plausible para la responsabilidad. La

⁴⁰⁹ Más adelante cuestionaré que esta sea una descripción adecuada de la responsabilidad objetiva.

⁴¹⁰ PERRY, 1988: 154.

⁴¹¹ PERRY, 1988: 156.

⁴¹² PERRY, 1988: 157-158.

concepción *sine qua non* o el paradigma de la reciprocidad de Ronald COASE no son útiles en este sentido, dado que tratan como causa del daño a cualquier condición necesaria para su producción. Reconoce que siendo ambas partes «necesarias» para el daño, semejante concepto de causalidad no provee ningún fundamento para preferir a una de las personas involucradas antes que a la otra⁴¹³.

No obstante, esta conclusión teórica es contraria a nuestras intuiciones causales más básicas. Pese a que tanto la participación de la víctima como la del agente dañador puedan ser consideradas necesarias para la producción del daño solemos realizar juicios del tipo Axileas causó el daño de Xenofonte. ¿Qué hay detrás de una proposición como esta? EPSTEIN no pretende determinar el contenido del concepto de causación, es decir, no pretende ofrecer una concepción de la causalidad que se ajuste a nuestras intuiciones. En lugar de ello, propone analizar la cuestión a partir de cuatro paradigmas causales abarcados por la proposición A causó el daño de B. Ellos son la fuerza, el temor, la coacción y la creación de circunstancias peligrosas⁴¹⁴. La ventaja de apelar a casos paradigmáticos, o paradigmas de causación, es que ellos no son recíprocos. Afirmar que Axileas golpeó a Xenofonte no es equivalente a afirmar que Xenofonte golpeó a Axileas. Estos paradigmas, a diferencia de la concepción coaseana, son unidireccionales. Si el lenguaje causal es empleado correctamente, la dirección de la causalidad siempre será de un sujeto a otro. Sin embargo, ¿no podría el abogado de Axileas alegar que fue Xenofonte quien reiteradas veces golpeó su cara contra el puño de su cliente? ¿Cuál es la descripción adecuada de los hechos? En el caso de la aplicación de fuerza física sobre los objetos o las personas parece que el caso paradigmático incluye la voluntariedad de la acción. No es Xenofonte quien tenía la intención de golpear su rostro contra el puño de Axileas, sino que Axileas tenía la intención de golpear a Xenofonte en la cara. Por ello, la descripción adecuada de los hechos y la relación causal que los vincula está restringida de alguna manera por el tipo de paradigma empleado. De acuerdo con el paradigma mencionado, constatada la acción voluntaria de Axileas, la dirección causal es de él hacia Xenofonte, nunca a la inversa.

Lamentablemente, pese a superar el problema de la reciprocidad causal, es dudoso que los paradigmas de EPSTEIN sean capaces de brindar un fundamento para la responsabilidad objetiva basada en la mera causación del daño. La razón de ello, como bien apuntó COLEMAN, es que estos paradigmas no son normativamente neutrales. El análisis de los paradigmas demuestra que lo que justifica la obligación de compensar no es el hecho de que Axileas dañó a Xenofonte, sino el hecho de que lo dañó valiéndose, por ejemplo, de la coacción o el uso de la fuerza. En todo caso se trata de modos injustificados de causar daños. El verdadero desafío que debería superar una teoría de

⁴¹³ EPSTEIN, 1973: 160 y 164.

⁴¹⁴ EPSTEIN, 1973: 166 y ss.

la responsabilidad objetiva es mostrar que existe un fundamento sólido para la obligación de compensar cuando los daños son causados tanto mediante acciones incorrectas como correctas⁴¹⁵. Dicho brevemente, debe mostrar la irrelevancia de la culpa para la asignación de responsabilidad. Si la teoría únicamente puede dar cuenta de la obligación de compensar cuando el agente dañador causa una pérdida obrando de manera incorrecta, será la conjunción de causación e incorrección de la acción, no la causalidad por sí sola, la que brinde el fundamento de la responsabilidad extracontractual. Pero los paradigmas de EPSTEIN parecen concentrarse en los casos que involucran acciones incorrectas; incluso el paradigma de creación de riesgos, tal como es desarrollado⁴¹⁶, está constituido por elementos normativos propios de la negligencia. Una de las formas en que un individuo crea un riesgo es colocando un objeto que en sí mismo no es peligroso en una posición peligrosa. Siguiendo uno de los ejemplos de EPSTEIN, supongamos Xenofonte deja un cuchillo en el cajón de su cocina y que Axileas lo roba para lesionar a Telémaco. ¿Causó Xenofonte la lesión de Telémaco? Por otra parte, imaginemos que un huracán desplaza el automóvil que Xenofonte dejó estacionado en la calle hasta que impacta contra la casa de Axileas. ¿Causó Xenofonte el daño de Axileas? La respuesta de EPSTEIN en estos casos es negativa, y la razón por la cual no se verifica el paradigma causal es que los actos de Xenofonte en cada supuesto no eran peligrosos *cuando se realizaron*. EPSTEIN seguramente coincidiría en que Xenofonte crea una condición peligrosa cuando deja su arma de fuego cargada al alcance de un niño que haciendo uso de ella se lesiona una pierna. Lo mismo si Xenofonte, sabiendo que pronto pasaría un huracán, sacase su automóvil del garaje de su casa y lo dejase estacionado en la calle. La cuestión, entonces, es que la creación de riesgos parece depender enteramente de los juicios de negligencia. Xenofonte no es negligente al dejar un cuchillo en su cocina, ni al estacionar su automóvil en la calle en circunstancias normales, pero sí lo es cuando lo deja sabiendo que pasará un huracán y también cuando deja un arma de fuego cargada habiendo niños cerca que puedan hacer un mal uso de ellas. En definitiva, este paradigma de causación tampoco es neutral a las consideraciones normativas que, para servir de fundamento a la responsabilidad objetiva, deben ser evitadas. Así las cosas, sugiere PERRY, resulta de mucho más provecho interpretar que la teoría causal de EPSTEIN es una teoría incompleta de la responsabilidad moral, y que la teoría de la responsabilidad objetiva es una variante, también incompleta, de la responsabilidad por culpa⁴¹⁷.

Sería apresurado, no obstante, concluir que la responsabilidad objetiva no puede fundamentar la responsabilidad extracontractual. Para evitar las críticas recién expuestas, podría asumirse sin más que los individuos realizamos juicios causales con naturalidad y que en la mayoría de los casos existe una

⁴¹⁵ COLEMAN, 1983b: 615.

⁴¹⁶ Véase EPSTEIN, 1973: 178-179.

⁴¹⁷ PERRY, 1988: 162-164.

gran convergencia respecto de su adecuación. La causalidad es uno de los conceptos básicos con los que entendemos el mundo. Aunque no tengamos un dominio teórico del concepto, podemos sin duda emplearlo en nuestros razonamientos prácticos. Nadie dudaría, por ejemplo, que Axileas causó las heridas en el rostro de Xenofonte cuando le golpeó repetidas veces con un trozo de madera. Este juicio no se apoya en consideraciones normativas. Para apreciarlo, basta señalar que seguiríamos sosteniéndolo aun cuando Xenofonte haya provocado previamente a Axileas y también si Axileas hubiese actuado en legítima defensa. Ninguna de estas circunstancias nos lleva a modificar nuestro juicio diciendo que Xenofonte causó sus propias heridas. Tal vez reconozcamos que Xenofonte obtuvo su merecido, pero ello no altera la dirección del juicio causal. Esto demuestra que los juicios causales que intuitivamente realizamos no tienen por qué estar fundados en elementos normativos; y si esto es así, las críticas a los paradigmas de EPSTEIN no se trasladan a la teoría de la responsabilidad objetiva como tal.

Asumir simplemente que realizamos juicios causales, y que existe alguna convergencia colectiva respecto de ellos, podría parecer una forma de conformismo teórico. Esta actitud es propia de quien considera que la causalidad es un tema demasiado complejo, por ello lo deja de lado y sigue adelante con la teoría de la responsabilidad dando por probado uno de sus elementos centrales. Por el contrario, sin compartirla, creo es una alternativa defendible porque no es descabellado pensar que nuestros juicios causales están socialmente contruidos. Ciertamente, como toda construcción social, tendrá límites y su interpretación estará sujeta a desacuerdos. A los fines del análisis de la responsabilidad objetiva, es suficiente con que exista un consenso básico que nos permita coincidir en la mayoría de nuestros juicios de causalidad. La responsabilidad extracontractual, entonces, podría ser explicada por la idea de responsabilidad objetiva articulada sobre una noción social de causalidad. Esta explicación podría ser iluminadora aunque no podamos definir o determinar la gramática de los juicios subyacentes que se realizan en la práctica con bastante naturalidad.

El problema de esta posición fortalecida de la teoría de la responsabilidad objetiva es que el lenguaje ordinario no solo nos muestra que empleamos juicios causales, sino también que los empleamos distinguiéndolos de los juicios de responsabilidad. Decimos que Axileas causó la bancarrota de Xenofonte, pese a que no es responsable por ello, cuando ambos compiten en el mercado y lo único que hizo Axileas es ofrecer un producto mejor a precio más bajo. En ocasiones, también afirmamos la responsabilidad de un agente por resultados que no ha causado. Nuevamente, estoy pensando en los casos de responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos. Lo que quiero decir es que, en nuestro lenguaje ordinario, causalidad y responsabilidad son conceptos independientes pero compatibles. En general, no tenemos dificultades prácticas para realizar juicios causales y atribuir respon-

sabilidad con fundamento en ellos, pero tampoco tenemos dificultad en realizar juicios causales de los cuales no se infiere un juicio de responsabilidad. Que ello es así también se plasma en el hecho de que no consideramos que los agentes sean moralmente responsables por todo lo que causan. Si Xenofonte y Axileas están trabajando en desarrollar el mismo invento sin que ninguno tenga conocimiento del trabajo del otro y ambos realizan el descubrimiento relevante el mismo día, pero Xenofonte lo patenta antes que Axileas, diremos que las pérdidas sufridas por Axileas, las inversiones que ahora son un coste hundido para él, no son responsabilidad de Xenofonte aunque indudablemente las causó.

Si esto es correcto, ¿cómo puede fundarse la responsabilidad objetiva en la causalidad? Ahora la teoría de la responsabilidad objetiva parece quedar atrapada en un dilema: o bien admite que no es capaz de distinguir la causalidad de la responsabilidad, por lo que sus resultados serían altamente contraintuitivos y carecería de poder explicativo; o bien, si pretende capturar la distinción, deberá admitir que la causalidad es solo una condición necesaria, pero no suficiente, de la responsabilidad. En otras palabras, si la causalidad no es *suficiente* para la responsabilidad, se requerirá alguna otra condición adicional para que alguien tenga el deber de compensar. Si se opta por esto último, la teoría de la responsabilidad no podría justificar sus juicios en función de la mera causación de daños. La fuerza normativa de la obligación de compensar no podría fundarse en el hecho de que el demandado dañó al demandante, sino en la conjunción de causalidad con algún otro factor por ahora no identificado. Entonces, la causalidad es solo parte de un fundamento más general para la responsabilidad extracontractual. Argumentaré más adelante que la causalidad cumple una función conceptual esencial en la rectificación de las interacciones injustas, pero no la que los partidarios de la responsabilidad objetiva le asignan.

2.3-La responsabilidad objetiva como régimen general y supletorio: la Concepción Compensatoria

En el apartado anterior he mostrado que la responsabilidad objetiva no puede funcionar como único fundamento para el derecho de daños. Esta teoría no solo es incapaz de capturar el hecho de que los juicios causales son conceptualmente independientes de los juicios de responsabilidad, sino que además es incorrecta en el nivel descriptivo. Los sistemas actuales a veces imponen responsabilidad solo si hubo culpa del agente dañador. La existencia de ciertas áreas, como los daños en el deporte o las pérdidas que algunos individuos sufren en el mercado como consecuencia de la competencia leal, en las que la mera causalidad es insuficiente para imponer la obligación de indemnizar, coloca en serias dificultades a la teoría de la responsabilidad objetiva.

Una teoría descriptivamente adecuada debe hacer lugar a ambas formas de responsabilidad. Por ello, una estrategia más promisorio a favor de la responsabilidad objetiva consiste en sostener que éste es el régimen general del derecho de daños, mientras que la culpa debe ser acomodada en la teoría como un régimen excepcional justificado. En diversos trabajos, Carlos ROSENKRANTZ ha sostenido esta posición⁴¹⁸. Su tesis constituye una poderosa defensa de la preeminencia de la responsabilidad objetiva respecto del estándar subjetivo, por lo que la responsabilidad por actos lícitos, por ejemplo, no supone ninguna anomalía cuya explicación quede pendiente. Veamos el argumento.

ROSENKRANTZ cree que las acciones que realizamos son relevantes y que vivir de acuerdo con las consecuencias de nuestras decisiones tiene un valor intrínseco. Esto significa «que es mejor una vida de la que somos artífices, aun cuando ello implique soportar las consecuencias de lo que hacemos, que una vida en la que nuestras decisiones no nos impactan en modo alguno». El corolario necesario de ello es que debemos soportar los costes de nuestras decisiones. De aquí se sigue que la obligación de compensar deriva de la necesidad de internalizar las consecuencias de nuestros actos a fin de que nuestra vida sea valiosa⁴¹⁹. El argumento parece enfatizar la idea de agencia autónoma en la misma línea expuesta anteriormente (VIII.3). El modo en que nos concebimos como agentes morales autónomos requiere que asumamos los costes de nuestras decisiones y que estemos libres de los perjuicios que nos imponen las decisiones de otros. ROSENKRANTZ denomina a esta teoría Concepción Compensatoria de la responsabilidad extracontractual.

La Concepción Compensatoria, como todas las teorías de la responsabilidad objetiva, también depende de una teoría de la causalidad capaz de conectar acciones con resultados. ROSENKRANTZ, al igual que EPSTEIN, recurre a paradigmas causales relacionados principalmente con lo que en una determinada comunidad se espera que evitemos. No analizaré aquí los paradigmas de causación que él elabora, ya que la Concepción Compensatoria es independiente de ellos⁴²⁰. Asumamos, simplemente, que disponemos de una teoría de la causalidad que nos permite identificar qué hechos del mundo son consecuencia de las acciones de cada agente. Hasta aquí no hay ningún argumento novedoso que pueda eludir las críticas a las teorías objetivas. Lo que distingue a la Concepción Compensatoria de otras teorías es que ella deja un espacio para la exigencia de culpa, y al hacerlo explica por qué no deben compensarse todos los daños que uno causa. Nótese que la exigencia de culpa es un límite a la obligación genérica de compensar. En principio deben indemnizarse todos los daños que se causan, pero si el tipo de acción que

⁴¹⁸ Véase ROSENKRANTZ, 1997; 2005; 2008.

⁴¹⁹ ROSENKRANTZ, 1997: 174-175.

⁴²⁰ En ROSENKRANTZ, 2005: 20-25, puede consultarse el análisis más detallado que este autor realiza de los paradigmas de causación.

realiza el agente está regulada por una regla de negligencia (o de no responsabilidad), esta regla supondrá una restricción tanto para el deber de reparar como para el derecho a recibir una compensación. En este caso, la víctima solo será resarcida si el agente obró con culpa, no de otro modo.

Ahora bien, ¿qué explica la limitación del deber de compensar en algunos casos? ¿Qué explica la exigencia de culpa, es decir, que ciertos daños no sean compensados salvo que sean la consecuencia de una acción incorrecta del agente dañador? Expresada brevemente, la respuesta de ROSENKRANTZ es que el límite a la obligación de reparar está dado por la preservación de instituciones de beneficio mutuo. Desde su perspectiva, tiene sentido limitar la obligación de compensar cuando las reglas de una práctica o institución así lo requieran, siempre que se den dos condiciones: a) que las prácticas o instituciones produzcan beneficios para todos los participantes, y por ello estén justificadas; y b) que las prácticas o instituciones no puedan existir sin la limitación de la obligación de compensar⁴²¹.

En la Concepción Compensatoria, la preservación de instituciones de beneficio mutuo es el principio que limita el ámbito de la responsabilidad por causación. La obligación de reparar no depende de que la víctima tenga un derecho previo a que el agente dañador no haga lo que hizo. La obligación se funda en la causalidad. El demandado debe compensar porque dañó a la víctima. Para ROSENKRANTZ, el daño es conceptualmente previo a la existencia de derechos. No resultamos dañados porque se violan nuestros derechos sino que «tenemos derechos justamente porque podemos ser dañados»⁴²². La importancia normativa del daño no deriva de los derechos que tengamos. Deriva, en cambio, de que la preocupación por el bienestar de las personas es un imperativo moral. Este imperativo, sin embargo, no es absoluto. Nadie diría que deben evitarse o compensarse todos los daños que causamos a otros. Ese no sería un modo valioso de vivir la vida, ya que restringiría al máximo la libertad de todos y cada uno de nosotros. Nuestros actos cotidianos más inocentes, como colocar la bandera de nuestro equipo de fútbol en el balcón de nuestra casa el día siguiente de la victoria frente al eterno rival, son susceptibles de disminuir el bienestar de otras personas. Se requiere, entonces, que limitemos de alguna forma la compensación por la disminución del bienestar de otros. La vida en sociedad incrementa nuestro bienestar, como resultado de los beneficios cooperativos, pero también produce interferencias constantes con el bienestar de los demás. Las acciones de otros nos afectan y con nuestras acciones afectamos a otros. La idea de ROSENKRANTZ es que ciertas prácticas que causan daños, es decir, que efectivamente disminuyen el bienestar de algunas personas, son beneficiosas para los participantes. La vida de esa comunidad sería peor en términos de bienestar y autonomía si la práctica no pudiese llevarse adelante. Por lo tanto,

⁴²¹ ROSENKRANTZ, 1997: 187.

⁴²² ROSENKRANTZ, 1997: 183.

existen buenas razones para preservarla. Cuando la inexistencia de un deber general de compensar es condición necesaria de la preservación de la institución o práctica, la exigencia de culpa parece estar justificada.

Pensemos, sugiere ROSENKRANTZ, qué ocurre con los daños que se producen en el mercado o los daños que sufren quienes practican un deporte⁴²³. Si el mercado es una institución que puede ser defendida por los beneficios mutuos que genera, la idea de que los competidores deban compensarse los daños que se causan priva de sentido a la práctica. El sentido de tener un mercado competitivo es que los productores se esfuercen por obtener la lealtad de los consumidores. Ello implica que en ciertas ocasiones un oferente producirá un producto mejor, o a menor coste, por lo que captará clientes que antes adquirirían el producto de su competidor. El competidor sufrirá una pérdida, pero las reglas del mercado no le otorgan compensación por ellas, salvo que la captación de la clientela se haya logrado violando algún estándar de conducta, por ejemplo, si se produjo mediante la emisión de una publicidad comparativa desleal. ¿Está justificada esta restricción? De acuerdo con el principio de preservación de instituciones mutuamente beneficiosas, sí lo está. Si el mercado es realmente una institución que beneficia a todos los participantes, y a la vez es una práctica insostenible en caso de que deban compensarse todos los daños que unos causan a otros, la limitación de responsabilidad no ofende al principio que está detrás de la Concepción Compensatoria. Así, la preservación de instituciones que resultan ventajosas para los participantes divide el ámbito de la responsabilidad objetiva, que es el régimen general, del ámbito de la culpa, que es el régimen de excepción.

Lo mismo ocurre con los accidentes en el deporte. Si los jugadores de rugby debieran compensarse los daños que se causan en el normal desarrollo del juego, el rugby sería imposible de practicar. Perdería todo su atractivo y todas las virtudes que el deporte pueda tener. Por ello, en los deportes en general solo hay responsabilidad si un jugador viola algún estándar de cuidado, si causa un daño dolosamente, por ejemplo. Dado que este tipo de actos no son necesarios para el desarrollo pleno del juego, no hay problemas en imponer el deber de compensar los daños que se causen de ese modo. No obstante, los daños que se producen por jugadas habituales no son compensables. La culpa funciona también aquí como una excepción al régimen general, y se justifica por la finalidad de preservar aquellas instituciones que son beneficiosas para los participantes y que no podrían existir si se exigiese la compensación de todos los daños causados.

La teoría de ROSENKRANTZ constituye una defensa elegante y sofisticada de la responsabilidad objetiva. Es superior a otras alternativas, como la de EPSTEIN, en tanto no adolece de los mismos problemas respecto del alcance de la responsabilidad, ni tiene dificultades para explicar cómo un régimen

⁴²³ ROSENKRANTZ, 1997: 189-191.

que funda la obligación de indemnizar en la causalidad puede incorporar o dejar espacio para la exigencia de culpa. Pese a ello quisiera considerar dos aspectos del argumento ofrecido por ROSENKRANTZ y compararlos con mi propia reconstrucción basada en la noción de derechos y deberes de indemnidad.

El primer aspecto que deseo comparar es el referido a que la responsabilidad objetiva es el régimen general del derecho de daños. A primera vista, parece más sencillo sostener que el régimen general es la responsabilidad objetiva, y luego justificar la exigencia de culpa en ciertos supuestos, que adoptar la posición inversa. Ello es así porque los casos regulados por la regla de la culpa son más finos que los casos abarcados por la responsabilidad objetiva. Que son más finos significa que tienen más propiedades relevantes⁴²⁴: la responsabilidad objetiva es aplicable a cualquier caso individual en que haya causalidad⁴²⁵; la regla de culpa, además de la causalidad, requiere que la conducta del demandado haya sido contraria a algún estándar de cuidado vigente. Explicado de otro modo, todos los casos subsumibles en la regla de responsabilidad por culpa son también subsumibles en una regla de responsabilidad objetiva, pero no todos los casos subsumibles en una regla de responsabilidad objetiva son subsumibles en una regla de responsabilidad por culpa. Analicemos qué se sigue de ello.

Empecemos por la responsabilidad objetiva. Digamos que esta es la regla general del sistema y veamos qué ocurre. Los casos de responsabilidad por daños justificados, en los cuales no hay negligencia, pueden ser explicados sin dificultad, ya que haber causado una pérdida es suficiente para imponer al agente dañador el deber de compensar. Tomemos ahora un caso en el cual el sistema prescribe que cuando se trate de daños causados durante la práctica de actividades deportivas el agente dañador deberá repararlos si, y solo si, hubo culpa de su parte. En este supuesto, la obligación de indemnizar depende de que se verifique una relación causal y un apartamiento del estándar de conducta debido. En la medida en que el fundamento general del sistema de reparación de daños sea la responsabilidad objetiva, estos casos pueden ser comprendidos como una excepción⁴²⁶. Se trata de una regla que regula un caso genérico más fino estableciendo una solución normativa *distinta* de la que establece la regla que regula el caso menos fino. Para verlo claramente piénsese en la legítima defensa y la regla que castiga el homicidio. Estructuralmente, una regla es la excepción de la otra. La excepción se identifica porque siempre involucra casos genéricos más finos a los que se les da una solu-

⁴²⁴ Véase ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975: 146-149.

⁴²⁵ Nuevamente, recuerdo al lector que creo que esta es una caracterización errónea de la responsabilidad objetiva.

⁴²⁶ La plausibilidad moral de esta excepción depende de que se la pueda justificar coherentemente en función de los principios subyacentes que dan expresión al régimen general.

ción normativa distinta. Los casos de daños en el deporte son subsumibles en la responsabilidad objetiva, no obstante la regla de culpa funciona como una excepción.

Cambiamos ahora el presupuesto inicial. Supongamos que la regla general es la culpa. En este contexto la responsabilidad por los daños que causa un automovilista sin obrar con negligencia debería ser improcedente. Sin embargo, el sistema también incorpora una regla según la cual existe el deber de compensar en estos casos. ¿Cómo debemos interpretar estas dos normas? ¿Puede la obligación de reparar los daños causados por automovilistas ser interpretada como una excepción a la regla de la culpa? La respuesta es negativa. Ello se debe a que el caso genérico en cuestión es menos fino que el caso genérico de la culpa. Como dije en el párrafo anterior, para que una regla cuente como excepción de otra, debe darse que ella prescriba una solución normativa distinta para un caso genérico más fino que la establecida en la regla general. Ello no ocurre con la regla de responsabilidad objetiva cuando la regla de responsabilidad por culpa es interpretada como régimen general. En los daños causados por automovilistas solo está presente una propiedad relevante, la causalidad, por ello el caso no puede ser subsumido en la regla de la culpa, dado que esta última ubica el fundamento de la responsabilidad en la conjunción de causalidad y la violación de un estándar de conducta. Si el fundamento último de la obligación de compensar fuese la culpa, la ausencia de cualquiera de estas propiedades en el caso individual hace que la regla sea internamente inaplicable.

Por esta razón, es mucho más intuitivo entender que la exigencia de culpa es una excepción al fundamento general del sistema —la mera causalidad— que interpretar que la responsabilidad objetiva constituye una excepción al régimen general de la culpa: los casos genéricos menos finos (los regulados por la regla de responsabilidad objetiva) no pueden ser interpretados como la excepción de los casos genéricos más finos (aquellos regulados por la regla de responsabilidad por culpa).

Esta conclusión es sorprendente, porque en los sistemas contemporáneos la culpa suele ser el régimen general y supletorio. Creo que el problema está en confundir la cuestión de cuál sea el régimen general con la cuestión de cuál sea el fundamento último del sistema. En mi opinión, la convivencia de los estándares objetivos y subjetivos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos no nos obliga a interpretar que uno de ellos constituya el fundamento último de la responsabilidad extracontractual. Argumentaré que ninguna de estas reglas puede ser considerada el régimen general de la reparación de daños, que solo puede descansar sobre la idea de vulneración de derechos de indemnidad. ROSENKRANTZ, en cambio, cree que hay buenas razones para sostener la primacía de la responsabilidad objetiva. Al tomar partido en ese sentido, también se ve obligado a sostener que es el régimen

supletorio⁴²⁷, es decir, el que se aplica a los casos no expresamente regulados. Este paso se sigue naturalmente del argumento. ¿En qué sentido podría afirmarse que el régimen general es la responsabilidad objetiva si la regla supletoria fuese la negligencia? Usualmente, la manera de identificar cuál es el régimen general del sistema es observando cuál es la regla supletoria, si es que la hay. Pero afirmar que la responsabilidad objetiva es el régimen supletorio ya no describe adecuadamente la mayoría de los sistemas jurídicos. Una cosa es admitir que la regla de culpa puede ser interpretada como una excepción al principio de responsabilidad objetiva, pero no a la inversa, y otra muy distinta es aceptar que la responsabilidad objetiva es el régimen general también en aquellos sistemas que expresamente hacen de la culpa la regla supletoria. Yo creo que en estos casos, la interpretación del punto de vista interno nos lleva a negar que la responsabilidad objetiva sea el régimen general.

No debe pasar inadvertido que ROSENKRANTZ construye toda su teoría a partir de presupuestos *normativos*, como el principio de que es bueno vivir soportando las consecuencias de nuestras decisiones, y ello hace que la responsabilidad objetiva deba ser el régimen general y supletorio. En mi opinión, aunque su teoría pueda ser moralmente atractiva, su poder explicativo es limitado. Ningún sistema que yo conozca hace de la responsabilidad objetiva el régimen general. Es cierto que los sistemas contemporáneos incorporan cada vez más excepciones a la regla de culpa, cuyo resultado es que muchas áreas del derecho en las que el factor de atribución antes era subjetivo ahora es objetivo, pero de ahí no cabe inferir que éste sea el régimen general. En síntesis, el problema de la Concepción Compensatoria es que si ningún sistema conocido se articula sobre la base de la responsabilidad objetiva como régimen general, no puede concluirse que sus principios subyacentes estén instanciados en la práctica de la responsabilidad extracontractual. Por supuesto, rechazar que la Concepción Compensatoria sea descriptivamente adecuada impone explicar cómo la culpa puede ser el régimen general, y la responsabilidad objetiva el régimen excepción, si de acuerdo con el argumento que yo mismo he ofrecido más arriba es conceptualmente imposible que pueda darse tal relación entre esas reglas.

En el esquema que he propuesto, la culpa y la responsabilidad objetiva solo definen los derechos y deberes de indemnidad de las partes. Resulta absolutamente indiferente para la teoría cuál sea el régimen general y supletorio. Sea cual fuere la regla supletoria, la otra se convertirá automáticamente en excepcional. La Concepción Compensatoria, por razones conceptuales, no puede ser indiferente a ello porque el propósito de la justicia correctiva está definido por el principio de relevancia de las decisiones, del cual se sigue que el régimen general debe ser necesariamente la responsabilidad objetiva. En cambio, tal como he expresado el propósito de la justicia correctiva, ella solo apunta a rectificar las interacciones injustas. Una interacción es injusta

⁴²⁷ ROSENKRANTZ, 2008: 290-292.

cuando vulnera los derechos de indemnidad de alguna de las partes. Los derechos de indemnidad, a su vez, están definidos por la justicia distributiva. Como cuestión distributiva, no existe una imposibilidad conceptual de que la culpa o la responsabilidad objetiva sean el régimen general y supletorio. Cualquiera de ellos puede serlo. Ello no supone más que el establecimiento de ciertos derechos y deberes de indemnidad para los casos que no estén expresamente regulados. La justicia correctiva opera sobre esta distribución de derechos. Tiene perfecto sentido afirmar tanto que: a) en los casos no regulados las potenciales víctimas tienen derecho a no ser perjudicadas en sus intereses legítimos mediante actos negligentes; o b) en los casos no regulados las potenciales víctimas tienen derecho a no ser perjudicadas en sus intereses legítimos mediante ningún tipo de acto. Asimismo, mi esquema, a diferencia de la Concepción Compensatoria, da cuenta de que podrían existir sistemas que solo incluyeran un régimen de negligencia, como durante gran parte del siglo pasado, o que solo incluyeran un régimen de responsabilidad objetiva. Este segundo caso sería normativamente implausible, pero conceptualmente posible. En cambio, parece difícil afirmar que la Concepción Compensatoria puede explicar un sistema de responsabilidad extracontractual que excluye totalmente la responsabilidad objetiva. La única alternativa es argumentar que todas las prácticas vigentes de esa comunidad requieren la limitación de la obligación de compensar a fin de ser preservadas, de modo que el legislador regula todos los casos posibles con factores de atribución subjetivos, lo que trae como consecuencia que nunca haya ocasión para aplicar el régimen supletorio. En esas circunstancias, la Concepción Compensatoria podría explicar que una sociedad tenga un derecho de daños solo articulado en función de la culpa del agente dañador. Pero, ¿es plausible esta respuesta? Creo que es más razonable comprender los límites explicativos de la Concepción Compensatoria y tomar de ella el segundo aspecto que deseo comentar.

El segundo aspecto que me interesa comparar está relacionado con la idea de ROSENKRANTZ según la cual tenemos derechos porque podemos ser dañados, y no es que somos dañados cuando se violan nuestros derechos. Estoy de acuerdo en que los derechos de indemnidad de los que gozamos tienen por finalidad proteger nuestro bienestar. Pero de allí no se sigue que el bienestar sea el pivote de la responsabilidad civil. A diferencia de lo que ROSENKRANTZ explícitamente sugiere, creo que la noción básica que *organiza* los sistemas bilaterales es la de derechos de indemnidad. La responsabilidad extracontractual intenta garantizar una cierta esfera de indemnidad, no un determinado nivel de *bienestar*. Acreditar una disminución del bienestar nunca es suficiente para lograr un resarcimiento. Ni siquiera es suficiente mostrar que la disminución del bienestar fue causada por la acción de otro individuo. La compensación depende necesariamente de que el perjuicio a los intereses legítimos de la víctima se deba a una conducta de un tipo específico realizada por el agente dañador. La conjunción de estos elementos da forma a los derechos de indemnidad de la víctima. Recuérdese que el

contenido de estos derechos puede ser diverso. A veces, el contenido se limita a no sufrir pérdidas por acciones negligentes de los demás, mientras que en otras oportunidades la indemnidad se extiende frente las conductas que nos imponen riesgos, aunque estén permitidas. Esta idea reconstruye adecuadamente la operación de la responsabilidad extracontractual y creo que es tan básica que subyace en los análisis de muchos teóricos, incluso en el análisis de ROSENKRANTZ.

Para ROSENKRANTZ el deber de compensar es objetivo y solo admite limitaciones «*cuando las reglas de una práctica o institución así lo requieran*»⁴²⁸, siempre que esta institución o práctica produzca beneficios mutuos y no pueda ser preservada sin la limitación. La verdadera cuestión que desea determinar ROSENKRANTZ no es el alcance de la obligación de compensar, sino cuándo una limitación vigente en una práctica está *justificada*. Nótese que él asume la existencia de ciertas prácticas o instituciones que son beneficiosas para la comunidad, y observa que solo son beneficiosas porque sus reglas incluyen una limitación al principio de responsabilidad objetiva. Dado que nos preocupa el bienestar de las personas, la pregunta relevante es si tenemos razones para mantener estas prácticas tal como están configuradas. La respuesta de ROSENKRANTZ es que solo tenemos razones para no modificar la práctica si ella produce beneficios mutuos y la limitación de responsabilidad es condición necesaria de su preservación. Ello supone que se dan varias condiciones que él no analiza detalladamente; pero es razonable entender que una condición mínima es que todos los participantes tengan *ex-ante* las mismas probabilidades de ser dañados y de recibir los beneficios de la práctica. Cualquier asimetría en este sentido implicaría que la limitación a la obligación de compensar dejaría de estar justificada.

Si analizamos los ejemplos que ROSENKRANTZ ofrece veremos que están también estructurados en torno a la vulneración de derechos de indemnidad. En el caso de los daños en el deporte la limitación al principio de responsabilidad objetiva está justificada porque de lo contrario la práctica no podría seguir existiendo. Digamos que en un determinado deporte solo se responde por los daños causados dolosamente. Las reglas de responsabilidad de esa práctica nos permiten interpretar que sus participantes gozan de una serie de derechos y deberes de indemnidad. Todos los participantes tienen derecho a que su bienestar, o sus intereses legítimos, no sean perjudicados mediante acciones dolosas. Allí se agota su derecho a la indemnidad. Cualquier perjuicio que sufran por acciones riesgosas, o incluso negligentes, deberán soportarlo ellos mismos. Que la práctica sea beneficiosa garantiza que en el largo plazo los beneficios que todos obtienen del deporte superan a los perjuicios que sufren. Por otra parte, todos los participantes tienen libertad de acción y ello implica que pueden dañar a otros con conductas riesgosas, o incluso negligentes. Solo las acciones que dañan intencionalmente generan la obliga-

⁴²⁸ ROSENKRANTZ, 1997: 187. El énfasis me pertenece.

ción de compensar. Así, la esfera de libertad de cada uno es considerablemente mayor en esta práctica que en otras, como el mercado, donde todos los participantes encuentran su espacio moral definido por la regla de la culpa.

Supongamos que un jugador practicando el deporte rompe el brazo de un adversario en una jugada peligrosa, pero sin intención. Imaginemos que la víctima del daño demanda un resarcimiento ante los tribunales y su petición es denegada. ¿Está justificado este resultado? Según la Concepción Compensatoria, sí lo está. ¿Por qué razón? Porque otorgar compensación en ese caso implicaría que la práctica del deporte en cuestión, que produce beneficios mutuos, no podría ser preservada. Pero ¿cuál es la descripción del razonamiento usual de los jueces que deciden estos casos? En primer lugar estudian el reglamento del deporte, determinan la extensión de los derechos y deberes de indemnidad de las partes involucradas, tal como surgen del reglamento, y dictan una sentencia a partir de todos estos elementos. Adviértase que la Concepción Compensatoria probablemente pueda explicar cuál es la racionalidad subyacente de las reglas del deporte y de la limitación de responsabilidad. También ofrece un criterio para *evaluar* si esas reglas son justas, si respetan la autonomía o protegen el bienestar de las personas. En otras palabras, la Concepción Compensatoria puede ser interpretada como una teoría *acerca del contenido* de los derechos de indemnidad. Para ROSENKRANTZ, los derechos de indemnidad deberían ser *en principio* absolutos. Las personas deberíamos estar protegidas contra toda interferencia que perjudique nuestro bienestar, salvo cuando ello haga que incluso nosotros mismos estemos peor. ¿En qué casos estaríamos peor con una protección absoluta? Cuando la libertad de acción fuese tan limitada que nuestra autonomía quedase reducida a la esfera de los pensamientos; también cuando la obligación de compensar impidiese la existencia de instituciones de beneficio mutuo. La Concepción Compensatoria, así como la interpreto, es una teoría acerca del contenido de los derechos de indemnidad y, por ello, una teoría de la justicia distributiva, no correctiva. Una vez que se avanza en el argumento de esta manera, puede entenderse que las prácticas que producen beneficios mutuos muchas veces requieren, para poder ser preservadas, una limitación de la indemnidad.

¿Tiene poder explicativo la Concepción Compensatoria cuando se la interpreta como una teoría sustantiva de los derechos de indemnidad? Creo que captura la racionalidad de muchas de las reglas usuales en los sistemas de responsabilidad extracontractual. Por ejemplo, la evolución hacia la responsabilidad objetiva cuando el daño es causado por el riesgo de la cosa de la que se sirve el demandado responde a este criterio. La obligación de reparar en estos casos tiene perfecto sentido en tanto los beneficios del uso de la cosa, o de la realización de una actividad peligrosa, suelen ser internalizados exclusivamente, o en mayor medida, por el agente dañador. Al no existir beneficios mutuos, una limitación de la obligación de compensar, lograda

mediante una regla de responsabilidad por negligencia, deja de estar justificada. No solo la responsabilidad objetiva, sino también algunas reglas de *no responsabilidad*, pueden ser explicadas por la Concepción Compensatoria con bastante plausibilidad. Tomemos el caso de la llamada *normal tolerancia entre vecinos*. El art. 2618 del Código Civil argentino dispone que las molestias que ocasionen el humo, el calor, los olores, la luminosidad, los ruidos, las vibraciones o cualquier daño similar producido en el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar, aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. En caso de exceder los límites normales, y según las circunstancias del caso, los jueces tienen la facultad de disponer un resarcimiento por los daños causados. Sin embargo, al aplicar esta norma el juez debe tener en cuenta las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad. Esta norma establece que las molestias normales que sufren los vecinos en su convivencia no son compensables. Intentemos imaginar un mundo en que cual debamos indemnizar a nuestros vecinos cada vez que cocinamos frituras o cada vez que escuchamos una música que no les agrada. La Concepción Compensatoria explica con bastante precisión al menos uno de los criterios relevantes, si no todos, para definir los derechos de indemnidad de las partes.

ROSENKRANTZ no es el único autor que al intentar explicar cómo encajan las reglas de responsabilidad en la justicia correctiva termina ofreciendo, sin advertirlo, una teoría de los derechos de indemnidad. George FLETCHER, en uno de los trabajos más importantes sobre filosofía del derecho de daños, también puede ser interpretado de este modo. Al comienzo de su trabajo, FLETCHER reacciona contra la tendencia instrumentalista del AED, en aquel entonces en pleno auge, y asocia la responsabilidad extracontractual con la justicia correctiva⁴²⁹. A pesar de ello, luego dedica gran parte de su trabajo a analizar cuándo la víctima tiene derecho a ser compensada. Para FLETCHER esta cuestión depende de las características de las actividades que realiza la víctima y las desarrolladas por el agente dañador. El paradigma de la reciprocidad de riesgos, expresado según cree en todas las doctrinas del derecho de daños, determina que la víctima tiene derecho a ser indemnizada por los daños que sufra siempre que haya sido expuesta a un riesgo mayor en grado y de diferente tipo que el que ella impone al agente dañador. De este principio se sigue que debemos soportar los daños que son producto de riesgos que todos nos imponemos recíprocamente. El contexto de interacción de las partes es sumamente relevante para este enfoque. Si el contexto es de no reciprocidad de riesgos, por ejemplo, el caso de los automovilistas y los peatones, la regla vigente debería ser la responsabilidad objetiva. En cambio, en un contexto de reciprocidad de riesgos, por ejemplo el de quienes practican un deporte, no habrá derecho a la compensación, salvo que el agente dañador

⁴²⁹ FLETCHER, 1972: 538.

dor haya obrado con culpa. La culpa del agente dañador incrementará los riesgos del contexto en perjuicio de la víctima y ello justificará su derecho a la indemnización. Por lo tanto, la recomendación general de esta teoría es regular con una regla de responsabilidad objetiva los contextos de riesgos no recíprocos y con estándares subjetivos los contextos de riesgos recíprocos⁴³⁰. El paradigma de la reciprocidad define los derechos de indemnidad de un modo muy sencillo: todos tenemos derecho a no sufrir daños que son consecuencia de una exposición a riesgos no recíprocos, es decir, a riesgos que nosotros no imponemos a otros.

No me propongo evaluar los méritos explicativos de la teoría de FLETCHER. Solo deseo resaltar que el análisis del derecho de daños a partir de las reglas de responsabilidad conduce necesariamente a una concepción determinada del contenido de los derechos de indemnidad de las partes, y la concepción adecuada siempre dependerá de consideraciones de justicia distributiva. Muchas veces esto no es advertido y por ello el rol de la justicia distributiva en la comprensión del derecho de daños es menospreciado. Existen, por supuesto, excepciones. Algunos autores, siendo Gregory KEATING quien en mi opinión ofrece la teoría más detallada, son plenamente conscientes de que la opción entre la responsabilidad objetiva y la culpa es una elección que debe estar orientada por razones de justicia distributiva. KEATING, aplicando un esquema rawlsiano, defiende la idea de que los costes de los accidentes deben ser equitativamente distribuidos entre aquellos que se benefician de los riesgos subyacentes relevantes para la producción de esa clase de daños⁴³¹.

Elaborar un argumento normativo sobre la distribución justa de derechos de indemnidad excede el propósito de mi trabajo. Como sostuve en el apartado X.1.1, creo que para poder hacerlo debe considerarse el conjunto de las instituciones sociales. El derecho de daños no puede ser evaluado aisladamente, por lo tanto, tampoco puede proponerse un esquema determinado de derechos de indemnidad sin tener en cuenta, además, la existencia de algunos mecanismos para mitigar los posibles efectos negativos sobre los más desaventajados. Pero tampoco puede diseñarse un derecho de daños *progresivo*, que beneficie a los peor situados, sin considerar que ello podría tener efectos perversos sobre los incentivos de los agentes, lo que finalmente redundará en un incremento de la cantidad y la gravedad de los accidentes. La cuestión es

⁴³⁰ FLETCHER, 1972: 547. Otro modo de explicar el principio es haciendo referencia a comunidades de riesgo. Cuando tanto la víctima como el agente dañador pertenecen a la misma comunidad de riesgos, es decir, se imponen mutuamente riesgos del mismo tipo y en igual grado, la regla debería ser la responsabilidad por culpa. En cambio, si las partes pertenecen a distintas comunidades de riesgo, la regla debería ser la responsabilidad objetiva. La víctima que sea expuesta a un riesgo mayor que el que ella impone a otros deberá ser indemnizada por los daños que sufra, aunque el agente dañador haya obrado con la diligencia debida.

⁴³¹ KEATING, 2004: 1858-1859.

demasiado compleja para ser asumida como parte de un trabajo más general. Por ello, no me ocuparé de esta cuestión aquí. Mi interés consiste en señalar simplemente que para lograr una *comprensión* plena del derecho de daños bilateral debe observarse que la justicia distributiva cumple una función en la elección de las reglas sustantivas que rigen la interacción entre las partes⁴³².

3-Derechos y deberes primarios y secundarios. Justicia distributiva y justicia correctiva

La responsabilidad extracontractual es una práctica cuyo complejo entramado de derechos y deberes no permite siempre distinguir con claridad qué principios subyacentes la organizan. La primera intuición, la más habitual, es que la justicia correctiva es el principio que está detrás del derecho de daños. Pese ello, he argumentado que los derechos y deberes de indemnidad que dan contenido a los términos equitativos de la interacción privada entre individuos son una cuestión de justicia distributiva. En el capítulo VIII expliqué de qué modo creo que ambos principios están relacionados en las sociedades liberales. En este apartado pretendo analizar de qué manera la responsabilidad extracontractual implementa esa concepción global de la justicia.

3.1-Los derechos de indemnidad como bienes primarios de segundo orden

En las sociedades liberales, el Estado está comprometido con garantizar a los individuos un conjunto de bienes primarios. Estos, explica RAWLS, son bienes útiles para cualquier plan de vida que uno desee desarrollar. Los derechos, las libertades y las oportunidades, el ingreso y la riqueza, entre otros, son ejemplos típicos. Una vez garantizada una cuota razonable de bienes primarios, los individuos son responsables por cómo resulta su vida. Cada persona debe asumir la responsabilidad de tomar las decisiones correctas, de optar por un plan de vida razonable que pueda llevar a cabo con esos recur-

⁴³² Mi argumento es de los que William LUCY denomina indirectos. Los argumentos *directos* se basan en una concepción particular de la justicia distributiva. Este es el caso KEATING, por ejemplo. En cambio, los argumentos *indirectos* se proponen señalar alguna de estas tres cosas: a) que las reglas del derecho de daños mantienen un esquema de derechos y deberes; b) que las distintas doctrinas del derecho civil tienen efectos distributivos entre las partes y, en este sentido, el derecho privado es una cuestión de justicia distributiva o; c) que las doctrinas del derecho privado expresan una preocupación por la distribución equitativa de los costes de los accidentes y, por ello, alguna concepción de la justicia distributiva debe estar implementada en la responsabilidad extracontractual. Véase LUCY, 2007: 328-329. Mi argumento es indirecto, ya que no pretendo ofrecer un análisis desde una particular concepción de la justicia distributiva. Se ocupa simplemente de describir lo que Peter CANE denomina la *anatomía* del derecho de daños. Véase CANE, 1997: 18; 2001: 417.

sos, sin exigir de la comunidad más de lo que equitativamente le corresponde. En un mundo ideal en el cual el destino de los individuos dependiese exclusivamente de sus elecciones, el Estado no tendría más función que asegurar una distribución justa de bienes primarios. Pero en el mundo real los individuos ven alterados sus planes de vida por circunstancias ajenas a sus decisiones. A veces, sufren las consecuencias de los desastres naturales. Otras veces sufren las consecuencias de las decisiones de otros. El resultado de un desastre natural no es consecuencia de la elección de nadie. No obstante ello, las instituciones sociales pueden asistir a las víctimas por razones de justicia. En qué medida el Estado está obligado a brindar aquí su asistencia es una cuestión política que deberá definirse en el seno de cada comunidad. Si la comunidad fuese extremadamente igualitaria podría decidir que el Estado se haga cargo de todos los infortunios que no son consecuencia de la elección de ningún agente. Otras comunidades, más próximas a la ideología libertaria, adoptarían la solución opuesta: los perjuicios que no son consecuencia de la decisión de ninguna persona pertenecen a quien los sufre⁴³³. En este caso, y en todas las alternativas intermedias, podrá decirse que cada individuo deberá soportar las consecuencias de los infortunios que sufra, salvo aquellas que el Estado decida neutralizar, aunque a fin de cuentas su vida no sea el fiel reflejo de las elecciones que ha realizado. Así, cómo le vaya a cada uno en su vida dependerá tanto de las decisiones que tome como de una cuota de azar.

Pero los desastres de la naturaleza no son los únicos fenómenos capaces de afectar los planes de vida de los individuos. Las acciones de terceros también pueden incidir significativamente en cómo resulta la vida para cada uno. El problema de las externalidades negativas impone la necesidad de encontrar un esquema de libertades que sea equitativo. El hecho de que podamos *dañarnos* mutuamente, como apunta ROSENKRANTZ, o causarnos pérdidas recíprocamente, diría yo, justifica que el Estado reconozca ciertos derechos de indemnidad. Estos derechos definen el espacio moral en el que cada uno está libre de las interferencias de terceros. Si se consideran además los deberes correlativos de indemnidad –deberes de no dañar– junto con los derechos de indemnidad, puede determinarse exactamente cuál es la esfera de libertad de cada uno. En otras palabras, la esfera de libertad de cada individuo, su espacio moral, depende de sus derechos a no ser dañado y de sus deberes frente a los demás; de lo que cada uno puede hacer sin incurrir en responsabilidad y del espacio de indemnidad frente a las interferencias de otros. Mi argumento es que la responsabilidad extracontractual bilateral es *una de las formas* de establecer, por medio de las reglas sustantivas de respon-

⁴³³ Véase COLEMAN y RIPSTEIN, 1995: 96. Los autores explican que tanto un liberal igualitario y un libertario aceptan el mismo principio de responsabilidad causal. De acuerdo con él, cada uno debe cargar con las consecuencias de sus acciones. La diferencia entre ellos está en el tipo de regla supletoria que adoptan para resolver los casos en que no existe responsabilidad causal de nadie. Para el libertario, los daños deben quedar sobre la víctima; para el liberal igualitario, pertenecen a la comunidad.

sabilidad, los derechos y deberes de indemnidad de las partes. Otra forma de establecer derechos y deberes de indemnidad sería mediante un esquema de compensación social, para las víctimas, y de castigos, para los agentes dañadores.

Si no existiesen estos derechos y deberes de indemnidad, difícilmente podría sostenerse que cada uno es responsable por el plan de vida elegido. Para que la idea de responsabilidad tenga sentido debe garantizarse algún nivel razonable de seguridad. Los derechos de indemnidad, entonces, son parte de los bienes primarios que han de distribuirse entre los miembros de la comunidad. Por supuesto, esto no elimina la posibilidad de que haya externalidades negativas. El único modo de reducir a cero las consecuencias de las acciones de terceros es restringiendo totalmente la libertad de acción. Inversamente, el máximo de seguridad se logra aniquilando toda libertad⁴³⁴. Por ello, las sociedades habrán de encontrar un equilibrio entre los niveles de libertad y de seguridad que se garanticen a los individuos⁴³⁵. La combinación debe ser razonable en tanto el fin último es que cada uno pueda elegir qué plan de vida realizar. Como dije, no pretendo ofrecer una teoría sustantiva de los derechos de indemnidad. Solo estoy analizando su estructura, por ello omitiré pronunciarme sobre cuál sea el equilibrio razonable entre la libertad y la seguridad.

Luego de establecido un esquema de derechos y deberes de indemnidad, todavía las acciones de algunos individuos podrán impactar en el bienestar de otros. Pero si estas acciones no violan ningún derecho, el perjudicado no podrá más que considerar que esos efectos son producto de la *mala suerte*, entendida en un sentido amplio; y lo mismo vale para la comunidad. No son responsabilidad de la víctima, pero tampoco serán una injusticia distributiva, dentro de ciertos límites. Veamos nuevamente el caso de la competencia en el mercado. La competencia leal supone que algunos oferentes puedan sufrir pérdidas importantes. El Estado no tiene por qué intervenir en estos casos, aunque si los perjudicados quedasen por debajo de un nivel mínimo, la justicia distributiva podría exigir una asistencia para ellos. El tipo de repuesta comunitaria en este caso no se distingue en esencia de la que tendría lugar si la pérdida se hubiese producido por un desastre natural o la propia incompetencia de la víctima.

Desde el punto de vista distributivo, que sea un huracán, una inundación o un individuo quien causa la pérdida de la víctima es irrelevante. En ningún caso, la pérdida es consecuencia de las decisiones que ella adopta. Sin embargo, las interacciones privadas son parte del entramado social de un modo en que los huracanes y las inundaciones no lo son. Las interacciones entre los individuos son *necesarias* en la vida de la comunidad, por ello requieren una

⁴³⁴ Véase, entre muchos otros, KEATING, 2004: 1863.

⁴³⁵ Véase MACCORMICK, 1982: 217-218.

regulación expresa. Al definirse los derechos y deberes de indemnidad se da contenido a los términos equitativos de la interacción. Cualquier relación entre individuos deberá respetar esos términos, y el propósito de establecerlos es garantizar un mínimo de seguridad para que cada uno lleve adelante su plan de vida. Por ello el Estado está mucho más comprometido con implementar un esquema de derechos de indemnidad frente a los actos de terceros que con proteger el bienestar de los individuos como tal, que podría ser afectado por otras personas o por desastres naturales. Sin un esquema de derechos y deberes de indemnidad no existiría una interacción razonable que permita a los miembros de la comunidad desarrollarse plenamente⁴³⁶.

Que los derechos de indemnidad son una cuestión de justicia distributiva no debería ser una tesis controvertida. Los derechos y libertades garantizados por la estructura básica podrían tener un contenido más fuerte o más débil. Podría reconocerse el derecho a trabajar y a usar los bienes materiales que se encuentran en el mundo. Pero ello no implica ningún tipo de protección contra las interferencias de terceros. No hay contradicción al afirmar que un individuo tiene derecho a trabajar mientras otro no se lo impida. Ello significa que el Estado no intervendrá para impedirle trabajar, pero tampoco le brindará ningún apoyo frente a la fuerza de un tercero que dificulte sus actividades. Del mismo modo, los individuos podrían tener derecho a usar los recursos en la medida en que otro no los excluya primero. Podría existir un sistema en el cual el uso de los recursos es libre y lo único que se prohíbe es tomarlos de otros empleando la fuerza física, pero no apropiarse de ellos cuando nadie los está utilizando. Un contenido más fuerte estaría dado por el derecho de propiedad tal como lo conocemos. Podrían existir reglas de adquisición y transmisión legítima, reforzadas con reglas de exclusión de terceros y de reivindicación en caso de haber sido desposeídos ilegítimamente. Además se pueden conceder derechos de compensación por la destrucción intencional, o meramente negligente, o por conductas riesgosas o incluso frente a otro tipo específico de acciones, lícitas o ilícitas, riesgosas o no, de terceros. Los niveles de protección del derecho varían sustancialmente en cada caso. Por ello, un derecho de propiedad está protegido en mayor medida cuando su titular cuenta con más mecanismos para quedar perfectamente indemne ante las interferencias de otros. La mayor protección es aquella que garantiza la exclusión de terceros, la reivindicación y la compensación plena cuando el bien resulta dañado de cualquier forma por las acciones de otros.

Mientras mayor sea la protección de los bienes primarios, mayor será su valor para quien los posee. El valor de la libertad de expresión será mayor

⁴³⁶ Tampoco existiría una *comunidad*. Unas reglas básicas de convivencia son imprescindibles para que puedan desarrollarse los vínculos políticos que permiten considerar que un grupo de individuos forman un colectivo. No puedo ocuparme aquí de fundamentar esta posición, aunque me parece bastante intuitiva.

cuando no exista responsabilidad extracontractual por daños causados en su ejercicio, que en caso contrario. A su vez, cuando existe responsabilidad posterior, la obligación de indemnizar puede limitarse a las expresiones falsas o insultantes realizadas dolosamente, o puede incluir también a las negligentes. Como puede advertirse, el derecho tiene un valor mayor cuando su ejercicio acarrea menos responsabilidad a su titular. Pero el valor del derecho al honor, protegido con la responsabilidad extracontractual por un uso abusivo de la libertad de expresión, variará en la dirección opuesta. El máximo valor del derecho al honor se alcanzaría con la posibilidad de censurar previamente el discurso que atente contra él. Nuevamente, el contenido de cada uno de los derechos dependerá de un equilibrio que la comunidad juzgue razonable.

De lo dicho no debe inferirse que algún grado de indemnidad sea necesario para que los bienes primarios tengan valor. Mi idea es que los derechos de indemnidad son bienes primarios, que gozan del mismo estatus que la riqueza, el ingreso y las libertades más básicas. La única diferencia es que se trata de bienes primarios, útiles para cualquier plan de vida, pero de *segundo orden*. La función de los derechos de indemnidad es otorgar un valor mayor o menor al resto de los bienes primarios, y el incremento de valor en los bienes primarios es algo que todos deseáramos para poder llevar adelante el plan de vida elegido. Ciertamente, los derechos de indemnidad, al igual que cualquier otro derecho primario, deben estar equilibrados con el resto de los derechos para lograr una combinación óptima de libertad y seguridad.

3.2-Indemnidad y compensación

3.2.1-La vinculación institucional entre la justicia distributiva y la justicia correctiva en las sociedades liberales

Una pregunta que inmediatamente surge de lo expresado en el punto anterior es la siguiente: si los derechos de indemnidad son reconocidos por el Estado como una cuestión de justicia distributiva, ¿debe el Estado intervenir de algún modo en la compensación de las víctimas de accidentes?

La intuición es que si los derechos de indemnidad son bienes primarios necesarios para garantizar una interacción pacífica entre los miembros de la comunidad, lo que a su vez permitirá a cada individuo llevar adelante un plan de vida razonable, el Estado debería encargarse de compensar a todos los que sufren pérdidas injustas. Antes que nada, debe admitirse que la compensación de las pérdidas injustas podría ser en sentido estricto una cuestión de justicia distributiva. El Estado debe proteger a los individuos contra las agresiones de otros. Esta conclusión se sigue del hecho que las pérdidas injustas impactan sobre la vida de los individuos haciendo que el resultado final no sea el producto de sus propias decisiones. Ahora bien, el Estado puede im-

plementar distintos mecanismos para garantizar el derecho de indemnidad de los ciudadanos. Como primera opción, podría decidir compensar a las víctimas e imponer castigos a los agentes dañadores para lograr dos objetivos: a) mantener constante la capacidad de la víctima para avanzar en su plan de vida; b) brindar incentivos a los agentes dañadores para que no se aprovechen injustamente de los bienes primarios de otros. Si el Estado hiciese esto estaría logrando que tanto la víctima como el agente dañador lleven adelante su vida con los recursos que equitativamente les fueron asignados de acuerdo al esquema de distribución general.

Este mecanismo estaría limitado al grado de indemnidad reconocido por el sistema. Si el derecho de la víctima es a no ser dañada mediante conductas negligentes, el Estado debería procurar que la víctima sea compensada cuando sufre daños de este tipo. De todas maneras, la compensación no solo estaría limitada a los rubros resarcibles, a las pérdidas que resulten injustas de acuerdo con el derecho de indemnidad vulnerado, sino que además podría estar sujeta a la capacidad del Estado para solventar todas las pérdidas que las interacciones privadas causasen. Si en una comunidad organizada de este modo la tasa de accidentes de pronto se incrementase sustancialmente, y el Estado no contase con recursos suficientes para compensar a todas las víctimas, el monto de las indemnizaciones correspondientes podría disminuirse a prorrata o con algún criterio de necesidad. Ello reduciría el valor de los derechos de indemnidad y, por consiguiente, el de los bienes primarios afectados por la violación del deber de indemnidad del agente dañador. En el corto plazo, la distribución original de los derechos habría derivado en una distribución diferente que también podría ser equitativa en esas circunstancias. Los derechos vigentes expresarían un nuevo arreglo social adaptado a un contexto en el cual los accidentes son más frecuentes o de mayor gravedad. En suma, el mecanismo distributivo de compensación no tiene por qué ser perfecto. Ello dependerá de las capacidades de la comunidad para garantizar un mayor o un menor grado de indemnidad.

Alternativamente, el Estado podría proteger los derechos de indemnidad aprovechando la división del trabajo institucional que mencioné en el apartado VIII.3. Las instituciones sociales no son la expresión exclusiva de los principios de justicia distributiva. Otros principios, como la justicia retributiva o la justicia correctiva, pueden dar lugar a instituciones que en parte cumplan tareas superpuestas. La justicia correctiva, que según argumenté explica la estructura bilateral del derecho de daños, cuyo aspecto procedimental vincula a la víctima con el agente dañador, es de capital importancia para comprender cómo el Estado satisface los derechos de indemnidad.

El principio de justicia correctiva ordena rectificar las pérdidas y las ganancias injustas. Las pérdidas o las ganancias son injustas cuando resultan de una interacción injusta, y una interacción es injusta si vulnera los derechos de

alguna de las partes. La rectificación de las interacciones injustas se logra imponiendo al agente dañador la obligación de compensar el perjuicio sufrido por la víctima. Vimos que la vulneración de derechos de indemnidad supone conceptualmente que el agente dañador ha violado su deber de no dañar. Ahora, ¿qué función cumple el principio de justicia correctiva en una sociedad liberal? Tanto los principios distributivos, como los correctivos, regulan las relaciones entre individuos libres e iguales. Mientras que la justicia distributiva divide los beneficios y las cargas de la cooperación, la justicia correctiva se aplica a las interacciones privadas. A diferencia de la justicia distributiva, la justicia correctiva no asume la existencia de ningún bien común a distribuir, solo asume que los individuos interactúan y que al hacerlo pueden ocasionarse pérdidas unos a otros. ¿Cuáles son, de acuerdo con la justicia correctiva, los términos equitativos que regulan las interacciones privadas entre personas libres e iguales? Más allá del lugar que cada uno termine ocupando en la sociedad, de cuán bien resulte su vida, los individuos deben respetarse sus derechos recíprocamente. Sea cual fuere el resultado de la distribución, ella garantizará a cada uno una porción distributiva, un conjunto de bienes primarios entre los que se incluyen los derechos de indemnidad. En sus interacciones privadas, los individuos no deben utilizar los recursos de otro sin su consentimiento. Es decir, el principio prohíbe el uso de derechos ajenos para la consecución de los propios fines; por ello, toda interacción debe ser respetuosa de los derechos de indemnidad. Cuando un individuo daña a otro hace precisamente lo que el principio reprueba: emplea los recursos de la víctima como un medio para llevar adelante su propio plan de vida. En términos kantianos, el daño constituye una instrumentalización de la víctima.

De ahí que ante la producción de un perjuicio el agente dañador esté obligado a compensarlo. Este es el contenido de la justicia correctiva. Los derechos a los que da lugar son derechos secundarios. Las normas de la responsabilidad extracontractual bilateral que ordenan indemnizar los daños causados otorgan a la víctima un derecho a ser compensada e imponen al agente dañador la obligación de indemnizar. Estos derechos y deberes solo se hacen operativos cuando son violados otros derechos y deberes que el mismo sistema de responsabilidad civil reconoce como esquema de interacción para las partes: los derechos y deberes de indemnidad.

Veamos ahora cómo es exactamente que la justicia distributiva y la justicia correctiva se relacionan *a nivel institucional*. El Estado parece tener, como cuestión de justicia distributiva, el mismo deber que el agente dañador tiene como cuestión de justicia correctiva: compensar a la víctima. La razón por la cual el Estado debe compensar es que de ese modo garantiza el derecho de indemnidad de la víctima; en cambio, la razón por la cual el agente dañador debe compensar es que ha causado un daño en el curso de una interacción injusta. La coordinación se produce cuando el Estado a fin de garantizar la

indemnidad de la víctima *aprovecha* la existencia de instituciones de justicia correctiva que, por razones distintas, también procuran una compensación del daño injusto. Si la víctima recibe una compensación por parte del agente dañador, el Estado cumple con su deber de garantizar los derechos de indemnidad sosteniendo estas instituciones de justicia correctiva que hacen posible que los individuos preserven los recursos primarios necesarios para su plan de vida. El derecho de daños bilateral, entonces, puede ser entendido desde el punto de vista de la justicia distributiva como modo de compensar a las víctimas, y desde el punto de vista de la justicia correctiva como modo de implementar institucionalmente los términos de la interacción privada entre personas libres e iguales. No debe sorprendernos que una misma institución pueda satisfacer diversas funciones estatales. Al contrario, sería esperable que el Estado emplee aquella configuración institucional que minimice sus costes operativos.

Explicado en otros términos, cuando una víctima sufre un daño injusto la justicia distributiva exige que se satisfagan sus derechos de indemnidad brindándole una compensación. La justicia distributiva no especifica quién debe brindarla, pero es razonable suponer que la decisión respecto de esto no debe generar una nueva injusticia distributiva. Por otra parte, la justicia correctiva exige que los agentes que han vulnerado los derechos de otros sean obligados a compensar a fin de que las pérdidas y las ganancias injustas sean eliminadas. Ello contará al mismo tiempo como la ejecución de los términos equitativos que regulan la interacción. El Estado se vale de una única institución, la responsabilidad extracontractual bilateral, para satisfacer las exigencias de ambas formas de justicia simultáneamente; y ello no es más que uno de los muchos ejemplos posibles de economía institucional. Esto explica con bastante plausibilidad por qué los teóricos de la responsabilidad civil han visto en la práctica una multiplicidad de funciones: la compensación, la disuasión, la distribución de daños, la demarcación de derechos y la implementación de la justicia correctiva⁴³⁷.

⁴³⁷ Véase, entre muchos otros, DÍEZ-PICAZO, 1999: 41-48; ABRAHAM, 2002: 14-20. Ape- lar a esta división del trabajo institucional me permite ofrecer una explicación pluralista que acomoda muchos de los intereses que los teóricos suelen proyectar sobre el derecho de daños. En este sentido, mi explicación pluralista es parsimoniosa y no se relaciona con el principio de complementariedad sugerido por ENGLARD. Según este autor, la práctica expresa una multiplicidad de objetivos o funciones como la justicia correctiva, la justicia distributiva y la eficiencia que son incoherentes. Cada principio tiene sus propias pre- misas ideológicas o filosóficas, por lo tanto, la responsabilidad extracontractual es un com- plejo de justificaciones mutuamente inconsistentes. Ello no es necesariamente negativo, ya que los intereses se limitan unos a otros y la práctica adquiere una forma determinada que expresa el compromiso entre objetivos igualmente legítimos. Véase ENGLARD, 1995: 185, 187, 193-195. No niego que la complementariedad pueda explicar muchas institu- ciones o prácticas, solo rechazo que explique el derecho de daños. En la interpretación

El derecho de indemnidad de la víctima supone que ella tiene derecho a ser compensada por cualquier pérdida injusta. Si en la comunidad están vigentes instituciones de justicia correctiva, ella tendrá derecho no solo a que alguien la compense, sino a que el agente dañador, y solo él, lo haga. Pero ¿qué ocurre desde el punto de vista distributivo si el agente dañador es insolvente? ¿Debe el Estado garantizar un fondo de compensación para las víctimas que quedan sin ser reparadas? No necesariamente. Como argumenté algunos párrafos más arriba, los mecanismos distributivos para satisfacer el derecho a la indemnidad no tienen por qué ser perfectos. El Estado puede contar con un presupuesto limitado que le impida actuar como asegurador general. Cumple sus obligaciones de justicia distributiva si implementa un sistema en general eficaz para lograr que las víctimas sean indemnizadas.

Finalmente, me gustaría explicar qué hay en juego en la elección de los distintos mecanismos de compensación. ¿Por qué indemnizar con mecanismos de justicia correctiva y no con mecanismos de compensación social? Un primer tipo de razones para preferir un sistema antes que el otro se vincula con el tipo de comunidad política que se desea. Una comunidad que implemente un mecanismo social de compensación, aunque pueda seguir siendo liberal, brindará una red de cobertura mucho más amplia que una que gestione los daños que se producen en las interacciones privadas de los individuos por medio de instituciones de justicia correctiva. Esta intervención adicional supone mayores costes para la comunidad. En cambio, cuando implementa la justicia correctiva el Estado solo brinda su apoyo a la víctima para hacer cumplir los términos equitativos de la interacción. Si la justicia correctiva está justificada en un Estado liberal, también está justificado que se ponga a disposición de todos los perjudicados en sus derechos de indemnidad los mecanismos judiciales y coactivos para que ellos logren el cobro de una indemnización. Cuando se da un paso más y se implementa un esquema general de compensación, o un esquema subsidiario que funcione en los casos de agentes dañadores insolventes, se genera un sistema donde la protección de las víctimas es más fuerte. La elección entre estas alternativas depende de argumentos normativos y de las circunstancias particulares de cada comunidad.

El segundo de tipo de razones para preferir que la compensación de daños sea dejada en manos de un sistema de responsabilidad extracontractual tiene que ver con que si la justicia correctiva es un verdadero principio de justicia liberal, entonces, es obligatorio para el Estado liberal implementarlo. No parece que la justicia pueda ser opcional. Cuando se implementa un sistema de compensación general o social, para indemnizar a las víctimas, junto con un sistema de sanciones para los agentes dañadores, probablemente se haga justicia respecto de la víctima y del agente dañador; pero ello no implica que

que he ofrecido las instituciones se articulan para implementar distintos principios que no son inconsistentes.

se haya hecho *justicia entre las partes*. La justicia correctiva es el único principio que puede lograr esto. Si no se permite a la parte afectada demandar una compensación a cargo del agente dañador, se impide el cumplimiento de los términos equitativos que regulan la interacción entre individuos libres e iguales. Por esta razón, si la justicia correctiva es un principio de justicia, su satisfacción institucional no es opcional sino obligatoria. De aquí se sigue que una sociedad que no implementa un sistema de daños bilateral, aunque cumpla con los derechos de indemnidad de las partes, no cumpliría con su obligación de facilitar la justicia entre las partes. Las instituciones de una comunidad semejante se adecuarían a las exigencias de la justicia distributiva, pero no a las de la justicia correctiva.

3.2.2-¿Derivan los derechos y deberes secundarios de los primarios?

La división del trabajo institucional entre la justicia correctiva y la justicia distributiva puede generar confusiones respecto de la relación que existe entre los derechos y deberes primarios y secundarios. ¿Derivan los derechos y deberes secundarios de los primarios? Una respuesta afirmativa podría conducirnos a que los derechos y deberes de la justicia correctiva derivan de los derechos y deberes de la justicia distributiva, y en reiteradas oportunidades he negado esta tesis. Pero la alternativa, que los derechos y deberes secundarios no derivan de los primarios, deja sin contenido a los derechos de indemnidad, ya que parece necesario que para tener derecho a quedar indemne debe tenerse derecho a una compensación en caso de sufrir un perjuicio. ¿Cómo se resuelve este dilema?

La clave está en analizar separadamente los derechos y los deberes. En el desarrollo anterior (IX.3.3.2), expliqué que el contenido de un derecho puede ser variado. En términos generales, un derecho a no ser dañado no implica conceptualmente ninguna consecuencia normativa determinada ante su violación. El contenido del derecho a no ser dañado podría estar dado, entre otras alternativas, por: a) una sanción para el agente dañador; o b) la obligación de compensar a cargo del agente dañador, un tercero o el Estado. La cuestión entonces es determinar qué concepción de los derechos de indemnidad es adecuada en una teoría como la que describí en el punto X.3.1, según la cual se trata de bienes primarios de segundo orden. Creo que para que tenga sentido afirmar que por medio de un ejercicio de justicia distributiva se nos asigna una cuota equitativa de bienes primarios para que desarrollemos nuestra vida, entre los que se incluyen derechos de indemnidad, la única alternativa es entender que el contenido de estos últimos está dado por los derechos secundarios de compensación y no por sanciones para el agente dañador. ¿Qué valor tendrían los bienes primarios si no hubiese alguna protección consistente en quedar indemne frente a las interferencias de terceros? ¿Por qué serían útiles los bienes primarios para cualquier plan de vida si ellos no estuviesen protegidos de esta manera? El esquema de distribución equita-

tiva y la posterior responsabilidad por el plan de vida desarrollado supone que cada uno de los individuos debe contar con una estabilidad en sus recursos. Ellos deben permanecer constantes, salvo que el propio individuo tome decisiones equivocadas o sufra las consecuencias de la mala suerte. Si esta parece ser una teoría *normativa* del contenido de los derechos de indemnidad ajustada a la ideología liberal, debe aceptarse que de allí se sigue un derecho a ser compensado en caso de sufrir una pérdida injusta. Únicamente la compensación mantiene constantes los recursos que cada uno recibe como parte de una distribución equitativa. Nótese que ninguna otra alternativa a la compensación, como que el agente dañador vaya a prisión, preserva la porción distributiva de la víctima. La pena de prisión podría tal vez ser adecuada para dar expresión a la responsabilidad del agente dañador por sus actos, pero no al derecho de la víctima de permanecer indemne. En breve, la indemnidad implica preservar la porción distributiva, y para preservarla se requiere una compensación cuando se sufre un daño injusto. Por lo tanto, en la teoría liberal, los derechos primarios de indemnidad implican *alguna clase* de derechos secundarios de compensación.

Por el lado de los deberes, en cambio, la situación parece ser distinta. Nada en el contenido de los deberes de no dañar permite derivar de su violación deberes de compensar⁴³⁸. Como acabo de mencionar, la responsabilidad individual se puede satisfacer de muchas maneras, todas las cuales siguen preservando el sentido de que el agente tiene el deber de no dañar. El sistema podría ser coherente si ante las violaciones de los derechos de indemnidad impusiese un castigo al agresor y se ocupase de las víctimas mediante un esquema de compensación general. Pero no podría mantener sus presupuestos normativos si ante la vulneración de un derecho a quedar indemne no garantizase la indemnidad por medio de la compensación. Parece haber una asimetría en lo que se sigue de los derechos de indemnidad y lo que se sigue de los deberes de indemnidad.

Realizadas estas aclaraciones previas, analicemos directamente la estructura de derechos y deberes de la responsabilidad extracontractual. Las reglas sustantivas de responsabilidad, la responsabilidad objetiva y la culpa siendo las más relevantes en los ordenamientos modernos, establecen distintos derechos y deberes de indemnidad. La regla de culpa da forma a un derecho, cuyo titular es la potencial víctima, a no ser dañada mediante acciones incorrectas del agente dañador. A su vez, impone a este último el deber de no dañar a la víctima mediante acciones de este mismo tipo. En el caso de la responsabilidad objetiva, supongamos por riesgo, la situación es más favorable para la víctima —ya que su indemnidad se extiende a las pérdidas que pueda sufrir por conductas permitidas pero riesgosas de otros— y más perjudicial para el agente dañador —ya que sus deberes también se extienden más allá que con una regla de negligencia. Siguiendo el criterio habitual, he deno-

⁴³⁸ Para una opinión contraria, véase MACCORMICK, 1982: 219.

minado *primarios* a estos derechos y deberes, cuya justicia debe ser evaluada por los principios distributivos. Al mismo tiempo, de acuerdo con la justicia correctiva, la violación de estos derechos y deberes primarios hace nacer en cabeza del agente dañador la obligación de compensar, y genera a favor de la víctima un derecho a recibir la indemnización correspondiente. Estos derechos y deberes derivados de la justicia correctiva, cuya justificación es autónoma respecto de la justicia distributiva, son *secundarios*.

En suma, puede afirmarse que la responsabilidad extracontractual bilateral es un sistema de derechos y deberes primarios, de indemnidad, y de derechos y deberes secundarios, de compensación. Los derechos y deberes de indemnidad son una cuestión de justicia distributiva, mientras que los derechos y deberes de compensación son la expresión de la justicia correctiva. Para comprender cabalmente la anatomía de los derechos y los deberes que integran la responsabilidad extracontractual debe explicarse la relación que existe entre ellos.

En primer lugar, debe advertirse que a veces los sistemas bilaterales establecen ciertos deberes de diligencia. Pensemos, por ejemplo, en la prohibición de conducir a más de una determinada velocidad dentro de la ciudad. La violación de este deber no es relacional, en el sentido de que cuando un individuo incumple con el estándar de conducta debido no vulnera los derechos de nadie en particular. Tal vez en estos casos esté justificado que el Estado ejerza su autoridad imponiendo sanciones a fin de brindar incentivos adecuados a los potenciales agentes dañadores, pero nadie tiene un derecho específico que resulte afectado por estas conductas. Otros derechos que reconocen los sistemas bilaterales, los derechos primarios, sí son relacionales o correlativos. Cuando el derecho a la indemnidad de una persona es vulnerado puede afirmarse también que otro individuo ha violado su deber de indemnidad. El derecho a no ser dañado por negligencia, por ejemplo, solo resulta afectado cuando el agente dañador causa una pérdida a la víctima por medio de una acción incorrecta.

En la teoría liberal que he expuesto, el derecho a no ser dañado requiere de un derecho a ser compensado. Ello es así, ya que no podría sostenerse que un individuo tiene derecho a no ser dañado si no se le garantiza quedar indemne una vez que el acto lesivo tuvo lugar. Por esta razón, cuando el Estado distribuye derechos de indemnidad asume el compromiso de procurar un resarcimiento en caso de que el derecho resulte violado. Si los derechos de indemnidad tienen esta finalidad, normativamente se deriva de ellos el derecho a recibir una compensación. Según argumenté, en ocasiones el Estado cumple con su deber de justicia distributiva aprovechando los efectos de implementar instituciones de justicia correctiva. Que uno de los *efectos* de que el Estado implemente la justicia correctiva sea satisfacer sus obligaciones

respecto de la víctima no hace que el *propósito* de la justicia correctiva sea asegurar la distribución justa de los recursos.

Entonces, la violación de un derecho primario hace nacer un derecho secundario a la compensación. ¿Ocurre lo mismo con los deberes secundarios? Tal como vengo argumentando la violación de un deber de no dañar no implica conceptualmente un deber de compensar, y lo que explica que esto sea así es el contenido del derecho a la indemnidad. Del derecho a no ser dañado solo se sigue que *alguien* deberá compensar los perjuicios que uno sufra, pero no quién deberá hacerlo. De ahí que para justificar que sea el agente dañador en concreto quien tenga la carga de indemnizar a la víctima, la justicia distributiva sea insuficiente. Para fundamentar moralmente ese deber debe apelarse a la justicia correctiva. Únicamente invocando un principio diseñado para regular las interacciones privadas, que genera derechos y deberes de segundo orden entre las partes, puede justificarse que sea el agente dañador, y no cualquier otra persona o el Estado, quien deba hacerse cargo de reparar los perjuicios sufridos por la víctima. La justicia correctiva da origen a derechos y deberes secundarios o de compensación que, al igual que el derecho a no ser dañado y el deber de no dañar, son correlativos: el derecho de la víctima a ser indemnizada por el agente dañador es correlativo al deber de éste último de compensarla. Sin embargo, debe tenerse presente que los derechos y deberes secundarios de la justicia correctiva no derivan ni conceptual ni normativamente de los derechos y deberes primarios de la justicia distributiva.

3.3-Los presupuestos de la obligación de compensar

La obligación de compensar surge según la justicia correctiva cuando se han violado los derechos de indemnidad de la víctima. Ello supone que el demandado realizó una acción contraria a ese derecho, violando su correlativo deber de no dañar. En el ámbito de los derechos y deberes de indemnidad, como ya se ha visto, la proposición referida a que un individuo ha *actuado injustamente* es equivalente a la proposición referida a que otro individuo ha *sufrido injustamente*. El argumento que desarrollaré ahora está dirigido a mostrar que sí, y solo sí, estas proposiciones son verdaderas, se dan los tres presupuestos de la obligación de compensar: a) el daño; b) la causalidad y; c) un factor de atribución. El bicondicional muestra que la ausencia de cualquiera de los presupuestos de la obligación de reparar hace que sea falsa la proposición según la cual la víctima sufrió (o el agente dañador causó) una pérdida injusta. Esto significa que el esquema de interpretación que he defendido, basado en una correlatividad entre derechos y deberes primarios de indemnidad, se ajusta al modo en que la dogmática del derecho privado analiza el fenómeno; y ello es importante en la medida en que deba darse cuenta del

punto de vista interno, del modo en que los propios participantes piensan la responsabilidad civil.

El primer presupuesto de la responsabilidad civil es el daño; sin daño no hay obligación de compensar, y ello es simplemente porque el derecho de indemnidad de la víctima no puede haber sido vulnerado si ella no sufrió algún perjuicio en sus intereses legítimos. Los derechos de indemnidad explican también por qué no hay responsabilidad por la mera exposición al riesgo. A la vez, que el daño sea condición necesaria de la obligación de compensar, pero no condición suficiente, da cuenta de que la responsabilidad civil se ocupa de las vulneraciones de *derechos* de indemnidad y no de preservar un determinado nivel de *bienestar* individual. Por ello, la mera disminución del bienestar no justifica imponer a nadie el deber de reparar, sino que para ello se requiere además la concurrencia de otros dos elementos: la verificación de una relación de causalidad y un factor de atribución objetivo o subjetivo.

En cuanto a la causalidad, si algo hemos aprendido del análisis de la responsabilidad objetiva es que ella resulta insuficiente para fundamentar la obligación de indemnizar, con independencia de la concepción de la causalidad que se emplee. Supongamos primero que los jueces conciben la determinación de la causalidad como una investigación empírica. En ese caso, probablemente el test NESS reconstruya sus intuiciones causales de la mejor manera. De acuerdo con el test NESS (*Necessary Element of a Sufficient Set*), cabe afirmar que una condición es la causa de un resultado específico, es decir, contribuyó a su acaecimiento, si y solo 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 resultado⁴³⁹. Por discusiones anteriores, sabemos que aunque un test de esta naturaleza pueda excluir muchas condiciones por ser irrelevantes también incluirá muchas otras, entre ellas la propia presencia de la víctima en el accidente, lo que generará resultados indeterminados a los fines de la responsabilidad basada en la causación. Por ejemplo, de acuerdo con el test NESS, que estuviese lloviendo en China no es una de las causas de la lesión que sufrió Xenofonte en Salónica cuando Axileas le golpeó en el rostro con una barra de metal, pero sí lo es que Xenofonte haya concurrido al bar en el cual tuvo lugar la trifulca. Siendo las acciones de Xenofonte y las de Axileas condiciones necesarias dentro de un conjunto de condiciones que, tal como sucedieron los hechos, fueron suficientes para la producción del resultado, ambos eventos son la causa del daño. La teoría de la responsabilidad por causalidad no puede más que concluir que tal vez Xenofonte tenga derecho a una compensación parcial, ya que habiendo co-causación hay co-responsabilidad.

⁴³⁹ Una defensa del test NESS como el contenido del concepto de causalidad, puede consultarse en WRIGHT, 1985b: 1788-1803; 1988:1018-1042.

No obstante, la causalidad entendida de este modo cumple una función esencial para la teoría de los derechos y deberes de indemnidad. Si bien el test NESS es incapaz de aislar a una sola acción como *la causa* del daño —es decir, no puede ayudarnos a identificar con un fundamento teórico a quienes intuitivamente consideramos víctimas y agentes dañadores, ya que ambos son causalmente equivalentes—, sí nos ayuda a identificar a la víctima. De todos aquellos individuos puestos en peligro por la pelea de Axileas y Xenofonte en el bar, Xenofonte es la víctima, porque la pelea de la que ambos participaron fue condición suficiente de su pérdida, y los actos de cada uno de ellos fueron condición necesaria de la pelea.

La existencia de un daño y una relación causal todavía no es suficiente para imponer la obligación de compensar a ningún individuo. Aquí es donde entra en juego el último de los presupuestos de la responsabilidad civil: el factor de atribución. Los factores de atribución pueden ser objetivos o subjetivos. La regla de responsabilidad objetiva, por ejemplo, hace que el factor por el cual se impone la obligación de compensar no dependa de la culpa. En general, la responsabilidad objetiva se funda en el riesgo de las cosas de que uno se sirve para concretar sus fines o de la realización de ciertas actividades socialmente consideradas riesgosas. Conducir un automóvil, aunque sea una actividad perfectamente lícita, acarrea responsabilidad objetiva en muchos sistemas jurídicos. Ello se debe a que socialmente se considera que el tipo de riesgo que impone es extraordinario respecto de otras actividades que solo estarán sujetas a responsabilidad si se realizan con negligencia. Los objetos como las calderas o los explosivos almacenados podrían ser considerados riesgosos, y por ello también abarcados por la responsabilidad objetiva. Otras veces, el factor objetivo no tiene que ver con el riesgo sino con cuestiones como la riqueza de las partes. En el apartado IV.4.2 mencioné el caso del artículo 907 del Código Civil argentino que hace responsable a quien se enriquece del daño que causa por un hecho involuntario, en la medida de su enriquecimiento. Los factores de atribución subjetivos, por su parte, suelen ser dos: la negligencia y el dolo. Por ello, los derechos de indemnidad están definidos por los factores de atribución como el derecho a no ser dañado mediante acciones riesgosas o acciones negligentes o acciones involuntarias que enriquecen al agente dañador en perjuicio de la víctima, etcétera.

Las reglas de responsabilidad incorporan necesariamente algún factor de atribución, y ello nos indica, dentro del conjunto de conductas vinculadas causalmente con el perjuicio sufrido por la víctima, cuáles son jurídicamente relevantes para atribuir responsabilidad a su autor⁴⁴⁰. En el caso de la pelea

⁴⁴⁰ Ahora puede comprenderse mejor por qué he dicho (X.2.2) que las teorías de la responsabilidad objetiva reconstruyen de manera inadecuada la regla de responsabilidad objetiva. El factor de atribución objetivo no consagra un derecho a no ser dañado de ningún modo. En todo caso se tratará de un derecho a no ser dañado por conductas riesgosas o de cierto tipo, o a no sufrir perjuicios por objetos riesgosos de los que otros

en el bar, tanto Xenofonte como Axileas fueron la causa del daño. Ambas conductas fueron una condición necesaria del conjunto de condiciones suficientes para la producción del resultado, pero solo Axileas violó un estándar de cuidado causalmente vinculado con el perjuicio que sufrió Xenofonte. Por ello están dados los requisitos de la obligación de compensar: hay un daño sufrido por Xenofonte, una relación causal entre la acción del demandado y el daño, y un factor de atribución por el cual la acción del demandado acarrea responsabilidad. Desde el punto de vista de los derechos de indemnidad, Axileas violó su deber de no dañar negligentemente. La acción de *dañar* presupone el vínculo causal entre la acción negligente y el daño; así, los tres presupuestos de la responsabilidad están condensados en la fórmula de los derechos y deberes correlativos de indemnidad.

Piénsese qué hubiese ocurrido si Xenofonte también hubiera violado un estándar de conducta al involucrarse en la pelea. Tanto la conducta de Axileas como la de Xenofonte estarían causalmente vinculadas con el daño, y ambas serían señaladas como jurídicamente relevantes para la atribución de responsabilidad de acuerdo con el factor de atribución subjetivo ínsito en la regla de la culpa. Coherentemente, en estos casos todos los ordenamientos que yo conozco reconocen que la culpa de la víctima atenúa total o parcialmente la responsabilidad del agente dañador. Subyace a esta solución que Xenofonte también es responsable de su propia pérdida, por haber obrado negligentemente, y por ello solo puede cobrar una indemnización parcial del daño⁴⁴¹.

Pero, ¿qué ocurre si prescindimos del test NESS y apelamos a la noción de paradigmas causales? Esta estrategia permite identificar sin mayor análisis al agente dañador y a la víctima, lo que evita los problemas de indeterminación a los que llevan las teorías tradicionales, como la *conditio sine qua non* o el test NESS. Sin embargo, identificar al agente causal y a quien sufrió un perjuicio

se sirven, o a que el agente dañador no se enriquezca mediante sus actos involuntarios a costa de la víctima, entre otras posibilidades. No niego que existan otras variantes de la responsabilidad objetiva, pero sí que los sistemas de responsabilidad extracontractual contemporáneos puedan articularse sobre la obligación de no dañar de ninguna manera. ¿Podría acaso el factor de atribución ser categórico, es decir, referirse a todo tipo de acciones y circunstancias? Si lo hiciese, no habría forma de distinguir agentes dañadores de víctimas, ambas causalmente vinculadas. Ello demuestra que un factor de atribución categórico no es un factor de atribución.

⁴⁴¹ Mi comprensión de cómo la causalidad y los factores de atribución funcionan en la dogmática para identificar a la víctima y al agente dañador respectivamente se basa en el análisis de WEINRIB, 1987: 329-330. No obstante, a esta altura de mi argumento las diferencias con WEINRIB son tantas que seguramente él no suscribiría ninguna de mis ideas. En particular, WEINRIB rechazaría que el daño injustamente causado (y sufrido) sea una cuestión de justicia distributiva. Además, como la única doctrina que tiene lugar en la justicia correctiva es la culpa, su análisis se limita a la regla de negligencia y a algunas formas de responsabilidad objetiva que en realidad interpreta como violatorias de un estándar de conducta.

no es suficiente para atribuir responsabilidad. No todo menoscabo sufrido a causa de la conducta de otro es compensable según la responsabilidad extracontractual. Mi argumento es que el ámbito de lo compensable depende de los derechos de indemnidad que definen el espacio moral de las personas. Por esta razón, que un agente haya causado un perjuicio a otro individuo no significa que haya violado su espacio moral. Solo invade el espacio moral de otro quien le causa un daño mediante una acción que vulnera su derecho de indemnidad, definido por las reglas de responsabilidad. Como puede advertirse, la causalidad y los factores de atribución son imprescindibles para aseverar que la víctima sufrió un daño injusto, pero ninguno de estos elementos es por sí mismo suficiente. La causalidad, aun concebida a partir de los paradigmas, no demuestra que el agente dañador haya actuado más allá de su esfera de libertad. De igual manera, que un individuo se haya excedido en su esfera de libertad, obrando por ejemplo con negligencia, no significa que haya invadido el espacio moral de nadie. La vulneración del derecho de la víctima equivalente a la violación del deber del agente dañador solo se produce cuando la causalidad y los factores de atribución están presentes. Solo en ese caso tiene lugar un desequilibrio normativo entre las partes⁴⁴².

En conclusión, la tesis que estoy defendiendo da perfecto sentido al discurso dogmático habitual según el cual el daño, la causalidad y los factores de atribución son presupuestos de la obligación de compensar. La ausencia de cualquiera de ellos frustra el resarcimiento pretendido por el demandante. Mi interpretación de la dogmática civilista hace que los presupuestos de la responsabilidad sean condición necesaria y suficiente para la verdad de la proposición referida a que el agente dañador causó, y la víctima sufrió, una pérdida injusta que de acuerdo con la justicia correctiva debe ser rectificada.

3.4-Justicia correctiva y eficiencia

El tipo de interpretación pluralista que he propuesto efectivamente concede a los críticos de la justicia correctiva que este principio no brinda una explicación completa de la responsabilidad extracontractual. Algunos autores como COLEMAN han sostenido que la justicia correctiva es una explicación de los deberes de segundo orden, o de compensación, que surgen cuando alguien causa una pérdida injusta a otro individuo. Va de suyo que la existencia de un deber de segundo orden depende de que se haya violado un deber de primer orden. Estos deberes, que he denominado «de indemnidad», surgen de las convenciones relevantes y no están abarcados por el principio de justicia correctiva. Sin embargo, sugiere COLEMAN, aunque la justicia correc-

⁴⁴² Véase COLEMAN y RIPSTEIN, 1995: 109-110; RIPSTEIN, 1999: 46.

tiva presupone la existencia de deberes de primer orden no pretende dar cuenta de ellos⁴⁴³.

Comparto parcialmente la opinión de COLEMAN en el sentido de que también creo que la justicia correctiva no pretende dar cuenta de los derechos y deberes de indemnidad. El problema es que los derechos y deberes secundarios, de los que sí da cuenta la justicia correctiva, no agotan la práctica de la reparación de daños. Los sistemas bilaterales incluyen un aspecto procedimental, el litigio en el cual se invocan derechos y deberes de compensación que vinculan al agente dañador con la víctima, y un aspecto sustantivo que se plasma en las reglas de responsabilidad que rigen las interacciones privadas de las partes. La práctica del derecho de daños, entonces, establece para las partes derechos y deberes primarios, además de los secundarios, que el teórico no puede dejar sin explicación. La justicia correctiva explica solo los deberes secundarios, reconoce COLEMAN, y por ello creo que está justificada la crítica de que es una explicación incompleta que nos obliga a recurrir a la justicia distributiva a fin de conseguir una comprensión global del fenómeno⁴⁴⁴.

Así, la apelación a la justicia distributiva para interpretar las reglas sustantivas se presenta como inevitable. La justicia correctiva, al ser un principio fundado en la igualdad formal de los agentes, asume que ciertas interacciones son injustas, pero no se encarga de ofrecer el criterio que define la injusticia. Que sea un principio formal, que no atiende a si un hombre bueno despojó a uno malo o al revés, no obsta a que la definición de los derechos y deberes de indemnidad relevantes se introduzca mediante consideraciones distributi-

⁴⁴³ COLEMAN, 2001: 32.

⁴⁴⁴ Por ello, objeciones como las de SHEINMAN no son convincentes. En su opinión los deberes primarios son más importantes que los secundarios, es decir, interpreta que la práctica alcanza su máxima aspiración cuando los deberes de no dañar son satisfechos y no cuando todos los daños que se producen son compensados tal como ordena la responsabilidad extracontractual. Si esto es correcto, la justicia correctiva, preocupada principalmente por los deberes secundarios, o de compensación, no puede ser una buena explicación de la práctica, ya que no se ocupa de su aspecto central. Véase SHEINMAN, 2003: en especial, 28, 41 y 43. El problema de esta posición es que supone que la justicia correctiva es una explicación equivocada, cuando los argumentos que brinda muestran que en el peor de los casos es solo incompleta. Haciendo un juicio distinto que el realizado por SHEINMAN uno podría sostener que la obligación de compensar es la característica central de la responsabilidad extracontractual. De hecho, cualquier estudio ético-normativo de la responsabilidad extracontractual comienza con la siguiente pregunta: ¿por qué debemos compensar los daños que causamos a otros? Desde este punto de vista, la justicia correctiva sería una buena explicación. No obstante, creo que en lugar de discutir cuál es el aspecto central, si los derechos y deberes primarios o los secundarios, debe aceptarse que una explicación que no logre dar cuenta de la obligación de compensar es incompleta, del mismo modo en que lo es una que no logre dar cuenta de los deberes primarios. De ahí que las únicas explicaciones que pueden pretender ser completas son las pluralistas.

vas. De hecho, la distribución es necesaria para poder establecer quién es agente dañador y quién es víctima. Una vez establecidos los factores de atribución, las interferencias con el bienestar de otros en las condiciones especificadas por las reglas de responsabilidad hacen que dos individuos igualmente vinculados con el daño puedan ser identificados como agente dañador y víctima.

Nótese que esta tesis permite a los partidarios del AED argumentar que nada en la idea de justicia correctiva impide que los derechos y deberes primarios se definan por el principio de eficiencia, y si esto es posible, la justicia correctiva al hacer cumplir los términos eficientes que regulan la interacción privada también es instrumental a la maximización de la riqueza. Por ello, sostiene POSNER, el concepto de justicia correctiva de ARISTÓTELES es, y debe ser, parte de una teoría económica del derecho⁴⁴⁵.

La plausibilidad del argumento depende de que la interpretación económica tenga poder descriptivo. Si fuese cierto que en una comunidad los derechos y deberes de indemnidad están definidos a partir de la eficiencia, entonces será cierto que el cumplimiento de esos términos será instrumental a la maximización de la riqueza. ¿Es posible que los derechos y deberes estén determinados por la eficiencia? Creo que sí, pero ello no supone ningún problema para la teoría que he desarrollado.

Tomemos el caso de los daños que se causan las empresas cuando emiten una publicidad comparativa desleal. En muchos mercados, no en todos, la publicidad comparativa está permitida siempre y cuando la comparación sea objetivamente comprobable y se refiera a las características esenciales de los bienes o servicios comparados. En general, se entiende que el derecho exclusivo sobre la marca no impide que otro oferente la mencione a los fines de la comparación. ¿Qué justifica que el derecho sobre la marca no sea ilimitado? ¿Por qué no se prohíbe a los competidores mencionar la marca ajena en sus publicidades? Las justificaciones usuales tienen que ver con el principio de eficiencia. Los consumidores obtienen información valiosa por medio de las publicidades comparativas y esto mejora el funcionamiento del mercado. Por ello, las reglas de responsabilidad asignan a los competidores el derecho a no ser dañados mediante comparaciones denigratorias, que es un tipo de conducta culpable. Lo interesante es que la vigencia de *esta* regla, y no de otra que establezca un factor de atribución objetivo, puede ser explicada como una cuestión de eficiencia. La mejor asignación de los recursos se logra, a fin de cuentas, cuando los consumidores obtienen un nivel óptimo de información relevante para tomar sus decisiones. La publicidad comparativa leal produce información valiosa, mientras que la publicidad engañosa o denigratoria distorsiona el mercado, perjudicando al consumidor. Esto explica por qué el primer tipo de publicidad no genera responsabilidad de ninguna

⁴⁴⁵ Véase POSNER, 1981: 201-206.

clase para quien la emite y el segundo tipo acarrea el deber de compensar los daños causados. En definitiva, el principio de eficiencia nos permite comprender el sentido de las reglas de responsabilidad que definen los derechos de indemnidad de los competidores en el mercado, al menos en lo que se refiere a la publicidad comparativa.

En los mercados que regulan la publicidad de este modo, la justicia correctiva sin duda aplica a las partes reglas de responsabilidad eficientes y, por esta razón, promueve la maximización de la riqueza. Pero este modelo de regulación es contingente. No puede elaborarse ningún argumento conceptual a favor de la interpretación económica a partir de la mera compatibilidad entre la justicia correctiva y el principio de eficiencia. POSNER parece estar pensando que una teoría *normativa* de la responsabilidad extracontractual debe definir los derechos y deberes de indemnidad de las partes de modo que sean eficientes, teniendo en cuenta que solo pueden serlo si se implementan instituciones de justicia correctiva que se encargarán de hacerlos cumplir. En otras palabras, la justicia correctiva es una condición necesaria para que el sistema de responsabilidad extracontractual maximice la riqueza, ya que no hay modo de establecer derechos y deberes eficientes sino garantizando que luego serán respetados.

Todo esto no afecta en lo más mínimo la tesis que estoy defendiendo. Más allá de cómo se definan los derechos de indemnidad de las partes —en algunas prácticas en función de la eficiencia, en otras en función de la preservación de instituciones de beneficio mutuo o la reciprocidad de riesgos, etcétera⁴⁴⁶—, el propósito de la justicia correctiva sigue siendo rectificar las pérdidas y las ganancias injustas. Este propósito, y no la maximización de la riqueza, explica las inferencias que llevan a un juicio de responsabilidad. La prueba de que los derechos reconocidos por el sistema son ineficientes carece absolutamente de relevancia en un litigio. La decisión del tribunal no se fundamenta en otra cosa que la acreditación de los tres presupuestos de la obligación de compensar mencionados en el aparatado anterior. La razón por la cual las partes tienen los derechos y deberes que tienen, resulta totalmente indiferente para el juez. Asimismo, reconocer que en una determinada práctica las reglas de responsabilidad son establecidas realizando un juicio de eficiencia todavía no prueba que los conceptos como la negligencia también tengan un contenido económico. No es necesario que la negligencia se defina con la fórmula de HAND para concluir que en el ámbito de la publicidad comparativa la regla de culpa lleva a resultados más eficientes que la responsabilidad objetiva.

⁴⁴⁶ Es importante destacar que todas estas son teorías de la justicia distributiva. Que la eficiencia defina los derechos y deberes de las partes en una determinada práctica no refuta la tesis según la cual la injusticia de la interacción depende de una distribución realizada con *algún criterio*.

En conclusión, que puedan existir prácticas orientadas a lograr una asignación eficiente de los recursos no cambia el hecho de que el procedimiento bilateral, y el tipo de razonamiento que realizan los participantes para fundar la obligación de responder por daños, se relacionan con los derechos y deberes de indemnidad de las partes y no con el objetivo colectivo de maximizar la riqueza social.

4-Correlatividad y equivalencia entre las ganancias y las pérdidas injustas

El último aspecto que debe analizarse en una teoría de la responsabilidad extracontractual que se basa, al menos parcialmente, en el principio de justicia correctiva es la tesis de la correlatividad y la equivalencia de las pérdidas y las ganancias injustas. En el apartado IX.3.3 expliqué que este es uno de los puntos en los que ARISTÓTELES suma más detractores. Según la teoría aristotélica, la justicia correctiva elimina las ganancias y las pérdidas injustas mediante una sola operación consistente en trasladar una cantidad de dinero del agente dañador a la víctima. Para que el pago de una indemnización anule tanto las pérdidas como las ganancias injustas que experimentan las partes, ellas deben ser correlativas y equivalentes. Pese a todo, los casos de negligencia, en los que el agente dañador obtiene los beneficios de no invertir en medidas precautorias con independencia de que la víctima sufra un perjuicio, muestran que las pérdidas y las ganancias no son necesariamente correlativas. Por ello, o bien la justicia correctiva tiene muy poco poder explicativo –porque solo sería aplicable a los casos de apropiación y restitución, pero no a los daños, por ejemplo– o bien, como cree COLEMAN, el propósito de la justicia correctiva no es rectificar a la vez las pérdidas de la víctima y las ganancias del agente dañador mediante un mismo remedio indemnizatorio, sino imponer la obligación de compensar las pérdidas injustas al agente que es moralmente responsable por haberlas causado.

Los autores más cercanos a la tradición aristotélica, como WEINRIB, se resisten a las dos posibilidades recién mencionadas. WEINRIB, en particular, intenta resolver el problema afirmando que las pérdidas y las ganancias a las que se refiere la justicia correctiva son normativas. Su argumento es que la justicia correctiva se ocupa de preservar la igualdad formal de las partes, razón por la cual las pérdidas y ganancias no pueden ser fácticas. No se trata de mantener a los individuos en un nivel de recursos constante, sino de salvaguardar su igualdad como agentes morales capaces de autodeterminarse. Así, cuando un individuo excede las restricciones que le imponen los derechos de otro obtiene una ganancia normativa, equivalente a la pérdida normativa que sufre la víctima. Dañar y sufrir un daño son dos aspectos de un mismo evento. El problema de esta posición es que se muestra incapaz de explicar por qué la violación de los términos de la interacción, o de la igual-

dad normativa de las partes, genera para el agente dañador el deber de compensar las pérdidas *fácticas* ocasionadas. No es suficiente invocar la vulneración del derecho de la víctima a la propiedad o a su integridad física⁴⁴⁷, para sostener que luego de la interacción injusta el único modo que tiene el agente dañador de cumplir con su deber de respetar los derechos de la víctima es compensándola. Ello presupone una concepción particular del *contenido* de los derechos. Tanto la propiedad como la integridad física podrían estar protegidas por medio del derecho penal, con sanciones para el agente dañador, o por medio del derecho civil, por reglas de propiedad, de responsabilidad o una conjunción de ambas. En este último caso, la afirmación de que el derecho de la víctima está protegido por una regla de responsabilidad, por ejemplo, todavía es compatible con que la obligación de reparar recaiga sobre el Estado. No habiendo un vínculo conceptual claro entre el perjuicio material sufrido por la víctima y la obligación del agente dañador de reparar la pérdida, la concepción relacional de WEINRIB deja sin explicación un aspecto central de la responsabilidad extracontractual⁴⁴⁸.

El esquema interpretativo que he propuesto, en cambio, puede dar sentido perfectamente a la tesis de la correlatividad y la equivalencia sustentada por ARISTÓTELES. Dado que, a diferencia de WEINRIB, creo que una completa explicación de la responsabilidad extracontractual debe apelar a la justicia correctiva y a la justicia distributiva, he analizado la práctica a partir de los dos tipos de derechos y deberes que la articulan: los derechos y deberes primarios y los secundarios. Argumentaré que todos los derechos y deberes que organizan la responsabilidad extracontractual, tanto los de indemnidad como los de compensación, son correlativos. Asimismo, en lo que hace a las pérdidas y ganancias injustas, mostraré que: a) la vulneración de los derechos secundarios supone de manera obvia un perjuicio, normativo y fáctico, para la víctima equivalente al beneficio, normativo y fáctico, que obtiene el agente dañador; b) la vulneración de los derechos primarios de indemnidad supone para la víctima una pérdida fáctica, cuya compensación a cargo del agente dañador rectifica a la vez las pérdidas y ganancias normativas de las partes; c) WEINRIB, aunque se equivoca al derivar deberes de compensación a partir de los derechos de las víctimas y los deberes del agente dañador, tiene razón al señalar que las pérdidas y ganancias que hacen injusta una interacción son las normativas; d) COLEMAN tiene razón al sostener que la justicia correctiva, y la responsabilidad extracontractual, se encargan de las pérdidas fácticas (IX.3.3.2); e) la única manera de que WEINRIB y COLEMAN tengan razón a la vez respecto de las dos cuestiones anteriores es que exista una relación conceptual entre las pérdidas fácticas y las pérdidas y las ganancias normativas; f) la estructura de derechos y deberes de indemnidad que he propuesto establece la relación conceptual que compatibiliza ambas posiciones.

⁴⁴⁷ WEINRIB, 1995: 134.

⁴⁴⁸ Véase el argumento completo contra la tesis de WEINRIB en el apartado 3 del capítulo IX.

Comencemos con los derechos y deberes secundarios. Estos derechos y deberes son los únicos que en términos estrictos pertenecen a la justicia correctiva, y respecto de ellos la tesis de la correlatividad y la equivalencia no es problemática. La proposición referida a que la víctima tiene derecho a ser compensada por el agente dañador es equivalente a la proposición que se refiere a la obligación de éste último de indemnizar a la víctima. El significado del deber de compensar a la víctima está dado por su derecho a recibir una indemnización del agente dañador. De esta manera, la afirmación según la cual Axileas tiene la obligación de reparar la pérdida de Xenofonte no expresa nada distinto de la afirmación según la cual Xenofonte tiene derecho a que su pérdida sea reparada por Axileas. Además de ser correlativos los derechos y deberes en cuestión, el monto involucrado es el mismo para el deber que para el derecho. En este contexto, que Xenofonte tenga derecho a ser indemnizado en 100 dracmas significa que Axileas tiene el deber de resarcir a Xenofonte en esa misma cantidad de dinero. Entonces, las pérdidas y las ganancias injustas derivadas del incumplimiento de la obligación resarcitoria son necesariamente equivalentes. A nivel normativo, cuando Axileas omite compensar a Xenofonte viola su deber de indemnizar, y por ello obtiene un beneficio normativo; a la vez, el derecho a ser indemnizado de Xenofonte resulta vulnerado, razón por la cual sufre una pérdida normativa. La equivalencia se mantiene también respecto de las pérdidas y las ganancias fácticas, ya que el incumplimiento de Axileas lo beneficia en las 100 dracmas que deja de pagar y perjudica a Xenofonte en esa misma cantidad, que no recibe y tiene derecho a recibir.

Todo esto es bastante obvio y no merece mayor desarrollo. Lo que no es nada obvio, y por ello resulta fundamental tratar aquí, es la relación entre los derechos y deberes secundarios y los primarios. Si la justicia correctiva impone un esquema de derechos y deberes de compensación *a fin de hacer justicia entre las partes rectificando las pérdidas y las ganancias injustas*, en el propósito mismo de la justicia correctiva está implícita la idea de que las pérdidas y las ganancias que tienen lugar en las interacciones injustas, las que violan los derechos y deberes *primarios*, también son correlativas y equivalentes. De otro modo, el propósito de eliminar las ganancias y las pérdidas injustas no se lograría en una única operación mediante el pago de una indemnización; razón por la cual el reconocimiento de derechos y deberes correlativos y equivalentes de compensación no podría tener el sentido que ARISTÓTELES asociaba con la justicia correctiva.

No obstante, el problema que plantean los críticos de ARISTÓTELES es que a menudo el acaecimiento de un accidente no beneficia al agente dañador de ningún modo, o no lo beneficia como consecuencia del perjuicio de la víctima, o no lo beneficia en la misma medida en que la víctima resulta perjudicada. Todos estos casos están diseñados para mostrar o bien que existen interacciones injustas en las que las pérdidas y las ganancias no son correlati-

vas, o no son equivalentes o no son ni correlativas ni equivalentes. Sugeriré que siempre que haya una interacción injusta la tesis aristotélica será verdadera, y que las conclusiones contrarias a ello se basan en una evaluación equivocada de las situaciones que se analizan.

El primer caso que me gustaría analizar es el siguiente. Supongamos que Axileas puede evitar una pérdida de 50 dracmas a Xenofonte tomando medidas precautorias cuyo coste es de 100 dracmas. Digamos que una norma convencional impone a Axileas el deber de tomar estas medidas precautorias a fin de evitar daños a terceros, es decir, impone un deber de diligencia. Cuando Axileas causa un daño a Xenofonte se beneficia en las 100 dracmas que dejó de invertir en la diligencia debida. Sin embargo, Xenofonte solo sufre un daño de 50 dracmas y esa cantidad es la que tiene derecho a cobrar de acuerdo con las reglas de la responsabilidad extracontractual. Ello muestra que las ganancias del agente dañador y las pérdidas sufridas por la víctima no son equivalentes, pero tampoco correlativas, ya que Axileas obtiene el beneficio de 100 dracmas con independencia de que su conducta dañe a Xenofonte.

Este tipo de situaciones, que convencen a muchos teóricos de que la tesis aristotélica está equivocada⁴⁴⁹, son fácilmente explicables con el esquema de derechos y deberes de indemnidad que he expuesto. En este caso, Axileas sin duda se beneficia de su negligencia ahorrando las 100 dracmas que debió invertir para ser diligente. Pero ello no significa que Axileas se haya beneficiado *a costa de* Xenofonte. El deber de diligencia que violó Axileas no es relacional, no vincula a Axileas con ninguna persona de la comunidad. La infracción cometida puede justificar que el Estado le imponga algún tipo de sanción, una multa o pena de prisión, pero nadie en particular tiene derecho a reclamar una compensación por el riesgo al que fue expuesto. La cuestión es diferente cuando se trata de la violación del deber de indemnidad. Imaginemos que en ese sistema está vigente una regla de responsabilidad por culpa. De acuerdo con ella, el perjuicio que Axileas causó negligentemente a Xenofonte constituye una vulneración de su derecho a no ser dañado por conductas culpables. La violación del deber de indemnidad es correlativa a la vulneración del derecho de indemnidad de la víctima. El deber de Axileas consistía en no dañar a Xenofonte por la violación de algún estándar de conducta, y ello significa que Xenofonte tenía derecho a no sufrir ninguna pérdida por las acciones negligentes de Axileas. En lo que hace a la justicia correctiva, la relación entre las partes es la única relevante. Otros beneficios que Axileas pudo haber obtenido por su conducta negligente tal vez deban ser anulados por otras instituciones inspiradas en la justicia retributiva, pero no son parte de la justicia correctiva porque no se relacionan con el derecho que Xenofonte tenía frente a Axileas, un derecho a no ser dañado, no un derecho a no ser expuesto al riesgo.

⁴⁴⁹ Véase NEYERS, 1998: 321; COLEMAN, 1992: 491, nota 4.

Podría pensarse que Axileas no obtuvo ningún beneficio adicional por haber dañado a Xenofonte respecto de las ganancias que ya había logrado con su conducta negligente. Esto es un error. Al no respetar los derechos de indemnidad de Xenofonte, Axileas ha empleado para sus propios fines los bienes primarios, o los recursos, de otro individuo⁴⁵⁰. El beneficio general que obtiene de la negligencia está en comportarse en el mundo como si no tuviese que compartirlo con otros agentes morales también libres e iguales. Su beneficio es, como sostiene WEINRIB, normativo. Pero para que este beneficio normativo sea incumbencia de la justicia correctiva debe producirse una pérdida normativa correlativa, y ella se produce solo cuando se viola un deber de indemnidad. Solo cuando vulnera el derecho de otro a no ser dañado, el agente trata a la otra persona como un objeto o medio para sus propios fines. Antes de causar un daño, no emplea los recursos ajenos, en particular los derechos de indemnidad, para llevar a cabo su plan de vida. Ciertamente excede su esfera de libertad, pero no invade la esfera de nadie en particular. En este sentido, únicamente con el daño causado Axileas se beneficia a costa de Xenofonte, que luego de la interacción injusta cuenta con menos recursos para concretar sus objetivos y, en última instancia, con menos libertad. Una vez mostrado el modo correcto de analizar la correlatividad, queda por mostrar que la pérdida de Xenofonte es equivalente a una ganancia obtenida por Axileas.

¿Qué hace que las ganancias de Axileas sean equivalentes a las pérdidas de Xenofonte? Lo que resulta confuso en la mayoría de los ejemplos es que, para determinar si el agente dañador obtuvo alguna ganancia o se enriqueció del daño, se suele observar su situación patrimonial luego del accidente. Si la situación patrimonial no se ha incrementado, se concluye automáticamente que no hubo enriquecimiento. Esto es un error. La situación patrimonial del mochilero de FEINBERG puede haber quedado intacta luego de que, a fin de evitar una tormenta imprevista, entrase en una cabaña ajena rompiendo la ventana, se cobijase del frío empleando la leña del propietario y se alimentase con las conservas que allí había almacenadas⁴⁵¹; pero sin duda obtuvo un beneficio de su acción violatoria de los derechos de indemnidad de la víctima. El mochilero aprovechó los recursos de otros para sus propios fines y por ello debe compensar el daño, pese a que por encontrarse en estado de necesidad no pueda decirse que ha realizado ninguna acción incorrecta. Claramente el montañista obtuvo un beneficio económico o fáctico, dado que se hospedó tres días en una propiedad ajena y se apropió del alimento sin asumir coste alguno. Pero este beneficio fáctico no guarda una relación de equivalencia con la pérdida del dueño de la cabaña que además soporta el daño en su ventana. Este daño en concreto no produjo ningún beneficio directo al mochilero. En efecto, si hubiese podido entrar en la cabaña sin causar esa pérdida, probablemente lo hubiese hecho. No obstante, al romper la ventana

⁴⁵⁰ Véase GORDLEY, 1995: 138; RIPSTEIN, 2004: 1833.

⁴⁵¹ Puede consultarse el ejemplo en FEINBERG, 1978: 102.

el mochilero se comportó ignorando el derecho de indemnidad que tiene el dueño sobre la cabaña.

En otras palabras, al comportarse de esa manera los derechos ajenos no operan como un límite a su libertad de acción y, por ello, obtiene un beneficio *normativo*. Debe tenerse en cuenta que el mochilero obtuvo el beneficio como consecuencia de haber vulnerado el derecho de indemnidad de la víctima, lo que supone que violó su deber de no dañar. Ello es así a pesar de que no realizó ninguna acción que tenía el deber de evitar, lo que muestra que los juicios sobre derechos no son absolutos. Esto permite sostener que el dueño de la cabaña tiene derecho a que nadie rompa su ventana y viva tres días en su propiedad, sin afirmar que lo que hizo el mochilero constituya una acción que en última instancia debía no realizar. De esta manera, la acción del mochilero es susceptible de al menos dos descripciones verdaderas: a) el mochilero vulneró el derecho de indemnidad de la víctima, que solo puede respetar si no la daña; b) el mochilero realizó una acción justificada, entendiéndose por ello una acción que no tenía el deber de evitar. Dicho de otro modo, mientras que es verdad que el dueño de la cabaña tiene derecho respecto del mochilero a que éste no rompa su puerta, significando esto que el mochilero tiene el deber de no romperla, no es verdad que cuando el mochilero rompe la puerta hace algo que en última instancia no debía haber hecho⁴⁵².

Por supuesto, el deber de reparar el daño justificado es contingente. Existen ordenamientos jurídicos en el cual las víctimas no tienen derecho a la indemnidad frente a conductas realizadas en estado de necesidad. En estos casos, no estaríamos discutiendo si el derecho de indemnidad es absoluto porque la entrada del mochilero no habría vulnerado ningún derecho del dueño de la cabaña y, por lo tanto, no habría ningún deber de indemnizar del cual dar cuenta. Pero otros ordenamientos podrían reconocer un derecho a la indemnidad, correlativo a un deber de no dañar, y a la vez considerar que la acción

⁴⁵² Véase el análisis de THOMSON, 1990: 79-104. De acuerdo con THOMSON, en casos como el planteado por FEINBERG, aunque el mochilero no debía en última instancia evitar la conducta que causa el daño, el derecho del dueño de la cabaña explica la existencia de un *residuo moral* que nos indica que tal vez el mochilero debe indemnizarlo o, al menos, disculparse. Si el derecho del dueño estuviese determinado exclusivamente por los deberes que en última instancia tenía el mochilero, no debería haber residuo moral, porque su acción justificada no habría vulnerado ningún derecho. Esta posición no me compromete con aceptar que la vulneración de un derecho primario genera un deber secundario *a cargo del agente dañador*. El residuo moral se debe a que el derecho de la víctima fue vulnerado, no a que el agente dañador violó su deber de indemnidad. Mi postura al respecto es que la acción justificada es compatible con sostener que el derecho de indemnidad fue vulnerado. Qué tipo de respuesta deba seguirse de este hecho, es una cuestión diferente. Como enfatice reiteradas veces, podríamos decidir compensar socialmente los daños justificados o imponer el deber al agente dañador. Sobre la idea de que existe un residuo moral, véase THOMSON, 1990: 84.

justificada no implica realizar una acción incorrecta habida cuenta de todo. Sea como fuere, los beneficios económicos obtenidos de la vulneración del derecho a la indemnidad son irrelevantes para que la interacción sea injusta. Lo que la hace injusta es la vulneración del derecho de indemnidad y el correlativo deber de no dañar. Nótese que necesariamente la esfera de libertad del agente dañador se incrementa en lo mismo que disminuye el espacio moral de la víctima. El daño es la medida de la vulneración del derecho y también de la violación del deber. Por esta razón, se habla de correlatividad y equivalencia.

En suma, no debe pensarse que la pérdida de la víctima debe generar satisfacción al agente dañador para que pueda decirse que se ha beneficiado. Esto no es así ni siquiera en los casos de apropiación. Imaginemos que Axileas roba un cuadro pintado por Xenofonte. Aunque reconocemos que Axileas se benefició en la medida en que se empobreció Xenofonte, podemos reconocer a la vez que el cuadro puede traer mucha más satisfacción a Xenofonte que a Axileas. La obtención de un beneficio injusto es una cuestión objetiva, y tiene que ver con disponer de los bienes ajenos como si fueran propios. El beneficio es normativo y se traduce en un margen más amplio de libertad.

Veamos un segundo ejemplo en el cual podría pensarse que la existencia de correlatividad no garantiza la equivalencia. Supongamos que Axileas celebra un contrato con Xenofonte por el cual se compromete a entregarle una vasija al precio de 1 dracma. Luego Axileas se encuentra con Telémaco y descubre que, por tener necesidades especiales, está dispuesto a pagar 11 dracmas por la vasija. Axileas vende la vasija a Telémaco, y de esta manera incumple el contrato con Xenofonte. Este es un típico caso de incumplimiento eficiente. Imaginemos que entre el momento de celebración del primer contrato y el momento de celebración del segundo el precio de mercado de las vasijas aumentó a 4 dracmas. Como resultado del incumplimiento Axileas se benefició en 7 y Xenofonte se perjudicó en 3⁴⁵³. Ello demuestra que las pérdidas y las ganancias son correlativas pero no equivalentes.

Creo que esta conclusión se funda en una interpretación incorrecta de la situación. A la justicia correctiva interesa exclusivamente la relación entre las partes. Si lo que se desea analizar es la justicia de la interacción entre Axileas y Xenofonte debe observarse qué derechos y deberes no fueron respetados y qué pérdidas fácticas supuso el incumplimiento. Xenofonte tiene derecho a recibir la vasija o, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, una indemnización monetaria equivalente a su valor de mercado en caso de incumplimiento. Si Axileas, por la razón que sea, no entrega la vasija pactada a Xenofonte, le debe su valor de mercado, que luego del aumento de precio es de 4 dracmas. Si Xenofonte no recibiese la vasija ni la indemnización, y quisiese adquirirla de todos modos, debería desembolsar esta nueva cantidad en el

⁴⁵³ He adaptado este ejemplo de NEYERS, 1998: 322.

mercado y, por ello, su pérdida fáctica sería de 3 dracmas respecto de lo que era su derecho: recibir la vasija por 1 dracma. En cuanto a Axileas, la situación es la opuesta. Obtiene un beneficio del incumplimiento de 3 dracmas porque al conservar la vasija su valor se incrementa en esa diferencia respecto del precio que había pactado. Resulta indiferente para la justicia correctiva la relación entre Axileas y Telémaco. De hecho, Axileas podría adquirir una vasija en el mercado al precio de 4 dracmas y entregársela a Xenofonte a cambio de 1 dracma. Como resultado final Axileas obtendría un beneficio de 4 (7 de la venta a Telémaco más 1 de la venta a Xenofonte, menos 4 de la compra de la nueva vasija). Por su parte, Xenofonte no sufriría ninguna pérdida injusta. Alternativamente, Axileas podría compensar a Xenofonte en 3 dracmas, que es la diferencia entre lo que costaba la vasija al momento de celebrarse el contrato y lo que cuesta luego, de modo que Xenofonte pueda adquirirla de otro vendedor. En todo caso, dejando de lado los costes de transacción, Xenofonte no sufriría perjuicio alguno. Ello demuestra que los beneficios que Axileas obtiene de sus transacciones con Telémaco son irrelevantes para evaluar la injusticia de la interacción con Xenofonte, por lo tanto, el ejemplo se basa en una comparación errónea de los valores involucrados en la interacción relevante: el beneficio que Axileas obtiene luego de todas sus transacciones justas e injustas (con Xenofonte y con Telémaco), con las pérdidas que Xenofonte sufre por el incumplimiento de Axileas.

En las obligaciones contractuales las pérdidas y las ganancias normativas y fácticas son correlativas y equivalentes, pero ello no es así necesariamente en la responsabilidad extracontractual. Supongamos, por último, que Axileas roba a Xenofonte su pasaje de tren de Salónica a Atenas. El pasaje tiene un valor de 30. La pérdida es correlativa y equivalente, aunque Axileas haya robado el pasaje porque no había más sitio en ese tren y necesitaba llegar a tiempo a Atenas para celebrar un contrato que le reportaría un beneficio de 10.000. Sin duda, Axileas se benefició en 10.030 luego del robo, y Xenofonte se perjudicó en 30 (asumiendo que no hay costes adicionales derivados de tener que esperar el siguiente tren). Pero lo relevante para la justicia correctiva es que un individuo se haya beneficiado *a costa del otro*, no *luego* del robo sino *por* el robo. En este sentido, Axileas solo se benefició de Xenofonte en 30, y Xenofonte se empobreció a manos de Axileas en esa misma cantidad. Los beneficios adicionales que obtuvo Axileas por celebrar el contrato no pueden ser vinculados al robo del pasaje, ya que no tienen su *causa* en él. Aunque la realización de un acto incorrecto fuese condición necesaria para la obtención del beneficio, ello todavía no haría que este fuese injusto para la justicia correctiva; la causa de la ganancia es un acto distinto de la interacción entre las partes; o, dicho de otro modo, lo relevante para calcular las pérdidas y ganancias fácticas son las pérdidas y ganancias normativas. Ausentes éstas últimas, como en el caso del contrato posterior que celebra Axileas, que res-

pecto de Xenofonte no supone la violación de ningún deber, no tiene sentido hablar de justicia correctiva ni de pérdidas o ganancias injustas.

No he analizado estos ejemplos para mostrar que las pérdidas y las ganancias fácticas son siempre correlativas y equivalentes. Creo que en los casos de negligencia ello no es así necesariamente, aunque en los incumplimientos contractuales y en las apropiaciones, sí lo es. De todas maneras, con un caso es suficiente para que no sea una verdad conceptual acerca de la justicia correctiva que las pérdidas y las ganancias fácticas son equivalentes. Solo las normativas lo son necesariamente. Algunos autores, al no advertir esto último y centrarse en los excedentes y los déficits monetarios de las partes luego de la interacción, concluyen que la teoría aristotélica es inconsistente porque afirma una correlatividad y una equivalencia que nunca se da. La teoría aristotélica no tiene estos problemas si se realiza un enfoque adecuado de las situaciones limitando el análisis *a la relación entre las partes*, que es el punto principal de la justicia correctiva.

Para terminar de explicar la cuestión de la correlatividad y la equivalencia expondré a continuación las diferencias entre mi esquema y el sugerido por WEINRIB. Recordemos que para WEINRIB las ganancias y las pérdidas normativas son distinguibles de las fácticas. De esta manera es posible que haya ganancias normativas sin que se verifiquen ganancias fácticas, y viceversa; y que haya pérdidas normativas sin que se verifiquen pérdidas fácticas, y viceversa. En todo caso, para WEINRIB, las ganancias y las pérdidas de la justicia correctiva son normativas, y siempre serán correlativas y equivalentes. Mi esquema también reconoce que una interacción puede generar pérdidas y ganancias fácticas y que ellas pueden ser irrelevantes para el derecho de daños. Las pérdidas y ganancias que ocurren como consecuencia de la competencia leal en el mercado son fácticas, además pueden ser correlativas y equivalentes, por ejemplo, si Xenofonte capta legítimamente los clientes que antes compraban los productos de Axileas. Las pérdidas y ganancias fácticas son relevantes solo cuando están acompañadas por pérdidas y ganancias normativas. Pero, a diferencia de lo que sostiene WEINRIB, el análisis desde el punto de vista de los derechos y deberes de indemnidad relaciona *conceptualmente* las pérdidas y las ganancias normativas con las pérdidas fácticas.

De esta forma, es imposible que se dé una pérdida normativa sin que se dé a la vez una pérdida fáctica: ello es así porque la vulneración de un derecho de indemnidad solo tiene lugar cuando la víctima sufre una pérdida fáctica a causa de la conducta del agente dañador en las circunstancias establecidas por los factores de atribución del sistema (X.3.3). Al ser las pérdidas y las ganancias normativas correlativas, tampoco es posible que se dé una pérdida normativa sin que se dé una ganancia normativa, es decir, sin que el agente dañador haya obrado más allá de su esfera de libertad. Debe tenerse presente que la proposición referida a la existencia de una pérdida normativa —de una

vulneración de un derecho de indemnidad— tiene las mismas condiciones de verdad que la proposición referida a la existencia de una ganancia normativa —de una violación de un deber de no dañar. Entonces, si las pérdidas fácticas son condición necesaria de las pérdidas normativas, también lo son de las ganancias normativas. Para verlo más claramente analicemos las siguientes proposiciones:

- a) Xenofonte sufrió una pérdida normativa en su interacción con Axileas
- b) Axileas obtuvo una ganancia normativa en su interacción con Xenofonte

Por todo lo que vengo diciendo, sabemos que la verdad de la proposición *b* se sigue de la verdad de la proposición *a*, y viceversa. La verdad de la proposición *a* depende de que Xenofonte haya sufrido una pérdida fáctica como consecuencia de una acción de Axileas que de acuerdo a los factores de atribución del sistema generan responsabilidad. Si la proposición *a* es verdadera, también lo es la proposición *b*. No obstante, el análisis podría comenzar por esta segunda proposición y llegaríamos naturalmente al mismo resultado. Para que la proposición *b* sea verdadera se requiere que Axileas haya causado una pérdida fáctica a Xenofonte mediante una acción del tipo especificado en los factores de atribución expresados en las reglas de responsabilidad extracontractual. Así, la pérdida fáctica es condición de la pérdida normativa y de la ganancia normativa, por lo tanto, de la pérdida injusta.

Entonces, creo que lleva razón WEINRIB al sostener que las pérdidas y ganancias relevantes son las normativas. Pero se equivoca al desconocer la importancia de las pérdidas fácticas. Asimismo, WEINRIB cree poder derivar la obligación de reparar a partir del desequilibrio normativo, sin embargo, he mostrado que esta tarea es conceptualmente imposible. En mi esquema, la responsabilidad extracontractual está compuesta por derechos y deberes primarios, que son una cuestión de justicia distributiva, y por derechos y deberes secundarios, que son una cuestión de justicia correctiva. El desequilibrio normativo se produce por la violación de los derechos y los deberes primarios, pero la justicia correctiva tiene un fundamento autónomo de la justicia distributiva. La violación de los derechos y deberes primarios no permite derivar la obligación de compensar a cargo del agente dañador, del mismo modo que la justicia correctiva no puede ser derivada de la justicia distributiva. El agente dañador debe compensar en virtud de que el principio de justicia correctiva le impone esa obligación cada vez que las interacciones resultan injustas. Al no haber derivaciones lógicas entre los derechos y deberes primarios y secundarios, mi teoría es inmune a las críticas que formulé contra WEINRIB. La clave está en entender que las esferas de libertad de las partes están dadas por derechos y deberes de *indemnidad*, siempre correlativos, fundados en la justicia distributiva.

COLEMAN, por su parte, acierta en que el derecho de daños articula su discurso principalmente en relación a las pérdidas fácticas. Pero no advierte que ello es así porque las pérdidas fácticas son, como recién expliqué, condición necesaria del desequilibrio normativo. Forman parte de las pérdidas y las ganancias normativas. Otro problema de la teoría de COLEMAN es que excluye del ámbito de la justicia correctiva a las ganancias fácticas obtenidas por el agente dañador. En ocasiones, la medida de la pérdida fáctica de la víctima está dada por el beneficio obtenido por el agente dañador, que no es más que la materialización de una oportunidad que pertenecía a la víctima⁴⁵⁴. Los derechos de indemnidad se extienden a los recursos actuales y futuros. La apropiación de los beneficios que legítimamente correspondían a la víctima constituye la vulneración del deber de indemnidad relevante para la justicia correctiva. Para esta discusión es importante determinar si tiene sentido interpretar que la pérdida fáctica que genera un desequilibrio normativo, cuya rectificación está ordenada por la justicia correctiva, está dada por el beneficio que obtuvo el agente dañador y cuya eventual percepción pertenecía a la víctima. Si esto es razonable, y creo que lo es, los beneficios fácticos también tienen algún lugar, aunque secundario, en la responsabilidad extracontractual.

En el desarrollo anterior sostuve que la teoría de COLEMAN podía explicar el patrón de inferencias de la responsabilidad extracontractual sin mayores problemas. Creo que su concepción de la injusticia de la pérdida es demasiado restringida y no deja lugar para la responsabilidad objetiva. Pero si interpretásemos, como yo lo hago, que la injusticia está dada por la violación de los derechos y los deberes de indemnidad, todavía podría sostenerse que el propósito de la justicia correctiva es, como COLEMAN sostiene en *Risks and Wrongs*, imponer las pérdidas injustas a quienes son responsables por ellas. Efectivamente, la responsabilidad extracontractual hace esto. Pero lo hace porque es un principio orientado a regular las interacciones privadas entre las partes, y el modo en que las regula es ordenando la rectificación de las pérdidas y ganancias normativas (que presuponen las pérdidas fácticas de la víctima). La concepción mixta tampoco tiene por qué dejar fuera a los beneficios fácticos injustos, en la medida en que ellos solamente son una forma de pérdida fáctica. En definitiva, luego de algunos ajustes, estaría dispuesto a suscribir la concepción mixta de la justicia correctiva. Señalar y justificar la necesidad de estos ajustes me ha llevado un trabajo argumentativo considerable. Por ello deseo explicitar qué razones tengo para haber emprendido esta tarea. Mi principal insatisfacción con la concepción mixta de la justicia correctiva tiene que ver con que no nos brinda un marco general dentro del cual pueda comprenderse la responsabilidad extracontractual como una institución social compleja compuesta por varios principios de justicia. Al prescindir totalmente de la justicia distributiva no logra abarcar en

⁴⁵⁴ WEINRIB, 2000: 8-11.

su explicación cómo se generan los derechos y deberes primarios, por lo tanto, tampoco logra explicar la función de las reglas de responsabilidad extracontractual en la definición de los términos equitativos de la interacción.

El esquema que he propuesto, en cambio, explica tanto la vinculación procesal de la víctima y el agente dañador en los sistemas bilaterales, como el papel que cumplen las reglas sustantivas de responsabilidad en la definición de los derechos y deberes de las partes. También esclarece cuál es la relación entre la justicia correctiva, implementada por la responsabilidad extracontractual, y las exigencias distributivas referidas a la efectiva compensación de las víctimas. Apelé en este punto a una división del trabajo institucional, según la cual algunas exigencias de la justicia distributiva pueden ser satisfechas por los efectos que producen las instituciones inspiradas en la justicia correctiva. Las comunidades pueden aprovechar estos efectos colaterales para reducir los costes de lograr los diversos objetivos que el Estado convencionalmente debe perseguir.

Más allá de las disputas domésticas que puedan mantener los partidarios de la justicia correctiva, he intentado mostrar de qué manera este principio de justicia explica una parte muy relevante de la práctica, de la cual la correlatividad es un aspecto central. La justicia distributiva, sostuvo, explica el resto. En ningún caso, la explicación del derecho de daños a partir de principios de justicia presupone una justificación de las instituciones que se están estudiando. Aclararé esta cuestión en la Tercera Parte.

TERCERA PARTE

RAZONES Y FUNCIONES

XI-LA COMPRESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1-El debate metodológico ausente

En la primera parte de este trabajo expuse con algún detalle la interpretación económica de la responsabilidad extracontractual. Expliqué que una de sus mayores falencias era su incapacidad de dar cuenta de los conceptos con los que tradicionalmente analizamos el fenómeno de la reparación de daños. Por esta razón, el principio de eficiencia no puede brindar una buena explicación de la práctica. En la segunda parte de este trabajo intenté mostrar que la comprensión del derecho de daños es más fecunda si se lo interpreta a la luz de la relación que existe entre la justicia correctiva y la justicia distributiva. En esta tercera parte, me ocuparé de discutir los fundamentos metodológicos de los capítulos anteriores. En particular, me interesa aclarar cuáles son los presupuestos de las críticas que los defensores del AED y los partidarios de la justicia correctiva se dirigen mutuamente. Es decir, ¿qué hace que una explicación de una rama del derecho positivo sea una mejor explicación?

Este debate metodológico, que considero de máxima relevancia para una reflexión filosófica seria y transparente, lamentablemente está casi ausente en la literatura sobre teoría de la responsabilidad extracontractual. A mi entender, también en el aspecto metodológico, quienes realizan los aportes más relevantes son Jules COLEMAN y Ernest WEINRIB. El enfoque de COLEMAN en *Risks and Wrongs*, como se verá enseguida, me parece poco preciso por diversas razones. En cambio, las ideas que presenta en *The practice of principle* creo que son esencialmente correctas, aunque pueden ser desarrollados con mayor profundidad, tal como intentaré plasmar aquí. Ernest WEINRIB, por su parte, articula una compleja versión del formalismo jurídico que tiene la virtud de exponer con gran lucidez las falencias conceptuales del AED como teoría general de la responsabilidad extracontractual (véase el punto VI.4). Pese a los aciertos que el formalismo pudiese tener en sus críticas al análisis económico, creo que sus méritos son insuficientes para convertirse en una metodología de estudio apropiada. Uno de los efectos negativos del formalismo sobre la teoría del derecho de daños es haber encuadrado la discusión entre los defensores del AED y los defensores de la justicia correctiva en términos de una oposición entre el formalismo y el instrumentalismo. Esta oposición, sin embargo, resulta confusa por dos razones: primero, porque el formalismo y el instrumentalismo son dos concepciones generales del derecho, en principio, ambas compatibles con el AED y con la justicia correctiva. Por ejemplo, uno podría sostener una concepción instrumentalista del derecho y creer que la justicia correctiva brinda la mejor interpretación del derecho de daños, mientras que el AED ofrece la mejor explicación de alguna

otra rama del derecho, como las normas de defensa de la competencia y la lealtad comercial. Lo mismo vale para un formalista. En segundo lugar, y más importante para nuestra discusión, una concepción instrumentalista puede ser el resultado de dos tipos de explicaciones muy distintos. Puede sostenerse una concepción instrumentalista a partir de un *análisis funcional* del derecho o a partir de un *análisis conceptual*, y las consecuencias metodológicas en cada caso son bien diferentes. Como se verá más adelante, las pretensiones teóricas de quienes elaboran una explicación funcional y de quienes desarrollan una explicación conceptual no son coincidentes, por lo que tampoco puede haber un desacuerdo genuino entre ambos. El único desacuerdo que puede existir entre ellos es a nivel metodológico, acerca de lo que debe ser una explicación en ciencias sociales.

Es bien sabido que las explicaciones en ciencias sociales pueden ser externas o internas. Las explicaciones externas son un tipo de explicación cuyos resabios provenientes de las ciencias naturales les hacen prescindir de todo elemento interpretativo que figure en los fenómenos sociales. Así, el análisis funcional no se preocupa en absoluto por el modo en que los propios participantes de una práctica se ven a sí mismos. Las explicaciones internas, por el contrario, suponen un cambio respecto del método empirista. La principal preocupación del teórico social es la comprensión de la acción humana tomando como elemento central el significado subjetivo que esa acción tiene para quien la realiza. Sostendré que las discusiones entre teorías sustantivas del fenómeno jurídico en general, y de las ramas del derecho en particular, pueden ordenarse de mejor manera para su evaluación si se las clasifica previamente en alguna de estas categorías. Una vez hecho esto, puede observarse que el AED bien puede ser un intento de explicación interna o un intento de explicación externa. En cambio, el formalismo, más allá de las objeciones que presentaré en su contra, solo puede ser considerado un tipo muy particular de explicación interna.

Por esta razón, cuando un partidario de la justicia correctiva enrolado en el formalismo sostiene que el AED es una mala explicación de la responsabilidad extracontractual, ya que por tratarse de una teoría instrumentalista no puede dar cuenta de los conceptos fundamentales, su crítica carece de toda fuerza persuasiva si no explicita qué tipo de explicación está intentando brindar el llamado «instrumentalista». Una teoría instrumentalista puede ser, reitero, una explicación funcional, que siempre será externa, o una explicación conceptual de tipo interno. En todo caso, el debate entre un formalista y un instrumentalista que defiende el AED tendrá sentido en la medida en que esta teoría económica pretenda ofrecer un análisis conceptual en términos económicos, pero si la explicación resulta ser funcional, la objeción del formalista pierde sentido. Esto es así, porque de poco vale acusar a una explicación funcional de no dar cuenta de los conceptos centrales que figuran

en una práctica jurídica si este tipo de explicación no pretende, ni podría pretender, dar cuenta de ellos.

A continuación expondré el debate entre el formalismo y el instrumentalismo. Argumentaré con más detalle que este debate muchas veces es inconducente. Luego intentaré mostrar que el formalismo como análisis conceptual es deficiente. De todos modos, mis argumentos no serán definitivos en cada una de las secciones. Para comprender por qué el formalismo es un tipo de análisis conceptual deficiente el lector deberá tomar en consideración el contenido de todos los epígrafes de esta Tercera Parte del libro. Posteriormente, me ocuparé de delimitar el marco en el que creo que debe desarrollarse la discusión. En primer lugar, debe aclararse cuál es el objeto de la explicación cuando se estudia la responsabilidad extracontractual. En otras palabras, debe especificarse qué se entiende por la práctica de la reparación de daños, cómo se la caracteriza y por qué. Después de esto, mostraré las diferencias esenciales que existen entre una explicación externa y una interna, para más adelante argumentar que una metodología interna resulta esclarecedora al estudiar las prácticas jurídicas. Sostendré que el modo de ofrecer una explicación interna de una rama del derecho en concreto es fundamentalmente por alguna clase de análisis conceptual. Seguidamente responderé a algunos intentos del AED de ofrecer un análisis conceptual de la práctica de la reparación de daños. Por último, mostraré de qué modo el AED puede ser una explicación funcional exitosa de la responsabilidad extracontractual y concluiré que ambas metodologías iluminan aspectos diferentes e igualmente interesantes del fenómeno.

2-El formalismo y el instrumentalismo

2.1-Dos maneras de concebir el derecho

Si algo no puede negarse es que el formalismo y el instrumentalismo son dos maneras radicalmente diferentes de concebir el derecho. De todos modos, determinar en qué consiste cada uno de estos puntos de vista puede resultar muy difícil, porque no existe en la literatura una caracterización clara y unificada de ninguno de estos dos paradigmas. De hecho, podría cuestionarse que se trate de dos paradigmas de investigación jurídica, ya que en ocasiones el tratamiento que realizan los autores puede hacernos pensar que se trata de meros dogmas. Hecha esta advertencia preliminar, señalaré los rasgos que considero centrales de cada enfoque.

En la teoría jurídica, por influencia del trabajo de HART, el formalismo es automáticamente asociado con la actitud de negar la necesidad de realizar elecciones valorativas al momento de interpretar y de aplicar las normas jurídicas. Los formalistas parecen ignorar que la textura abierta del lenguaje

impide que las reglas sean aplicadas mecánicamente por los funcionarios, por lo que siempre es ineludible el ejercicio de algún grado de discreción⁴⁵⁵. El formalismo, por esta razón, goza en general de muy mala reputación.

Esta vertiente del formalismo puede denominarse *formalismo de las reglas*. Otra vertiente, más interesante para el problema de la explicación en las ciencias sociales, es el *formalismo conceptual*. Esta concepción tiene su origen a finales del siglo XIX, cuando la metodología de las ciencias naturales gozaba de gran prestigio, lo que hizo que se proyectase sobre todos los campos del conocimiento, incluyendo la filosofía, la ética y la economía⁴⁵⁶. Las ciencias naturales marcaron el modelo a seguir por las ciencias sociales, usualmente consideradas una ciencia precaria. La manera en que estas disciplinas intentaban volverse respetables, convertirse en una ciencia verdadera y no en meras especulaciones, era enfatizando la coherencia interna, la lógica, la abstracción, la tipología y la categorización, las leyes inmutables y los patrones inmanentes⁴⁵⁷. Una vez trasladados estos ideales al campo del análisis conceptual, el formalismo asumió que todos los conceptos jurídicos como el daño, la culpa, el riesgo, la causalidad o el debido cuidado, en el derecho de daños, tienen un contenido necesario y están relacionados entre sí de un modo coherente. Siendo esto así, el material jurídico a su vez debe exhibir una ordenación racional e inmanente que por medio de la razón el jurista puede captar y describir.

Ambos tipos de formalismo comparten la idea de que el derecho presenta ciertas relaciones internas que el teórico o el juez deben *descubrir*. Los realistas jurídicos, por lo general escépticos en materia interpretativa, han criticado al formalismo por constituir una teoría cuya principal función ideológica es ocultar el hecho de que los jueces crean el derecho y que los juristas que pretenden describirlo neutralmente, lejos de realizar una labor científica, muchas veces se embarcan en una tarea de *política jurídica*. Evidentemente, el escéptico negará que exista alguna relación de coherencia intrínseca entre los conceptos jurídicos o que su contenido esté predeterminado por la propia naturaleza del derecho. Por esta razón, no cabe hablar de un descubrimiento jurídico. La aplicación de las reglas jurídicas por parte del juez nunca es una tarea mecánica. A menudo la vaguedad, la ambigüedad y la textura abierta del lenguaje brindan al juez un abanico de interpretaciones posibles del cual elige una de ellas para dictar su sentencia. Esta elección supone un elemento volitivo, aunque su decisión no tiene por qué ser necesariamente arbitraria, ya que en una comunidad pueden existir usos vigentes, es decir, un cierto acuerdo sobre el significado de algunos textos. Pero en ningún caso es posible afirmar que una comunidad puede estar equivocada respecto del modo en que interpreta o emplea los conceptos en el razonamiento práctico. Lo

⁴⁵⁵ Véase HART, 1994:124-130.

⁴⁵⁶ TAMANAHA, 2006: 49.

⁴⁵⁷ TAMANAHA, 2006: 49.

mismo vale para los juristas que, al describir el derecho, con frecuencia omiten exponer todos los significados posibles de los textos autoritativos. Cuando seleccionan uno de los múltiples significados su labor se convierte en política, no en científica. Esta conclusión es inaceptable para un formalista, porque uno de sus principales empeños está dirigido a distinguir el derecho de la política.

No obstante estas similitudes entre ambos tipos de formalismo, es importante advertir que sus tesis no están necesariamente correlacionadas. Las dos tesis formalistas que expuse hasta aquí —que el contenido de los conceptos jurídicos está predeterminado por la naturaleza de las cosas, y que las reglas jurídicas son aplicadas mecánicamente por los jueces— pueden defenderse o rechazarse independientemente una de la otra. Uno puede creer que el contenido de los conceptos jurídicos es totalmente convencional, por lo tanto contingente, y sin embargo sostener una teoría de la interpretación según la cual los jueces aplican el derecho mecánicamente. Por otra parte, uno podría sostener que los conceptos jurídicos tienen un contenido necesario, pero que la aplicación de las reglas jurídicas requiere cierto discernimiento⁴⁵⁸. En este caso, podría seguir el argumento, el juez enfrenta una dificultad epistémica, es decir, una dificultad para conocer el contenido de los conceptos o de las reglas, pero tendría sentido sostener que hay mejores interpretaciones de un mismo principio y que pasar de una interpretación a otra puede suponer un avance⁴⁵⁹.

En la literatura también se habla de formalismo para referirse a ciertos valores que el derecho debe expresar para ser derecho. Según algunos autores, entre ellos Robert SUMMERS, el derecho presenta un carácter formal que le da unidad conceptual. Estos valores formales incluyen, entre otros, la capacidad de aprender el derecho, la guía de conducta que el derecho provee a los ciudadanos, la protección contra la arbitrariedad oficial, la igualdad ante la ley y la objetividad de la aplicación judicial⁴⁶⁰. Evaluar si estas tesis son una forma de iusnaturalismo o un análisis conceptual (aunque sea equivocado) resulta muy difícil. Como análisis conceptual parece exagerado sostener que es una propiedad esencial del concepto de derecho que respete la igualdad ante la ley o que garantice el Estado de Derecho. Quien sostenga que esos son valores formales debe explicar por qué no se trata de valores sustantivos. Contrariamente a esta intuición formalista estoy inclinado a pensar que la

⁴⁵⁸ TAMANAHA, 2006: 70.

⁴⁵⁹ No pretendo brindar aquí una explicación completa de esta cuestión porque me alejaría demasiado de mis propósitos. Solo deseo señalar que este último argumento consta de una tesis ontológica, sobre el contenido de los conceptos, y una tesis epistémica, sobre la necesidad de ejercer algún grado de discernimiento en la aplicación del derecho. Dejo a cargo de quien defienda una tesis como esta la especificación del criterio para aceptar que una interpretación es mejor que otra y que, en ese sentido, supone un avance teórico o normativo, según el caso.

⁴⁶⁰ Véase SUMMERS, 1995: 245.

igualdad ante la ley o la protección contra la arbitrariedad judicial son principios sustantivos contingentes. Nadie negaría que las monarquías absolutistas fueran sistemas jurídicos. Además de esto, parece que hay una diferencia entre estos valores formales y el valor que consiste en que el derecho siempre brinde una guía de conducta a los ciudadanos. Este último, han defendido algunos autores, es una parte esencial de nuestro concepto de derecho⁴⁶¹. Para mi argumento no es relevante quién tiene razón sobre la guía de conducta. Solo es relevante observar que los valores formales, entendidos como rasgos conceptuales, están presentes en nuestro concepto de derecho o no lo están con independencia de que sean un valor. Así, o bien la guía de conducta forma parte de nuestro concepto de derecho o no forma parte, pero en ningún caso esto puede depender de que la guía de conducta tenga valor intrínseco. Por esta razón, si se trata de una tesis conceptual la idea de que el derecho tiene un carácter formal deja muchas cuestiones sin explicar. Seguramente la tesis del carácter formal podría ser más sólida si se la interpreta como una tesis normativa referida a los atributos sustantivos que deben ostentar los sistemas jurídicos para ser valiosos. Sospecho, no obstante, que los formalistas rechazarían esta interpretación.

Finalmente, sin llegar a ser una tesis declaradamente normativa, el formalismo tal como lo presenta WEINRIB incorpora la justificación como un elemento imprescindible de la inteligibilidad y, por ello, de la comprensión. Para WEINRIB, el derecho de daños es una empresa justificatoria. De esto se sigue que las relaciones entre los conceptos fundamentales de la responsabilidad extracontractual deben ser coherentes, porque de lo contrario no podrían funcionar como una justificación. El vínculo entre la justificación y la comprensión viene dado por el hecho de que toda justificación, para ser entendida como tal, debe ser consistente. Ya vimos que el AED es incapaz de brindar una justificación coherente de la vinculación que entre la víctima y el agente dañador. En el próximo apartado analizaré con más profundidad la postura de WEINRIB.

En contraste con esta tradición, la visión instrumentalista niega las tesis centrales del formalismo. El derecho es un instrumento que sirve a la concreción de ciertos propósitos sociales. Estos propósitos pueden ser diversos, y de hecho cambian de comunidad en comunidad, por lo tanto, no hay valores que necesariamente un sistema normativo deba expresar para ser derecho. Por otra parte, las normas que conforman un sistema jurídico están expresadas en disposiciones o textos jurídicos. Los textos están redactados

⁴⁶¹ Esta posición, aunque tiene su origen en HART, es actualmente sostenida por SHAPIRO. Véase SHAPIRO, 2001: 169. Contra esta postura, Jules COLEMAN afirma que la capacidad del derecho de guiar la conducta, de hacer una diferencia práctica para sus destinatarios, no es parte de nuestro concepto de derecho, sino que es una característica que generalmente está presente en los sistemas jurídicos. Véase COLEMAN, 2001b: 146-147.

en un lenguaje natural que adolece de todos los defectos apuntados más arriba. A su vez, dado que el derecho está determinado en alguna medida por los textos, si estos son imperfectos, se pregunta el instrumentalista, ¿cómo podría ser el derecho perfecto? Para un formalista, que el derecho sea perfecto significa que es unívoco, completo —es decir, que carece de lagunas— y coherente. Sin embargo, los textos muchas veces tienen un significado vago, ambiguo o contradictorio, y ciertamente no resuelven todos los casos relevantes según el propio sistema. Para un instrumentalista la ley es una herramienta humana, y cualquiera sea su significado, lo tiene porque nosotros se lo hemos atribuido⁴⁶². Sin embargo, las leyes son solo una parte del fenómeno jurídico. La imperfección de las leyes en la práctica es solucionada por los jueces que crean derecho con sus decisiones, muchas veces tomando en cuenta los objetivos políticos que la comunidad. En este sentido, sus decisiones solo estarán justificadas si coinciden con estas políticas.⁴⁶³

Joseph RAZ observa que las concepciones modernas del derecho enfatizan su rol instrumental como una manera de explicar los constantes cambios y alteraciones en la regulación de la conducta. Se entiende que el derecho cambia cada vez que las circunstancias cambian, o cuando los individuos en una determinada comunidad mayoritariamente reemplazan unas creencias morales por otras⁴⁶⁴. El instrumentalismo logra captar con naturalidad algo que sería artificial para el formalismo: la evolución del contenido del derecho. El cambio de las instituciones jurídicas, la reinterpretación de los conceptos o cualquier variación en la calificación deóntica de acciones —es decir, por ejemplo, que acciones prohibidas en el pasado estén permitidas en el presente—, todo esto, parece que puede ser acomodado con mayor facilidad en un enfoque instrumentalista que en uno formalista. Los formalistas, en algunos casos, estarían obligados a afirmar que los participantes de la práctica se equivocaban en el pasado o que se equivocan en el presente⁴⁶⁵. El instrumentalismo no tiene este problema porque el derecho solo es un medio para lograr ciertos fines, ya sean económicos o morales, y estos pueden cambiar de tiempo en tiempo y de lugar en lugar.

2.2-Dos maneras de comprender la práctica

La caracterización del derecho realizada tanto por los formalistas como por los instrumentalistas tiene una incidencia directa sobre los modos en que los autores de cada tradición hacen inteligibles las prácticas jurídicas.

⁴⁶² LYONS, 1981: 960-961.

⁴⁶³ LYONS, 1981: 954.

⁴⁶⁴ RAZ, 1996: 7.

⁴⁶⁵ Piénsese, por ejemplo, en la institución del matrimonio. O bien el matrimonio es intrínsecamente indisoluble y las leyes que permiten el divorcio actualmente son un error, o bien, siempre fue disoluble y el error lo cometieron los legisladores en el pasado.

El principal interés del formalismo conceptual es el análisis de las relaciones jurídicas presentes en el derecho como empresa justificatoria⁴⁶⁶. El derecho conecta a las personas entre sí por medio de un conjunto de doctrinas, conceptos, principios y procedimientos que entran en juego cuando surge un reclamo jurídico. Por lo tanto, debe prestarse atención a la estructura interna de tales relaciones. Un formalista intentará comprender el derecho de daños a partir de la relación entre los elementos recién mencionados. Si los conceptos y los principios de la práctica no fuesen coherentes, esta sería ininteligible. El formalismo se ocupa de estudiar la racionalidad interna del derecho, que se encuentra en el material jurídico de modo inmanente. Esta racionalidad interna hace que el derecho sea un todo coherente y, por lo tanto, susceptible de ser comprendido y justificado⁴⁶⁷.

La mayoría de las críticas que los formalistas han dirigido contra el AED se vinculan con la manera en que esta disciplina se acerca al derecho de daños. Su aproximación es desde una perspectiva externa. Considera que la práctica debe ser modelada para satisfacer ciertos objetivos independientes de la práctica misma. El instrumentalismo, observa COLEMAN, puede ser económico o moral. El primero, aun con las diferencias respecto de los más ortodoxos como POSNER, está bien representado por CALABRESI (véase el capítulo IV). El moral, por su parte, concibe al derecho de daños como la plasmación de estándares públicos de conducta⁴⁶⁸. Toda la institución estaría diseñada para cumplir con ciertos principios de justicia derivados de una teoría más general. COLEMAN considera que una vez que se acepta alguna forma de instrumentalismo —o consecuencialismo institucional— es imposible decidir en abstracto cuáles deben ser los objetivos del sistema de reparación. Propone, en cambio, analizar la estructura del derecho de daños y preguntarse cuál es la mejor interpretación normativa de la práctica⁴⁶⁹.

COLEMAN denomina «descendente» (top-down) a la estrategia explicativa del instrumentalismo. Según esta estrategia, el teórico comienza con una serie de principios que los participantes de una práctica aceptarían reflexivamente,

⁴⁶⁶ Tomo como objeto la teoría de WEINRIB por tratarse de uno de los defensores más importantes del formalismo. Por otra parte, la teoría que ha elaborado es la más sofisticada, aunque también la más compleja.

⁴⁶⁷ Explica WEINRIB que el formalismo intenta exponer la aspiración del derecho de ser una práctica normativa inteligible, con una racionalidad inmanente. Además, pretende dar sentido al lenguaje de los juristas. Por ello toma seriamente en cuenta los conceptos, los principios y las instituciones a partir de las cuales el derecho expresa su coherencia. Véase WEINRIB, 1993: 591-592.

⁴⁶⁸ COLEMAN, 1992: 203. Creo que la dicotomía trazada por COLEMAN entre instrumentalismo moral e instrumentalismo económico es innecesaria. Todas las tesis del AED pueden ser consideradas una forma de moralidad, hija del utilitarismo. De todas maneras, mantendré la terminología para evitar confusiones con la literatura de referencia.

⁴⁶⁹ COLEMAN, 1992: 210-211.

al menos quienes adoptan el punto de vista interno, e intenta reconstruir la rama del derecho que constituye su objeto de estudio a la luz de estos principios. En el caso del AED, puede decirse que su estrategia es descendente porque el punto de partida es el principio de eficiencia, un principio que se supone aceptable por los participantes, y la tarea del teórico consiste en interpretar la práctica como una expresión de este principio. Todos los aspectos de la práctica que no puedan ser acomodados con el principio de eficiencia pueden ser considerados errores que merecen una reforma. Uno de los problemas de la estrategia descendente es que los principios seleccionados podrían tener un descenso imperialista sobre la reconstrucción conceptual de la práctica de modo que la imagen resultante llegue a ser irreconocible para cualquiera familiarizado con ella. El enfoque alternativo, al cual COLEMAN adhiere, produce como resultado una teoría de «nivel medio» (middle level). En este caso, «el teórico se sumerge en la práctica y se pregunta si esta puede ser organizada fructíferamente de manera que refleje un compromiso con uno o más principios razonables»⁴⁷⁰.

Una estrategia similar es seguida por WEINRIB. Afirma que para entender el derecho de daños es necesario partir de la experiencia, de la práctica misma, de lo que nos es familiar⁴⁷¹. En el capítulo VI intenté mostrar que al concentrarse en las metas, el AED brinda una explicación incompleta e incoherente del derecho de daños. Todos los conceptos pretenden ser explicados aisladamente en virtud de distintos objetivos. Así, el deber de reparar responde a un objetivo, mientras que el derecho a ser compensado a otro objetivo distinto. Esta explicación, entienden los formalistas, es insatisfactoria porque priva de unidad al derecho, de su coherencia interna. El formalismo, en contraste, concibe al derecho privado como un todo coherente, no como un agregado de decisiones judiciales desvinculadas entre sí⁴⁷².

Por otra parte, el formalismo presupone que el material jurídico manifiesta explícita o implícitamente un orden moral inteligible, aunque lo haga imperfectamente. Sin embargo, lo importante no es el mérito sustantivo de *la justificación* sino las condiciones mínimas para que algo *funcione como justificación*⁴⁷³. De esta manera, la interpretación instrumentalista basada en los objetivos del derecho de daños no ofrece una justificación plausible de la responsabilidad extracontractual porque es inconsistente. El formalismo no cuestiona que la compensación de las víctimas o la reducción de los costes sociales de los accidentes sean objetivos valiosos. Simplemente rechaza que funcionen como elementos justificatorios de la práctica. Un formalista puede tener una opinión política sobre estos objetivos, pero *qua* formalista sólo estará intere-

⁴⁷⁰ Sobre esta cuestión véase COLEMAN, 1992: 8-9.

⁴⁷¹ WEINRIB, 1995: 9.

⁴⁷² WEINRIB, 1995: 12.

⁴⁷³ WEINRIB, 1993: 587.

sado en si los componentes de una relación jurídica expresan una estructura justificatoria integrada⁴⁷⁴.

Ello es así porque el formalismo privilegia la *forma* del derecho antes que su *sustancia*. Pese a todo, no debe caerse en el error de entender que la distinción entre la forma y la sustancia es ontológica. La forma está determinada por el contenido, por lo tanto, la distinción es meramente conceptual. Una forma sin contenido sería una forma de *nada*. Para los formalistas, un fenómeno jurídico es inteligible si la forma y su contenido son congruentes⁴⁷⁵. La forma del derecho de daños no es congruente con el contenido que los partidarios del AED pretenden adscribirle. De aquí se sigue que, a la luz del principio de eficiencia, resulta incomprensible que una determinada comunidad conserve un sistema de responsabilidad extracontractual con una estructura bilateral: esa comunidad o bien es profundamente inconsistente o bien no persigue la maximización de la riqueza.

Corresponde preguntarnos ahora qué significa entender la práctica por su forma. Es reconocer que tiene su propio carácter, lo que nos permite definirla como *el tipo de práctica que es*. La inteligibilidad del derecho viene dada por los tres aspectos de la forma: el carácter, la clase y la unidad. El carácter, dice WEINRIB, se refiere a las características del derecho privado observables en la experiencia. La clase sugiere que el derecho privado es un fenómeno categorialmente distinto de otros modos de ordenación jurídica; y la unidad tiene que ver con la coherencia de ese orden⁴⁷⁶.

Las características centrales del derecho de daños son aquellas que se invocan o presuponen en cualquier discusión acerca de él⁴⁷⁷. En esto los formalistas no son demasiado precisos. Parecen ignorar las dificultades de identificar los elementos básicos que deben tomarse en cuenta al describir una práctica. De los múltiples rasgos que podrían considerarse relevantes, sólo señalan los que constituyen la estructura bilateral. ¿Por qué? Esta cuestión la discutiré más adelante. En segundo lugar, la clase es un aspecto de la forma que nos permite distinguir el derecho de daños como un modo de ordenación distinto. La estructura de este modo de ordenación es bilateral. Captura una correlatividad entre el daño injustamente causado y el daño injustamente sufrido. Integra al agente dañador y a la víctima en una relación muy particular que puede ser entendida, y está justificada, por la justicia correctiva. En cambio, otro modo de ordenación, la justicia distributiva, vincula a los individuos a partir de beneficios y cargas comunes que debe ser divididos con algún criterio. La justicia correctiva y la justicia distributiva son categorial-

⁴⁷⁴ WEINRIB, 1988: 973.

⁴⁷⁵ WEINRIB, 1988: 959.

⁴⁷⁶ WEINRIB, 1995: 22.

⁴⁷⁷ WEINRIB, 1988: 967.

mente diferentes y no pueden ser mutuamente reducidos⁴⁷⁸. En tercer lugar, la unidad, como se dijo, se refiere a la coherencia conceptual y justificatoria. En síntesis, el carácter, la clase y la unidad son tres aspectos de la forma que están inherentemente relacionados. Los tres aspectos son centrales para la inteligibilidad de un tipo particular de ordenación jurídica.

Es importante aclarar que, para los formalistas, sostener que una práctica es derecho de daños porque en su forma se evidencia una relación bilateral entre dos individuos, mediada por juicios de causalidad, no supone de ningún modo un compromiso con el esencialismo. El formalismo no exhibe una lista de caracteres como criterio último para la inteligibilidad jurídica. Las características de la práctica son relevantes para la inteligibilidad sólo bajo el presupuesto de que los sistemas jurídicos sofisticados valoran su propia coherencia. Para un formalista el verdadero criterio operativo no es la presencia de ciertas características sino su coherencia mutua⁴⁷⁹; y la coherencia importa porque la justificación importa⁴⁸⁰. Si no valorásemos la justificación, el AED podría ser una alternativa viable de explicación. La inconsistencia en los fundamentos que brindan para justificar por qué el derecho es como es, no sería problemática. Pero la justificación sí es valiosa. Una idea similar expresa DWORKIN al sostener que la práctica jurídica es argumentativa, y los participantes comparten una justificación de sus elementos centrales. No es necesario que concuerden en todos los detalles, sino en los que constituyen su núcleo básico, de modo que el intérprete se vea a sí mismo interpretando una práctica ya existente antes que creando una nueva⁴⁸¹.

Veamos ahora la relación entre la justificación y la coherencia con mayor detalle. El formalismo concibe al derecho privado como una empresa justificatoria. Esta empresa no exige una mera consistencia. La coherencia presupone para los formalistas una unidad estructural. No es suficiente que el AED logre fundamentar (o explicar) el deber de reparar o el derecho a ser compensado. Para que haya una *justificación*, en el sentido aquí empleado del término, todos los elementos –tanto la obligación del agente dañador como el derecho de la víctima– deben estar relacionados entre sí de un modo unitario. Lo contrario supondría admitir una visión del derecho en la que los conceptos, las reglas, las doctrinas, los estándares y las decisiones judiciales carecen de toda sistematicidad. La coherencia está dada por una unidad intrínseca, no accidental, de la responsabilidad extracontractual. Los elementos pueden estar relacionados simplemente porque el derecho positivo los relaciona. El AED deberá reconocer que es contingente que el agente dañador y la víctima estén vinculados por una relación de causalidad, y que el primero deba al segundo el monto del daño en concepto de indemnización. Un for-

⁴⁷⁸ WEINRIB, 1988: 977-981.

⁴⁷⁹ WEINRIB, 1995: 31.

⁴⁸⁰ WEINRIB, 1995: 39.

⁴⁸¹ DWORKIN, 1986: 66.

malista, por su parte, intentará encontrar en la forma del derecho de daños una justificación intrínseca de la práctica y conectar todos estos conceptos de modo natural. En ello consiste la empresa justificatoria. Esta unidad justificatoria no puede lograrse con el análisis coste-beneficio porque esta herramienta ni siquiera logra dar cuenta de cada uno de los elementos de la práctica individualmente considerados.

Por estas razones, WEINRIB sostiene que el AED no puede brindar una buena explicación de la responsabilidad extracontractual, mientras que la justicia correctiva sí puede hacerlo. Todos los conceptos fundamentales del derecho de daños están conectados de la misma manera en que lo están los elementos centrales de la justicia correctiva. De este modo, el derecho de daños es una estructura justificatoria coherente.

Por su parte, según el enfoque instrumentalista el derecho es una herramienta para lograr ciertos objetivos. Por lo tanto, la justificación de las reglas jurídicas y su comprensión, ambas tareas, toman como elemento esencial el análisis de la adecuación entre medios y fines. La justificación de una práctica depende exclusivamente de que exista un ajuste entre las normas del sistema y los objetivos de la comunidad. La explicación, en cambio, es una tarea interpretativa que puede ser abordada de dos maneras. En términos generales, el AED postula que todas las reglas, principios y doctrinas que conforman la responsabilidad extracontractual pueden ser interpretados tomando como parámetro la función que cumplen en la producción de resultados eficientes. Esto puede significar que las comunidades que regulan la reparación de daños con un sistema de responsabilidad civil bilateral están conscientemente preocupadas por lograr una reducción de los costes de los accidentes. Pero también puede querer decir que más allá de lo que los participantes de la práctica tengan en mente cuando sostienen un sistema de estructura bilateral, el derecho daños cumple una función económica, a saber, la minimización de la cantidad y la gravedad de los accidentes. El primer modelo de explicación toma en cuenta el significado que las acciones tienen para los propios miembros de la comunidad que las realizan, por lo tanto, es una explicación interna. El segundo modelo de explicación no toma en cuenta este dato para la interpretación, entonces, se trata de una explicación externa.

En el próximo apartado expondré la diferencia entre una explicación externa y una explicación interna. Hecha esta distinción, resultará evidente que en muchas ocasiones el debate entre el formalismo y el instrumentalismo parte de un desacuerdo que no es genuino, por lo que entiendo que no contribuye a clarificar las bases metodológicas de la comprensión de las prácticas jurídicas.

3-Las regularidades externas y el punto de vista interno

En el siglo XIX, el estudio sistemático del hombre, la historia, el lenguaje y las instituciones tuvo un impulso sustancial similar al que las ciencias naturales tuvieron durante el renacimiento tardío. En un contexto en el cual los fundamentos intelectuales de las ciencias naturales estaban consolidados, la filosofía de la ciencia positivista abogaba por un monismo metodológico ante los diversos objetos de investigación. Por esta razón, al comienzo, las ciencias sociales tomaron como modelo incuestionable el de las ciencias naturales exactas⁴⁸². En este sentido, las investigaciones adoptaban un enfoque naturalista que enfatizaba la exigencia de comprobación empírica, la observación de regularidades, el establecimiento de relaciones causales entre los fenómenos abarcados por el objeto de estudio y la formulación de leyes generales. La capacidad de rendimiento de una teoría venía dada principalmente por su capacidad para predecir.

Posteriormente se desarrolló una perspectiva alternativa, que puede denominarse humanista. Esta visión, cuyos orígenes pueden rastrearse hasta las ideas de Giambattista VICO, acentúa una verdad obvia: que los seres humanos pueden ser comprendidos de un modo en que los fenómenos naturales no pueden serlo⁴⁸³. Lo relevante de este modelo no se encuentra en la observación de regularidades sino en su interpretación. La vida social tiene un significado para los individuos que participan en ella. La interpretación o la comprensión de estos significados, por medio del análisis del entramado conceptual de los participantes, pasa a ser un aspecto importante de las ciencias sociales. Por supuesto, la recolección de datos, la medición y la predicción aun forman parte del programa de investigación de la sociología y, en especial, de la economía. Pero, por influencia del enfoque humanista, la labor interpretativa adquirió un estatus teórico que antes no tenía.

El primer modelo, parte de la idea de que los significados que los individuos puedan atribuir a ciertas instituciones como la familia, la religión o el derecho, entre otras, no muestran más que una parte superficial de la realidad social. DURKHEIM pensaba que es natural que los individuos formen algunos conceptos a fin de reglamentar su vida, pero es un error quedarse con estas nociones que están más cerca de nosotros que las realidades a las cuales se corresponden. La supresión de esta realidad en la labor del investigador es una tendencia que debe ser combatida, porque usualmente los individuos convierten las nociones superficiales en materia de especulación, carente en general de todo valor científico⁴⁸⁴.

⁴⁸² Véase VON WRIGHT, 1971: 3-4.

⁴⁸³ Sobre los orígenes de la corriente humanista, véase MACDONALD y PETTIT, 1981: 55.

⁴⁸⁴ DURKHEIM, 1895: 53-54.

No obstante, los conceptos con los que los individuos interpretan la realidad no son totalmente inútiles, aunque solo sirven de mero indicador⁴⁸⁵. Limitarse a la interpretación de las categorías superficiales constituye, en este sentido, una clase de conformismo teórico, científicamente reprochable. Para DURKHEIM, la realidad se hace inteligible cuando el investigador logra desentrañar las necesidades sociales que satisfacen las instituciones que ordenan la vida de la comunidad⁴⁸⁶. De esta manera pueden atribuirse distintas funciones a las instituciones antes mencionadas. En el caso de la religión, por ejemplo, su función podría ser contribuir a lograr una mayor cohesión entre los miembros del grupo social. Según este modelo de explicación, la responsabilidad extracontractual podría tener por función, como proponen los partidarios del AED, la minimización de los costes de los accidentes. Como se verá más adelante, solo se requieren dos condiciones para que esta explicación sea plausible: a) que la minimización de costes sea una necesidad social; y b) que se explicita cuál es el mecanismo que posibilita que tengan lugar los efectos positivos de las normas del derecho de daños sobre los costes de los accidentes.

Inspirado en los principios humanistas, el trabajo de Max WEBER supuso una ruptura con la tradición metodológica monista, introduciendo lo que denominó *sociología comprensiva*. Este cambio de enfoque implica varias cosas, entre ellas, la adopción de un individualismo metodológico en contra del holismo⁴⁸⁷ al que adhería DURKHEIM; implica también enfatizar el aspecto de la investigación relacionado con la interpretación del significado subjetivo que las acciones tienen para quienes las realizan. Según WEBER, «“explicar” es captar el complejo de significados en los que encaja una acción directamente inteligible en virtud de su significado intencional subjetivo»⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ DURKHEIM, 1895: 79.

⁴⁸⁶ DURKHEIM, 1895: 140.

⁴⁸⁷ Para una concepción holista hay ciertos fenómenos sociales que solo son explicables haciendo referencia a agentes colectivos o a instituciones. El individualismo metodológico, en cambio, asume que cualquier evento o práctica puede ser explicado a partir de los estados mentales, las creencias o las acciones de los participantes. Desde el individualismo, carece de sentido sostener que las instituciones tienen un poder explicativo distinto de las actitudes y las creencias de los individuos, ya que la misma existencia de instituciones es dependiente de la aceptación y el reconocimiento de ciertas reglas por parte de los sujetos relevantes. Esto no supone negar que la referencia a grupos o instituciones tenga una capacidad expresiva distinta que la simple referencia a individuos. Por ejemplo, la proposición ‘Puyol es defensor del Barça’ expresa algo que en términos individuales es difícil de expresar. No se está refiriendo a que Puyol hoy es uno de las personas que forman el conjunto popularmente reconocido como «Barça». La identidad de Barça no depende de quienes actualmente conforman su plantel. Aceptar el holismo expresivo, es decir, la tesis según la cual algunas verdades no pueden ser *expresadas* por referencia a individuos, no otorga todavía autonomía *explicativa* a las instituciones, ni a los grupos como tales. Sobre este debate, véase MACDONALD y PETTIT, 1981: 115-131.

⁴⁸⁸ WEBER, 1922: 18.

Imaginemos a un científico social naturalista tomando nota de sus observaciones en los siguientes términos: un grupo de individuos entra a diario en un edificio de grandes dimensiones y permanece allí durante unas diez horas. A mitad del día los individuos abandonan sus actividades y se trasladan a un salón, ubicado en el mismo edificio, en el que reciben alimentos. Después de ingerir los alimentos, retoman sus actividades. Hacia el final de la tarde suena un fuerte silbato y los individuos nuevamente abandonan sus labores, pero esta vez se retiran del edificio hasta el día siguiente. Luego de un mes en el que realizan las mismas tareas, cada uno de los individuos se dirige a una ventanilla en la que recibe trozos de papel y algunas piezas de metal. Es interesante que los individuos no conservan estos trozos de papel y de metal íntegramente por mucho tiempo. La mayor parte de lo que reciben lo dan a otras personas y en el mismo acto les son entregados distintos objetos: carne, pan, leche, ropas, cerveza, etcétera.

Este científico social solo está tomando nota de las regularidades externamente observables, y a partir de ellos podrá realizar predicciones. Por ejemplo, por mera inferencia inductiva, podrá predecir con bastante certeza que los individuos seguirán concurriendo a diario al edificio de grandes dimensiones y que, en la medida en que lo hagan, seguirán recibiendo trozos de papel y piezas de metal, que a su vez entregarán a otras personas. También podrá predecir el tipo de tareas que los individuos realizarán dentro del edificio. Podrá intentar establecer leyes causales generales y sostener que las tareas desarrolladas en el edificio causan la entrega del papel y del metal; o que el sonido del silbato causa que todos se retiren hasta el día siguiente. Para ello necesitará descubrir algún tipo de mecanismo causal que explique de qué manera el silbato causa que los individuos se retiren. Dejando este problema de lado, establecidas estas leyes causales podrá predecir, con un fundamento más sólido que la mera inferencia inductiva, que todo individuo que realice las tareas anteriormente descritas, recibirá los trozos de papel y las piezas de metal, y que todo individuo que se encuentre en el edificio al sonar el silbato se retirará inmediatamente. Respecto de sus primeras predicciones no cabe hablar de comprensión. De hecho, el científico más que predecir con algún fundamento, espera que los eventos se sigan produciendo del mismo modo que hasta ese momento. Pero respecto de sus otras predicciones, relacionadas con una parte de sus observaciones, su comprensión se funda en el establecimiento de relaciones causales y, por lo tanto, gozan de una justificación más sólida. Por supuesto, si el establecimiento de la ley causal se fundase únicamente en la regularidad observada, el grado de justificación sería el mismo que el de sus razonamientos inductivos⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ Esta conclusión sería distinta si se adhiere a una teoría reductivista, como la de HUME (1739), según la cual las leyes causales solamente son una descripción de regularidades. La llamada relación causal no es accesible a nuestra experiencia. Lo único que podemos observar es una sucesión regular de eventos o una conjunción constante. De acuerdo con

Nadie puede negar que la comprensión del científico social y su explicación de los eventos que él relacionó mediante leyes causales resultarían infinitamente enriquecidas si tomaran en cuenta el significado que las acciones descritas tienen para los sujetos que las realizan. Así, las nociones de trabajador, salario, transacción comercial o intercambio y jornada laboral iluminan el fenómeno mucho más que las explicaciones causales provistas en las notas. Parece muy razonable reemplazar la predicción de que los individuos concurrirían a la fábrica al día siguiente por un enunciado referido a las razones que los individuos tienen para presentarse a trabajar. Asimismo, el concepto de jornada de trabajo nos permite comprender por qué los individuos abandonan la fábrica cuando suena el silbato. Esto se debe a que, como bien apunta Peter WINCH, nuestra comprensión de los fenómenos naturales se produce cuando podemos establecer relaciones causales; en cambio, «nuestra comprensión de los fenómenos sociales involucra las categorías de los *motivos* y las *razones* para la acción»⁴⁹⁰.

Continuando con el ejemplo, supongamos que en una ocasión nuestro científico social naturalista observa perplejo que al sonar el silbato todos los individuos se retiran, como siempre, salvo un grupo reducido que continúa realizando con normalidad las mismas tareas que estuvieron realizando durante el día. Este hecho representa una anomalía que no puede ser explicada por las leyes causales que forman parte de su teoría. Sin embargo, si se emplean nuevamente las propias nociones de los participantes, como el concepto de *horas extra*, la perplejidad desaparece. Lo que esta caricaturización del científico social naturalista pretende ilustrar es que la interpretación de las acciones individuales y colectivas a la luz de las razones para la acción de los propios participantes ilumina nuestra comprensión de la vida social de un modo que resulta imposible para quien sostenga el método de las ciencias naturales. Además, aquello que parece oscuro y misterioso para el científico social naturalista no presenta ninguna dificultad para el teórico humanista.

Este enfoque está sustentado en una determinada concepción de la persona, que toma la noción de agencia como elemento central. A diferencia de los animales o de los insectos, los individuos obran por razones y otorgan un significado a sus comportamientos, es decir, detrás de cada acción hay una autocomprensión que muchas veces la determina. Si quisiésemos explicar las acciones que realiza un hombre debido al amor que siente por una mujer, se pregunta WINCH, ¿lo haríamos en los mismos términos en que nos referimos a una rata cuya excitación sexual la impulsa a atravesar un cable electrificado para aparearse con su compañera? Luego sugiere: ¿no lo hizo mucho mejor

esta visión, la experiencia solo nos señala que ciertos objetos han estado en conjunción constante en el pasado (p. 89-90), pero la razón de esta conjunción es impenetrable (p. 93).

⁴⁹⁰ WINCH, 1990: xi.

Shakespeare en *Romeo y Julieta*?⁴⁹¹ Por supuesto, esta provocativa analogía que traza WINCH solo intenta sugerir que la labor del científico social está más cerca de la interpretación de un artista que del método naturalista.

Hasta aquí, solo expuse una intuición consistente en mostrar que, en el campo de las ciencias sociales, el grado de satisfacción intelectual que tiene lugar cuando sentimos haber comprendido un fenómeno es mayor al aplicar un método humanista que uno naturalista. No obstante, ¿qué hay detrás de esta intuición? Para estar justificada, la adopción de métodos científicos diferentes debe responder a una particularidad en el objeto de estudio de las ciencias naturales y de las ciencias sociales. Esta particularidad es la siguiente: los objetos del mundo físico, como las rocas, las montañas o el agua, existen con independencia de que seamos conscientes de ellos o del modo en que nos los representemos. En cambio, otros objetos que pertenecen a la realidad social existen en la medida en que ocupan un lugar en nuestras creencias. Los estados intencionales y los propósitos de la comunidad crean la realidad social; y esta solo es inteligible a la luz de estos propósitos. Un trozo de hierro es un trozo de hierro, más allá de lo que pensemos de él. Pero ese mismo trozo de hierro es un destornillador en la medida en que le asignemos esa función, es decir, en la medida en que la mayoría de los individuos utilicemos trozos de hierro similares a ese para ajustar y desajustar tornillos⁴⁹².

Como bien afirma SEARLE, esto indica que la realidad social es ontológicamente subjetiva, aunque epistémicamente objetiva. Con esto quiere decirse que la existencia misma de la realidad social depende de la existencia de los individuos que la crean. Las jornadas de trabajo, el dinero, los matrimonios, los amigos o el derecho son dependientes de prácticas convencionales. Una pieza de metal es una moneda porque la tratamos como moneda, es decir, le asignamos una función de cambio y luego la utilizamos para intercambiar bienes y servicios. Si dejásemos de tratar a las monedas como dinero, estas dejarían de serlo. En este sentido, la realidad social es ontológicamente subjetiva. Pero a la vez es epistémicamente objetiva. No depende de lo que cada individuo crea, sino que depende de la existencia de una práctica determinable objetivamente. Esto mismo vale, por supuesto, para los hechos institucionales, que son una clase de hechos sociales⁴⁹³.

Los hechos institucionales, explica SEARLE, son aquellos que presuponen la existencia de ciertas reglas constitutivas. La forma típica de una regla constitutiva es: X cuenta como Y en el contexto C⁴⁹⁴. En el ámbito jurídico es claro

⁴⁹¹ WINCH, 1990: 72.

⁴⁹² SEARLE, 1995: 9.

⁴⁹³ SEARLE, 1995: 12 y 63.

⁴⁹⁴ SEARLE, 1995: 28. No pretendo discutir aquí a SEARLE, pero la forma de las reglas constitutivas parece ser útil para explicar toda la realidad social y no solamente los hechos institucionales. Esto nos coloca en la siguiente disyuntiva: o bien corresponde considerar

el papel de este tipo de reglas. Por ejemplo, en el contexto del ordenamiento jurídico español, ser mayor de 18 años cuenta como ser mayor de edad. Usualmente, los ordenamientos jurídicos enlazan ciertas consecuencias a un estatus como este. Así, los mayores de edad pueden unirse en matrimonio, pueden contratar libremente, son responsables por sus ilícitos extracontractuales, etcétera. Lo relevante es que la atribución de significado sea colectivamente reconocido. Esta representación colectiva es pública y convencional, por lo que requiere de algún vehículo: el lenguaje⁴⁹⁵. Por esta razón, el análisis del lenguaje es importante para indagar sobre el modo en que los individuos conciben la realidad social.

Ahora bien, una vez que se comprende la naturaleza de la realidad social surge una pregunta ineludible: ¿qué ocurre cuando los miembros de una comunidad sostienen distintas interpretaciones de las instituciones vigentes? Este fenómeno es sumamente común en las sociedades heterónomas. Roger TRIGG analiza el caso del matrimonio⁴⁹⁶. Ciertamente, ocurre que algunos individuos albergan una concepción religiosa del matrimonio, por lo que consideran que se trata de una unión solemne ante dios, mientras que otros sostienen una concepción mercantilista o económica del matrimonio, y consideran que no se trata más que de un contrato entre particulares. En este caso, las funciones que cada grupo asigna al matrimonio son incompatibles. Quienes lo consideran una unión solemne ante dios podrían oponerse al divorcio. Pero quienes entienden que se trata de un simple contrato verán que la posibilidad de rescindirlo es una necesidad económica. Esto supone un problema porque si lo que *es* el matrimonio depende de las creencias y las actitudes de los participantes, es decir, depende de la convención vigente, ¿cómo puede afirmarse que existe la institución del matrimonio cuando no hay acuerdo respecto de cuestiones tan fundamentales como las que discuten estos individuos?

La respuesta a este problema puede parecer un tanto insatisfactoria, pero es la única que una teoría convencionalista puede ofrecer. La comprensión mayoritaria es la que cuenta para determinar objetivamente la existencia de instituciones y su contenido. En una sociedad en la que la mayoría de sus miembros sostuviesen una concepción religiosa del matrimonio, este estará definido como una unión solemne ante dios. Si después de un tiempo la mayoría de los individuos abandonase su posición inicial y comenzase a tra-

que toda la realidad social es institucional; o bien, corresponde entender que para referirnos a la realidad institucional en particular debemos desarrollar una teoría de las instituciones mucho más sofisticada. No me ocuparé aquí de estas cuestiones, ya que para mi análisis solo es necesario asumir que la realidad social, a diferencia de la realidad física, está constituida por las creencias, las actitudes y las acciones de miembros de la comunidad.

⁴⁹⁵ SEARLE, 1995: 75.

⁴⁹⁶ TRIGG, 2001: 68.

tar al matrimonio como un contrato de unión transitorio, el contenido de la institución eventualmente cambiará. De todos modos, muchas veces lo que ocurre en estas sociedades complejas es que existe un núcleo de acuerdo claro respecto del contenido de la institución, pero los individuos intentan cambiarlo para ajustarlo a sus preferencias morales. Este caso no presenta ninguna dificultad para el convencionalismo.

A esta altura, resulta evidente que para poder comprender una práctica el teórico debe tener en cuenta el punto de vista de los participantes. Ello no implica participar efectivamente sino solo reflexionar sobre la perspectiva con la que encarán el fenómeno. El investigador debe poder recrear la atmósfera espiritual, los pensamientos, los sentimientos, los motivos y las razones de quienes constituyen su objeto de estudio; obviamente, lograr esto requiere compartir con ellos un modo de vida⁴⁹⁷. Para WEBER, las acciones de los hombres están orientadas por una serie de *finés* o *valores* que seguramente serán imposibles de entender con total certeza, aunque en algunos casos puede captarse su significado de un modo intelectual. No obstante, la divergencia en los valores últimos dificultará la comprensión mediante un ejercicio de imaginación empática⁴⁹⁸, que supone contar con la capacidad de observar el mundo desde cierta perspectiva. Esta idea es capturada por la famosa frase «no es necesario ser César para comprender a César»⁴⁹⁹.

Todo esto puede sintetizarse afirmando que para comprender una práctica es necesario que el intérprete descubra el significado de los datos del comportamiento que registra. Solo así habrá tratado estos datos como *hechos sociales*.⁵⁰⁰ El éxito de esta empresa depende de que el teórico comparta el esquema conceptual de los participantes, o que pueda tender un puente entre su propio esquema y el de aquellos. En ningún caso se presupone que deba adherir a los valores expresados en la práctica. Por ejemplo, alguien interesado en comprender una práctica religiosa no tiene por qué suscribir los valores que allí se sustentan, pero probablemente no pueda comprenderla si no logra captar lo que significa adoptar una religión. Solo se requiere contar con una red común o similar de conceptos, no adherir a los valores que subyacen en la práctica que se estudia.

Este tema preocupa primordialmente a los teóricos interesados por comprender otras sociedades. Para que la comprensión fuese imposible la divergencia entre los esquemas conceptuales debería ser tan grande que difícilmente podría sostenerse una concepción unívoca de la naturaleza humana. A primera vista, no parece ser el caso que en las diferentes culturas las personas sean esencialmente distintas. De todas maneras, no es necesario tomar par-

⁴⁹⁷ VON WRIGHT, 1971: 6 y 29.

⁴⁹⁸ WEBER, 1922: 13.

⁴⁹⁹ WEBER, 1922: 12.

⁵⁰⁰ VON WRIGHT, 1971: 28.

tido en este debate, ya que las prácticas que pretendo explicar se articulan sobre la base de un mismo esquema conceptual. Todos los sistemas de responsabilidad extracontractual que constituyen mi objeto de estudio cuentan con nociones como culpa, daño, riesgo, responsabilidad, indemnización, deber, etcétera. En todos estos sistemas el razonamiento práctico que lleva a un juicio de responsabilidad se nutre de consideraciones similares, aun cuando sus principios sustantivos difieran en alguna medida.

La razón por la que estas precisiones son importantes para nuestros fines es que el análisis de los esquemas conceptuales, al cual es posible acceder estudiando el lenguaje de los participantes, es fundamental para la comprensión de la práctica. En gran parte, comprender una práctica jurídica consiste en identificar los conceptos que figuran en el discurso práctico de los participantes, analizar su contenido y la manera en que están relacionados. Para ello, sostienen algunos autores, debe prestarse atención al rol que desempeñan estos conceptos en la organización del pensamiento de los individuos. Me referiré al análisis conceptual con más detalle en el apartado 6.

Resumiendo, en los párrafos anteriores intenté mostrar que el paradigma de investigación de las ciencias sociales se ha ampliado con la aceptación del modelo humanista. Las ciencias naturales siguen ejerciendo influencia, en algunos campos más que en otros, como es el caso de la economía. Algunos de los criterios vinculados con el estatus científico de las teorías se han mantenido inalterados, por ejemplo, los relacionados con los valores epistémicos. La comunidad científica reconoce que la consistencia, la amplitud, la elegancia y simplicidad, la compatibilidad con los conocimientos previos, etcétera, son atributos de una buena teoría, más allá del enfoque metodológico sustentado. Sin embargo, lo que ha cambiado fundamentalmente es el objetivo de la ciencia. En otras palabras, una parte relevante de la comunidad científica ha llegado a considerar que de todos los aspectos que podrían estudiarse de un fenómeno social el interpretativo es el más interesante, al menos en algunas disciplinas entre las cuales se encuentra el derecho. Así, en la filosofía jurídica estos enfoques se han popularizado bajo el rótulo de «punto de vista externo», para el método naturalista, y «punto de vista interno», para el método humanista. Herbert HART es quien con mayor contundencia expuso la necesidad de tomar en consideración el punto de vista interno a fin de hacer inteligibles las prácticas jurídicas.

Volvamos ahora a las razones por las que considero que el debate entre el formalismo y el instrumentalismo es más perjudicial que beneficioso para el esclarecimiento de la metodología de estudio adecuada. Lo primero que debería hacerse es clasificar a ambas metodologías dentro de alguna de las dos categorías analizadas en este apartado. Dije anteriormente que el formalismo solo puede ser entendido como un tipo particular de análisis conceptual. Evidentemente, los formalistas no se preocupan por las convenciones vi-

gentes, por lo que es difícil considerar que su explicación es interna. Recuérdese que para WEINRIB las características centrales del derecho privado incluyen una vinculación directa entre el actor y el demandado en dos planos distintos. A nivel institucional están vinculados por el litigio y la decisión judicial, mientras que a nivel doctrinal por la causalidad y los demás conceptos relacionados con la correlatividad entre el derecho de la víctima y la obligación del agente dañador. Si estos vínculos entre el actor y el demandado estuviesen sistemáticamente ausentes, el derecho privado dejaría de existir⁵⁰¹. Un modo caritativo de interpretar estas ideas es sosteniendo que si la estructura bilateral fuese suprimida por los legisladores el derecho privado dejaría de ser como es. Pero en todo caso, si el formalismo está preocupado por la coherencia y la racionalidad de la estructura justificatoria que integra el derecho de daños, la pregunta sería la siguiente: ¿desde qué punto de vista deben evaluarse la coherencia y la racionalidad? Un esquema no puede ser coherente en abstracto, debe serlo para una perspectiva dada. Esta perspectiva, creo, es la del participante de la práctica que razona en términos de acciones incorrectas, causalidad y daño. Por esta razón, WEINRIB los toma como conceptos centrales, porque son empleados en una práctica. Así, el formalismo es de hecho una explicación interna, que enfatiza el valor del análisis conceptual a fin de hacer inteligible la práctica, aunque no reconozca la contingencia del contenido de los conceptos que toma como centrales y la manera en que están relacionados entre sí. En efecto, WEINRIB llega a sostener que una concepción de la responsabilidad extracontractual que concediese al actor un derecho a ser indemnizado por el demandado sin que medie una acción incorrecta por parte de este último sería una «monstruosidad conceptual», producida por la separación de aspectos que, en esta relación, solo tienen significado cuando están combinados⁵⁰².

Por su parte, los autores que sostienen una concepción instrumentalista del derecho ofrecen explicaciones tanto internas como externas, dependiendo del caso. Por ejemplo, George PRIEST publicó en la década del 70 un importante trabajo cuya tesis fundamental es que el *Common Law* contiene en su mayoría normas eficientes, porque las reglas del derecho procesal generan a largo plazo una depuración mecánica de las reglas ineficientes. Esta tendencia es independiente de las preferencias de los jueces. Incluso si los jueces se empeñasen en lograr resultados ineficientes, el mismo sistema se encargaría de que las normas ineficientes sean eliminadas⁵⁰³. Explicaré el modelo elaborado por PRIEST en el apartado 8. Por ahora solo quiero señalar que este tipo de análisis es lo que se denomina «funcional» y prescinde totalmente del punto de vista interno. Evidentemente, esta forma de análisis funcional, aun cuando asuma una concepción del derecho instrumentalista, no está en conflicto con el formalismo. No hay nada en las tesis del análisis funcional

⁵⁰¹ WEINRIB, 1995: 28.

⁵⁰² WEINRIB, 1988: 969.

⁵⁰³ PRIEST, 1977.

que niegue lo que WEINRIB sostiene sobre los conceptos fundamentales de la responsabilidad extracontractual... esta discusión es simplemente irrelevante para quien se interesa por una explicación externa, apoyada en relaciones causales o en funciones. Lo único que WEINRIB podría decir a un análisis como el de PRIEST es que no da cuenta de lo que hay que explicar, pero en la medida en que el análisis no pretende ser una explicación interna, a nadie puede criticársele seleccionar una parte del fenómeno para su estudio y no otro. Es decir, no hay duda de que la responsabilidad extracontractual causa ciertos efectos objetivamente mensurables (compensación, algún grado de disuasión, algo de dispersión, etcétera). Tampoco hay duda de que la práctica del derecho de daños expresa ciertas relaciones conceptuales y ciertos valores. Seleccionar para el análisis lo primero antes que lo segundo no puede nunca constituir un defecto epistemológico. El defecto existiría, y la crítica estaría justificada, si un tipo de explicación externa se presentase como explicación interna. Pero esto no ocurre en el caso del análisis funcional.

Por esta razón, el debate entre formalistas e instrumentalistas es en muchas ocasiones un debate fallido. La única parte del debate que tiene sentido es la que se desarrolla con aquellos instrumentalistas que sí pretenden dar cuenta del punto de vista interno y defienden una explicación económica. En la primera parte de este trabajo he negado que el AED pueda brindar una explicación interna. Más allá de esto, debe quedar claro que la discusión puede ser mejor organizada si en primer lugar se explicitan los presupuestos epistemológicos de las teorías rivales. En este sentido, la distinción entre teorías externas y teorías internas es el punto de partida.

Ahora, finalmente, puede apreciarse por qué la metodología propuesta por COLEMAN en *Risks and Wrongs* tampoco resulta apropiada. Recuérdese que COLEMAN identifica al instrumentalismo con las teorías descendentes. Estas teorías se articulan a partir de un contrafáctico respecto de los principios que los participantes aceptarían reflexivamente, al menos aquellos participantes que adoptan el punto de vista interno. Una vez que el principio es seleccionado, se observa la práctica y se la intenta reconstruir de modo plausible. El problema más importante que debe resolver el teórico es la determinación de qué principios serían aceptados reflexivamente. No es una cuestión menor que el punto de partida sea alguna clase de contrafáctico y no la práctica misma. En estas condiciones, la ausencia de criterios evaluativos para determinar lo que los participantes aceptarían resulta ser un defecto fatal para la comprensión neutral del fenómeno.

De esta manera, una vez que COLEMAN reconstruye al instrumentalismo como una teoría descendente, por supuesto, carecerá de poder explicativo. Sin embargo, la cuestión es si el instrumentalismo debe necesariamente originar una teoría descendente. ¿No podría tratarse de una teoría explicativa que toma en consideración el punto de vista de los participantes? Si el análi-

sis del razonamiento práctico de los participantes nos indica que ellos conciben al derecho como un instrumento para lograr ciertos fines, no veo razón para descartar de antemano toda interpretación instrumentalista de la práctica. Para decirlo de otro modo, una teoría de nivel medio, como la que COLEMAN intenta ofrecer, también podría tener por resultado una visión instrumentalista del derecho de daños. El punto de vista interno podría indicarnos que los participantes interpretan su propia práctica como instrumental a ciertos fines morales o económicos. En la Segunda Parte he procurado describir este punto de vista interno.

Pero más allá de que las razones por la cuales COLEMAN critica a las teorías descendentes, debe analizarse si su metodología es apropiada. En mi opinión COLEMAN no pretende describir el punto de vista interno sino que lo adopta. Hacia el final de su libro, explícitamente reconoce estar ofreciendo lo que DWORKIN denominó una *interpretación constructiva* de la práctica. Ella consiste en identificar el propósito que le da sentido y la expone a su mejor luz, que hace de ella lo mejor que puede ser⁵⁰⁴. Una interpretación de este tipo no se basa en una mera descripción de la práctica sino en una evaluación de lo que la haría valiosa. La responsabilidad extracontractual es usualmente valorada por distintas razones. Algunos valoran sus efectos compensatorios, otros sus efectos disuasorios y aun otros los incentivos que genera para que los individuos se comporten diligentemente; COLEMAN parece valorar que impone las pérdidas injustas a quienes son responsables por ellas. La justicia distributiva, la eficiencia y la justicia correctiva son todos propósitos que harían en alguna medida que la práctica fuese valiosa. La opción por uno de ellos es necesariamente normativa. Siendo ello así, las críticas a las teorías descendentes ya no son tan convincentes, porque la teoría de nivel medio, tal como fue elaborada por COLEMAN, también exige discernir qué principios harían que la práctica fuese valiosa, y determinar esto no parece distinto de especular qué principios serían aceptados reflexivamente por los participantes que adoptan el punto de vista interno. Pero al margen de esto último, creo que la afirmación de que la justicia correctiva y la justicia distributiva explican la responsabilidad extracontractual no se basa más que en un análisis neutral del discurso de los participantes. En este sentido, la metodología de *Risks and Wrongs* no permite distinguir nítidamente entre la comprensión y la justificación. En cambio, como se verá más adelante, la metodología que COLEMAN emplea en *The Practice of Principle* no es muy distinta de lo que HART se proponía al describir el punto de vista interno.

⁵⁰⁴ COLEMAN, 1992: 362. Sobre la interpretación constructiva, véase DWORKIN, 1986: 52.

4-La comprensión de las prácticas jurídicas

4.1-De las prácticas jurídicas en general

Es justo considerar que Herbert HART inauguró una tradición positivista explícitamente interesada en comprender el fenómeno jurídico desde la perspectiva de sus participantes. Así, sostuvo la necesidad de apelar al punto de vista interno a fin de hacer inteligibles las prácticas jurídicas. Antes que él, KELSEN había sugerido que las normas jurídicas funcionan como un esquema de explicitación conceptual⁵⁰⁵, es decir, que otorgan significado a los hechos sociales pero, según algunas interpretaciones, esto es así siempre que se las considere desde un determinado punto de vista⁵⁰⁶. No obstante, creo que fue Alf ROSS quien expuso por primera vez las limitaciones de un modelo puramente conductista, e indicó la necesidad de incorporar también elementos psicologistas.

Imaginemos ahora un teórico del derecho conductista que llega a una comunidad que le era desconocida para desarrollar su investigación. Como jurista, está principalmente interesado en descubrir cuáles son los estándares de conducta que rigen en esa sociedad. Su observación al comienzo es aleatoria. Observa y toma nota de distintos eventos, pero no obtiene ningún resultado satisfactorio. Por fortuna, un buen día descubre un poste con tres luces situado en la intersección de las dos avenidas principales del pueblo. Al cabo de unas horas puede advertir que los conductores se detienen invariablemente cuando la luz cambia a rojo. He aquí el primer resultado de su investigación: que la luz esté roja significa obligatorio detener la marcha. Aun no sabe qué ocurre con la luz verde: ¿es facultativo u obligatorio avanzar?

⁵⁰⁵ Los hechos del mundo, en cuanto a acontecimientos que se producen en un tiempo y en un lugar, son solo un «trozo de la naturaleza» y no constituyen el objeto de estudio de la ciencia jurídica. Lo que hace que un hecho sea de interés para el jurista es su significación objetiva, que depende de que una norma se refiera a él en su contenido. Para expresarlo con un ejemplo del propio KELSEN, que un acto sea la ejecución de una pena de muerte, conforme a derecho, o un homicidio, no depende de ninguna propiedad natural del acto, sino del significado que ese acto tenga luego de su confrontación con las normas del sistema jurídico. Véase KELSEN, 1960: 17-18.

⁵⁰⁶ Según RAZ, uno de los méritos de KELSEN es haber señalado que la ciencia del derecho adopta el punto de vista del hombre jurídico (*legal man*); este es un hombre hipotético que acepta la obligatoriedad de las normas jurídicas. El teórico, a diferencia del hombre jurídico, no se compromete con aceptar él mismo las normas. La adopción de este punto de vista es lo que permite formular enunciados de validez sin expresar a la vez un juicio comprometido con la normatividad del derecho, algo que para el participante de la práctica, *qua* participante, es ineludible. Enunciados del tipo «debes cumplir el contrato que has celebrado» asumen la validez (la obligatoriedad) de la regla *pacta sunt servanda*. El teórico puede adoptar el mismo punto de vista, sin aceptar personalmente la normatividad de la regla *pacta sunt servanda*, y por ello puede decir a quien ha firmado un contrato que, según esta regla, debe cumplirlo. Véase RAZ, 1979: 140-141 y 156-157.

Hasta el momento, la esquina del semáforo resultó ser el mejor lugar para desarrollar su investigación, así que continúa yendo día tras día, intentado descubrir cuál es el contenido deóntico de la luz verde. No obstante, sin proponérselo ha notado otra regularidad en la conducta de los ciudadanos. Cada vez que llueve, los individuos se cobijan bajo los techos o salen a la calle con un paraguas. El jurista anota en su libreta: prohibido mojarse.

Este absurdo relato, análogo al del científico naturalista del punto anterior, muestra la importancia de apelar a un elemento psicológico para acceder a la realidad jurídica. Alf ROSS expresa esta idea analizando el juego del ajedrez desde el punto de vista externo, y dice: «Incluso, después de haber observado mil partidas sería siempre posible creer que es contrario a las reglas abrir el juego con el peón torre. (...) El problema es descubrir qué reglas son efectivamente vividas (*felt*) por los jugadores como socialmente obligatorias (...). Pero, para decidir si las reglas seguidas son algo más que meros usos consuetudinarios o pautas motivadas por razones técnicas, es necesario preguntar a los jugadores por qué reglas se sienten ligados»⁵⁰⁷.

Pese a todo, esto no supone un verdadero avance respecto de las teorías imperativistas del derecho que, como la de AUSTIN⁵⁰⁸, identifican a las normas jurídicas con órdenes del soberano respaldadas por amenazas, generalmente obedecidas por los súbditos. Esto es así porque el sentimiento de obligatoriedad del que habla ROSS puede ser solo un mecanismo heurístico para identificar al soberano. La incorporación de elementos psicologistas, por consiguiente, no implica todavía que la tarea del teórico sea de *comprensión* en el sentido humanista.

HART cuestiona que este modelo sea útil para explicar el derecho porque no da cuenta de que la práctica jurídica es normativa. Las normas no son solo órdenes respaldadas por amenazas que los individuos obedecen por temor a la sanción. Los individuos emplean las normas para guiar su propia conducta y para criticar a quienes desobedecen. Las normas son vistas por los participantes como una razón para la acción, no como una orden cuyo incumplimiento acarrea consecuencias negativas. La consideración del punto de vista interno revela esta característica de las prácticas jurídicas.

El punto de vista interno consiste en aceptar las reglas, en desarrollar una actitud crítica reflexiva hacia un determinado patrón de conducta⁵⁰⁹. Las reglas sociales tienen dos aspectos: uno externo y otro interno. El primero está dado por la convergencia social de una determinada conducta. El segundo, consiste en la aceptación del patrón por considerar que se adecua a

⁵⁰⁷ ROSS, 1958: 38.

⁵⁰⁸ AUSTIN, 1863.

⁵⁰⁹ HART, 1994: 57.

un estándar público legítimo o justificado⁵¹⁰. Los hábitos sociales se diferencian de las reglas por la ausencia del aspecto interno en los primeros. Ir al cine cuando llueve o pelar las patatas de la misma manera pueden constituir ejemplos de hábitos sociales, pero no de reglas. Para que fuesen reglas, los individuos deberían considerar que la desviación del patrón es una buena razón para formular una crítica, por lo que quienes critican no son a su vez criticados⁵¹¹.

Alrededor de las reglas sociales, además, se desarrolla un lenguaje normativo, necesario para proferir las críticas. Expresiones como «correcto», «incorrecto», «tú debes» o «no debes» son propias de quienes adoptan el punto de vista interno. Reflejan un compromiso con las reglas cuya consideración resulta esencial para comprender el derecho. Por ello, afirma HART, las explicaciones que apelan al modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas y habitualmente obedecidas distorsionan la manera en las que se habla de las reglas, se piensa acerca de ellas y se las utiliza en la vida social⁵¹².

Es importante advertir que los juicios críticos realizados desde el punto de vista interno son netamente normativos. Por ello, debe quedar claro que el teórico no puede asumir esta posición. Los enunciados del teórico deben ser descriptivos del punto de vista interno, es decir, deben dejar constancia de que en una comunidad algunos individuos, al menos, adoptan el punto de vista interno respecto de una o más reglas sociales. Es cierto que para poder hacer esto, el teórico debe aproximarse a la posición del participante, aunque esto no implica aceptar el derecho, ni compartir o avalar el punto de vista que está describiendo⁵¹³.

HART se encarga de distinguir los aspectos externo e interno de las reglas sociales, por una parte, y el punto de vista externo e interno, por la otra. El aspecto interno es lo que diferencia las reglas sociales de los meros hábitos, consistentes en una conducta convergente que no involucra juicios críticos de ninguna clase. El punto de vista interno, en cambio, es una actitud práctica que expresa un compromiso con la regla como estándar de conducta. Ello implica emplearla como guía y como criterio para evaluar las acciones de los demás. Desde este punto de vista solo pueden formularse enunciados internos, comprometidos, que naturalmente son normativos. El punto de vista externo, por su parte, es el de quien no acepta la regla social como estándar de conducta. Es el punto de vista del teórico que pretende describir la práctica en lugar de participar en ella. Pero adoptar un punto de vista externo no supone necesariamente limitarse a registrar o describir regularidades de conductas, ya que desde este punto de vista también puede

⁵¹⁰ HART, 1994: 56.

⁵¹¹ Véase MACDONALD y PETTIT, 1981: 112.

⁵¹² HART, 1994: 80.

⁵¹³ HART, 1994: 242.

describirse el hecho de que *otros aceptan* ciertas reglas como pauta de comportamiento, y por ello realizan juicios críticos ante las desviaciones. Se trata de enunciados acerca de las creencias y las actitudes que otras personas tienen respecto de las reglas.

El teórico que asume el punto de vista externo, entonces, puede formular enunciados externos que solo se refieren a regularidades de conducta, o enunciados externos que toman en cuenta el punto de vista interno. Para HART, quien formula enunciados externos sobre regularidades adopta un «punto de vista externo extremo», pero quien en sus enunciados toma en cuenta el punto de vista interno adopta un «punto de vista externo moderado». La diferencia entre el punto de vista externo moderado y el punto de vista interno tiene que ver con la fuerza de los enunciados que se formulan desde cada lugar. Afirmar desde el punto de vista interno que «Jordi debe pagar impuestos» implica sostener la creencia de que Jordi tiene una razón para pagar impuestos, implica aprobar la acción de Jordi de pagar impuestos y criticar la contraria. En cambio, el punto de vista externo moderado solo consiste en describir un determinado punto de vista, el del participante de la práctica que se está estudiando, según el cual Jordi tiene el deber de pagar impuestos. Esto no supone adherir o aprobar este punto de vista. De hecho, uno puede desaprobado un determinado sistema jurídico, por ejemplo, por considerarlo injusto, pero reconocer a la vez que sus participantes tienen ciertos deberes según ese sistema. A diferencia del punto de vista externo moderado, el punto de vista externo extremo no da cuenta de la manera en la que los miembros del grupo que aceptan las reglas entienden su propia conducta; su descripción de la vida del grupo no puede ser en términos de reglas, en absoluto, ni tampoco en términos dependientes de las reglas, como obligación o derecho⁵¹⁴.

La preocupación de HART por los términos normativos, por intentar elaborar una teoría que refleje, entre otras cosas, que el fenómeno jurídico consiste en deberes y derechos, lleva a algunos autores a preguntarse por la relación entre el punto de vista interno y la normatividad del derecho. Se ha sostenido que la explicación de HART es una pseudo explicación del derecho, ya que en realidad no puede dar cuenta de su normatividad. Es decir, ¿cómo puede el hecho de que un grupo de individuos acepten ciertas reglas como pauta de conducta crear *deberes* o *razones para la acción*?⁵¹⁵ El punto de vista interno no puede explicar la normatividad sin dar el salto prohibido en la filosofía analítica entre el ser y el deber ser.

No obstante esta línea crítica está equivocada. El punto de vista interno no pretende dar cuenta de cómo se generan verdaderas razones para la acción. Se trata únicamente de una condición de existencia de las reglas sociales. Una

⁵¹⁴ Para la definición de los distintos tipos de enunciados, véase HART, 1994: 89.

⁵¹⁵ Véase esta crítica en DWORKIN, 1978: 48-58.

regla social existe cuando algunos individuos desarrollan esta actitud crítica hacia el patrón de comportamiento especificado en la regla. Dicho de otro modo, una regla social existe cuando los individuos la acepan, y por esto debe entenderse que, por algún motivo, la incluyen como premisa de su razonamiento práctico⁵¹⁶. De esta manera, puede afirmarse que HART no pretende dar cuenta de la normatividad sino de que el derecho es una práctica social normativa, que en los términos que estoy empleando es algo muy distinto. Cualquier respuesta a la pregunta sobre cómo el derecho genera razones para la acción estará articulada desde el punto de vista interno, de quien acepta el derecho. Una respuesta a esta pregunta solo puede ofrecerse embarcándose en una tarea justificatoria, propia de la filosofía política, no de la teoría del derecho. El propósito de HART, en cambio, es señalar que el derecho es una práctica normativa, en el sentido de que sus participantes tratan a ciertas reglas como razones para la acción, pero puede que estas reglas no constituyan razones de ningún tipo. Esto significa que la creencia de la comunidad de que ciertas reglas son razones para la acción puede ser injustificada. Como señala SHAPIRO, el punto de vista interno hace que la forma de pensar y el discurso de los actores jurídicos sean comprensibles; no explica la moralidad o la racionalidad de la actividad jurídica, sino que la hace inteligible⁵¹⁷.

Otra línea crítica, que considero acertada, apunta a que las condiciones de existencia de las reglas sociales que enumera HART son sobreincluyentes. Recuérdese que para HART una regla social existe cuando los individuos se comportan de un determinado modo, las desviaciones del patrón de conducta son criticadas mediante el uso de un lenguaje normativo y estas críticas no generan ulteriores críticas hacia quienes las realizan, es decir, quienes critican no son a su vez criticados por ello. Según RAZ, esta caracterización no permite distinguir entre dos tipos de prácticas bien diferentes: la práctica de actuar por razones generales y la práctica de actuar siguiendo reglas.

No siempre que se actúa por razones generales se actúa guiado por una regla⁵¹⁸. Piense en un partido de fútbol. Un espectador que concurre al campo podrá notar que cuando un jugador distinto del arquero toca el balón con la mano el árbitro sanciona una falta y otorga un tiro libre al equipo contrario. Cualquier desviación de este patrón de conducta genera fuertes críticas. Asimismo, podrá observar que cuando un defensor se encuentra presionado cerca del área siempre rechaza el balón hacia fuera, o intenta salir jugando

⁵¹⁶ Sobre esto puede consultarse REDONDO, 1996. Esta autora sostiene que aceptante de una regla es quien decide adoptarla como razón justificativa para la acción (p. 204). Esta actitud puede ser explicada por el «deseo de continuar la práctica, la disposición a imitar conductas, la creencia en la corrección moral o la presencia de intereses estratégicos» (p. 201).

⁵¹⁷ SHAPIRO, 2006: 1166.

⁵¹⁸ RAZ, 1990: 55.

por la banda, pero nunca rechaza el balón hacia dentro del área. En este caso, las desviaciones del patrón también generan críticas. Sin embargo, aunque existe una regla que ordena sancionar un tiro libre cuando algún jugador distinto del arquero toca el balón con la mano, no existe ninguna regla que disponga que los defensores deban rechazar el balón hacia fuera del área⁵¹⁹. En ambos casos existe un patrón de conducta (aspecto externo) y críticas ante la desviación (aspecto interno), pero solo en el primer caso los participantes están siendo guiados por una regla. En el segundo caso los individuos obran siguiendo lo que SHAPIRO denomina un *juicio normativo generalizado*. Estos juicios no son más que buenas razones para, en general, llevar adelante ciertos cursos de acción. Una diferencia fundamental entre las reglas y los juicios normativos generalizados es que las primeras serían razones independientes de su contenido, mientras que los segundos no. Los juicios normativos generalizados obtienen su fuerza directamente de su contenido⁵²⁰.

RAZ ha propuesto comprender esta distinción en términos de razones de segundo orden. Las razones de segundo orden son razones para actuar por una razón o para abstenerse de actuar por una razón. Cuando uno afirma que existe una regla social según la cual x debe hacer Φ en las circunstancias C , está afirmando que x tiene una razón de primer orden para hacer Φ y una razón de segundo orden para abstenerse de actuar por otras razones de primer orden que sean aplicables al caso. RAZ llama *razones excluyentes* a las razones de segundo orden de este tipo⁵²¹. Ahora puede comprenderse que la práctica de estar guiado por reglas incluye como rasgo conceptual que los individuos las interpreten como razones excluyentes. Por ello, el árbitro en el partido de fútbol no evaluará los méritos sustantivos, o el peso, de las razones que tiene para no sancionar la falta cuando un jugador distinto del arquero toca el balón con la mano. La regla en este caso funciona como una razón para no obrar por otras razones. El árbitro podría tener razones para no sancionar la falta, como querer beneficiar al equipo infractor para evitar que descienda de categoría, pero si su conducta está siendo guiada por las reglas del fútbol, entonces, descartará todas las razones de primer orden que aconsejan cursos de acción distintos de los prescriptos en el reglamento. En cambio, el defensor que regularmente sale jugando por la banda o rechaza el balón hacia fuera del área no sigue una regla porque siempre deja abierta la posibilidad de evaluar los méritos sustantivos de otras razones que recomiendan acciones alternativas. Él no experimenta el juicio normativo como una regla, ni tampoco el resto de los participantes de la práctica. Si estando presionado por la banda izquierda se encontrase sin posibilidad de salir jugando y viese que en el centro del área no hay ningún jugador del equipo contrario podría juzgar que es una buena idea realizar un pase al arquero. Los méritos sustantivos de otras razones aplicables al caso deciden la cuestión,

⁵¹⁹ El ejemplo original, referido al cricket, está tomado de WARNOCK, 1971: 45-46.

⁵²⁰ SHAPIRO, 2001: 176.

⁵²¹ RAZ, 1990: 39.

aunque en muchas ocasiones los individuos obren automáticamente con base en un juicio normativo generalizado.

Más allá de que uno acepte la idea de reglas como razones excluyentes, lo cierto es que la noción de práctica de HART resulta demasiado amplia para ser una caracterización adecuada de las reglas sociales. Los dos fenómenos descritos en los párrafos anteriores son categorialmente distintos. Uno describe la práctica de seguir una regla y el otro la práctica de obrar por lo que en general son buenas razones públicamente reconocidas. La comprensión de una práctica jurídica seguramente no puede prescindir de las reglas del sistema que la regula. Pero mi idea es que puede enriquecerse sustancialmente si también se toman en cuenta los juicios normativos generalizados y los conceptos adicionales que se generan en torno a ella. La relevancia de esta distinción estaría justamente en que las reglas y los juicios normativos generalizados aportan cosas distintas a la tarea de comprensión social. Para seguir con el ejemplo del fútbol, la comprensión de este deporte no puede limitarse al conocimiento y análisis del reglamento oficial. La identificación de la práctica seguramente puede realizarse atendiendo a estas reglas, pero cuando tomamos en cuenta los juicios normativos generalizados entendemos muchos otros aspectos del juego y su estrategia. Entendemos por qué el defensor casi siempre rechaza hacia fuera del área o sale jugando por la banda, por qué en un tiro libre la barrera cubre el palo más cercano y el arquero el palo más lejano a quien ejecuta el tiro, etcétera. Si prestamos atención a ciertos conceptos, como el concepto de medio campista o el de defensor podremos comprender mejor la estrategia; si además consideramos los conceptos de gambeta, chilena o rabona podremos comprender además la noción de juego bonito y podremos realizar evaluaciones sobre el fenómeno que antes nos eran imposibles. Esto mismo creo que es verdad de las prácticas jurídicas reguladas por cada una de las ramas del derecho.

4.2-De las distintas ramas del derecho

Si las condiciones que establece HART para la existencia de las reglas sociales son sobreincluyentes, es posible que existan prácticas que no estén basadas en reglas. Aunque es difícil imaginar ejemplos, creo que esto es conceptualmente posible. Aún así, la mayoría de las prácticas sociales que estudiamos tendrán un núcleo central conformado por un conjunto de reglas. Cuando se piensa en comprender tomando en consideración el punto de vista interno, se piensa principalmente en ese conjunto de reglas, en el modo en que los participantes las conciben, cómo hablan acerca de ellas y cómo las usan para criticar y guiar su propia conducta. Esta es la idea de HART en lo que se refiere a las prácticas jurídicas en general. Pero, ¿es posible que el punto interno sirva para algo más que esto? ¿Cuál es el rol de los juicios normativos generalizados en la comprensión de las prácticas sociales? Segu-

ramente es necesario considerar el punto de vista interno para acceder a los juicios normativos generalizados, pero ¿será de alguna utilidad hacerlo a los efectos de entender con mayor profundidad el fenómeno que se estudia? Creo que la comprensión de las distintas ramas del derecho exige tomar en cuenta algo más que el núcleo central de las reglas que conforman la práctica. Exige también prestar atención a los juicios normativos generalizados y a los conceptos adicionales que la propia práctica genera. Veamos por qué.

El modelo de comprensión humanista nos impone una concepción de los individuos según la cual, al menos la mayoría de ellos, no aceptan mecánicamente las reglas sino que tienen un propósito al hacerlo. Esto es una consecuencia de aceptar que las personas, a diferencia de los animales o los insectos, reflexionan sobre lo que hacen y albergan una autocomprensión de su propia conducta. No resulta posible trabajar con este enfoque y negar esto último. Por ello, la adopción de reglas siempre tendrá un propósito a la luz del cual podemos comprender mejor las prácticas sociales. Esto, no obstante, puede resultar controvertido. Expliqué más arriba que las razones que los individuos tienen para aceptar las reglas pueden ser de lo más variadas. Esto significa que algunos individuos podrían aceptar una regla por razones morales y otros podrían aceptarla por razones estratégicas. Si esto es así, ¿cómo puede identificarse un propósito compartido en la práctica? La adscripción de propósitos es una de las cuestiones más delicadas de la comprensión en las ciencias sociales. Más adelante diré algo más sobre esto. Por ahora, me basta afirmar que la adscripción de propósitos no tiene por qué ser arbitraria. La conducta humana es ininteligible sino es a través de propósitos, por ello la adscripción es ineludible. Una adscripción está teóricamente justificada si reconstruye racionalmente la práctica como una respuesta ante determinadas necesidades u objetivos sociales, y la imagen que presenta es tal que sería reconocida por los participantes como una descripción adecuada del fenómeno. Analicemos un ejemplo.

Imagine que entablamos una conversación con un juez en materia civil y le preguntamos qué es lo que hace cuando decide un caso de derecho de daños. El juez podría brindarnos muchas respuestas. Una de ellas, la peor para nuestro caso, sería la siguiente: «analizo el relato de las partes, me formo una opinión basado en mis ideales de justicia, tomo mi decisión, luego busco en la jurisprudencia anterior casos similares y transcribo los argumentos que allí se emplean para justificar mi decisión». Esta visión no está muy alejada de lo que muchos abogados y jueces creen de la actividad jurisdiccional, sin embargo, mostraré que no es una buena respuesta teórica. Hay ciertos hechos que este juez no podrá negar sobre su propia tarea. Por ejemplo, no podrá negar que en el caso se describe el acaecimiento de un accidente, que de este se derivan costes, y que su función como juez básicamente consiste en asignar con algún criterio esos costes. Es inevitable para el juez aceptar esta descripción, porque siempre será el caso que se satisfagan estos elementos. Aun

cuando él arroje una moneda al aire para tomar su decisión habrá asignado los costes del accidente con un criterio: la suerte⁵²².

Ahora bien, el juez compelido a aceptar esta descripción puede seguir siendo interrogado sobre una cuestión en particular: el criterio para asignar los costes. Uno podría preguntarle qué es lo que se ve a sí mismo realizando cuando toma la decisión que siente justa y luego busca argumentos en la jurisprudencia para sostenerla. El juez podría responder que, tal como leyó en un manual de derecho y economía, las consecuencias económicas de sus decisiones son algo relevante; ninguna decisión podría ser justa si implica un desperdicio de recursos; por ello, su tarea puede reconstruirse como un intento por minimizar los costes de los accidentes en el futuro, haciendo responsable al evitador más económico. Si el juez sostiene esta descripción como reconstrucción de su conducta, deberá explicar por qué al tomar la decisión que «siente justa» —es decir, la que asocia con resultados eficientes—, en lugar de intentar esclarecer quién podría haber evitado de modo más económico el accidente, cita una serie de doctrinas y normas que no guardan ninguna relación con la maximización de la riqueza. ¿Por qué no solicita pruebas sobre los costes de evitación y solo se limita a pedir a las partes aquellas pruebas que las normas vigentes imponen como relevantes? Aun peor, ¿por qué se limita al modelo bilateral, haciendo responsable solo a la víctima o al agente dañador? Como se mostró en el apartado IV.2.2 la minimización de los costes de los accidentes podría requerir hacer responsable a un tercero. A favor del argumento del AED, supongamos que la estructura bilateral es el modo más eficiente de reducir los costes de búsqueda que harían que carezca de sentido hacer responsable al verdadero evitador más económico. Pese a todo, el juez todavía debería explicar por qué emplea un lenguaje deóntico, que hace referencia a los derechos y deberes de las partes, para justificar una decisión tomada con un razonamiento consecuencialista. En definitiva, un juez que se ve a sí mismo intentando maximizar la riqueza pero decide sus casos de responsabilidad extracontractual respetando siempre la estructura bilateral, solicitando a las partes la prueba de hechos que no siempre tienen sentido desde el punto de vista económico o aceptando doctrinas que no llevan a resultados eficientes⁵²³, debería verse a sí mismo actuando irracionalmente.

⁵²² Esto no me comprometo con que existan descripciones objetivamente irrechazables. Solo presupone que, en el contexto de una práctica en particular, existen descripciones que difícilmente sus participantes pueden desafiar con sinceridad sin perder su capacidad de relacionarse adecuadamente con el resto de participantes.

⁵²³ Por ejemplo, nunca funcionaría como argumento para eximir de responsabilidad al agente dañador que la víctima realizaba su actividad a un nivel ineficiente, si la actividad que estaba realizando era pasear por el centro de la ciudad desde primera hora de la mañana hasta última hora de la noche. En casos como estos, el cálculo económico es irrelevante. No importa que su conducta haya sido realmente ineficiente, en la práctica

Por esta razón, creo que el juez, que nunca antes había reflexionado con profundidad sobre la naturaleza de su labor, estaría inclinado a rechazar esta descripción de su conducta y de sus propósitos. Por el contrario, creo que estaría más dispuesto a aceptar una descripción relacionada con la aplicación de la justicia correctiva. Este es el único modo en que podrá verse a sí mismo realizando acciones con sentido. Ahora es inteligible por qué emplea un lenguaje deóntico, por qué solicita las pruebas que establecen las normas civiles y por qué siempre se apega a la estructura bilateral. La adopción de la perspectiva humanista nos compromete a aceptar que esta adscripción es posible y que está teóricamente justificada⁵²⁴.

Volvamos ahora a la comprensión de las ramas del derecho. Según vengo sosteniendo, las prácticas jurídicas son inteligibles a la luz de sus propósitos y para ello es necesario tomar en cuenta el punto de vista interno. Sin embargo, HART se niega a hacer afirmaciones respecto del propósito de la práctica jurídica. De hecho, considera bastante inútil buscar un propósito más específico que el derecho vaya a servir más allá de brindar una guía para la conducta humana y estándares para criticar las conductas contrarias al patrón establecido por las reglas⁵²⁵. ¿Significa esto que HART es incapaz de ofrecer una buena explicación del derecho porque prescinde de los propósitos de los participantes? Por supuesto que no. Su teoría es general, por lo que no requiere atender a los propósitos de las ramas del derecho, solo debe presuponer que los individuos persiguen algún fin con las reglas que aceptan. Es decir, si uno desea comprender qué tienen en común el derecho civil, el derecho penal, el derecho tributario, el derecho administrativo, el derecho mercantil, el derecho contractual, el derecho de familia, el derecho procesal, etcétera, no podrá invocar ningún propósito distinto del que HART invoca: el establecimiento de estándares para guiar la conducta. Estos estándares pueden tener por objetivo resolver problemas de coordinación, implementar algún código moral o cualquier otro. Pero si uno desea comprender por qué los daños del derecho contractual tienen un tratamiento distinto de los que son clasificados como derecho extracontractual, los propósitos más específicos comienzan a ser relevantes para hacer inteligible la distinción. En efecto, el propio HART, al discutir el problema de la discreción judicial, reconoce que ciertos propósitos son identificables en una rama particular del derecho⁵²⁶. Aun cuando considerase que tales investigaciones carecen de sentido en una *teoría general*, ello no implica negar la existencia de un propósito acce-

hay acciones permitidas que están protegidas en el discurso práctico contra el análisis consecuencialista.

⁵²⁴ Este argumento no solo presupone que es posible comprender una práctica sin participar en ella, sino que en algunos casos los observadores externos pueden tener una comprensión superior a la de los propios agentes. Esto puede ocurrir si el teórico logra establecer vínculos conceptuales que no son transparentes para los participantes. Sobre esto último véase VON WRIGHT, 1985: 89-95.

⁵²⁵ HART, 1994: 248-249.

⁵²⁶ HART, 1994: 274.

sible al observador externo que pretende profundizar su comprensión de un campo específico de la práctica jurídica. El derecho es un instrumento para lograr una multiplicidad de fines, por ello una teoría general no puede ocuparse de ellos, salvo que se entienda que existe un propósito fundamental que da unidad a todas las ramas del ordenamiento. Creo que es bastante improbable que pueda demostrarse una tesis como esta. Si la implementación de la justicia correctiva fuese el propósito de la responsabilidad extracontractual bilateral, como creo que es plausible sostener, y la maximización de la riqueza fuese el propósito de la defensa de la competencia y la lealtad comercial, uno debería poder ligar estos dos principios en un nivel fundacional, y esto parece conceptualmente difícil de lograr. Por ello, juzgo acertada la posición de HART, en tanto una teoría general no necesita indagar en propósitos más específicos o particulares que la guía de conducta, pero ello no implica negar que el estudio de una rama del derecho uno deba preocuparse por los propósitos que es razonable adscribir a los participantes de la práctica.

Esta investigación sobre los propósitos podría llevarnos a pensar que la comprensión de las ramas del derecho deja de ser una tarea filosófica y se convierte en una tarea sociológica, ya que los propósitos u objetivos cambian de comunidad en comunidad. Para RAZ, la teoría del derecho, a diferencia de la sociología jurídica, debe formular enunciados verdaderos en todo sistema posible. Ello implica dejar de lado las funciones que cumplen algunos sistemas jurídicos por sus condiciones sociales, económicas y culturales. La teoría general del derecho debe centrarse en las características de todo sistema más allá de las circunstancias particulares⁵²⁷. Esta distinción creo que es correcta, aunque también creo que la adscripción de propósitos para interpretar las ramas del derecho sigue siendo una tarea filosófica y no sociológica. Al estudiar la estructura bilateral de la responsabilidad extracontractual, mi objeto de estudio no es un determinado sistema jurídico, sino todos aquellos que gestionen la compensación de daños por medio de una particular vinculación entre el agente dañador y la víctima. Allí donde el derecho de daños tenga una estructura bilateral pueden adscribirse algunos propósitos, como la implementación de la justicia correctiva, pero no otros, como la maximización de la riqueza. La primera adscripción está forzada por nuestra concepción de la persona y por el principio de caridad enunciado por DAVIDSON. Este principio, nos impide adscribir creencias falsas o irracionalidad a los individuos cuya práctica estamos interpretando⁵²⁸. Si se adscribe el propósito de maximización de la riqueza a quienes practican un derecho de daños bilateral, se viola el principio de caridad, porque un sistema de estas características es un instrumento inapropiado para conseguir ese objetivo, de lo cual resulta que se está adscribiendo a los individuos creencias falsas o irracionalidad.

⁵²⁷ RAZ, 1979: 104-105.

⁵²⁸ DAVIDSON, 1974: 19.

Una vez que se trabaja con una adscripción de propósitos, se puede observar que las prácticas son mucho más ricas que las reglas que la constituyen. Comprender el propósito de estas reglas es un primer paso, pero luego el propósito identificado puede ayudarnos a entender ciertos juicios normativos generalizados y ciertos conceptos adicionales que se forman colectivamente. En el ejemplo del fútbol, todos los participantes saben lo que es un medio campista o un defensor y cuál son sus posiciones naturales en el campo. Por ello, podemos comprender las críticas que se formulan a quien no ocupa correctamente su posición, aunque no haya ninguna regla en el fútbol que identifique las posiciones, ni que sancione el abandono de la posición. Sin la adscripción de un propósito resulta imposible captar el significado de las acciones de los jugadores y los espectadores en el campo de fútbol. Lo que significa cerrarse en el arco o jugar a contragolpe no está en el reglamento, pese a que constituyen nociones fundamentales para quien pretenda entender el juego. Estos conceptos adicionales llevan muchas veces una carga evaluativa o deóntica. Así, puede afirmarse que un *buen* arquero siempre cubre el segundo palo cuando la barrera está cubriendo el primero o que un defensor que se encuentra presionado cerca del área *debe* salir jugando por la banda o rechazar el balón hacia fuera. La evaluación y crítica que se realizan a partir de juicios normativos generalizados y los conceptos adicionales, a su vez, sirven al intérprete para precisar el propósito de la práctica que está analizando. No hay aquí un análisis estratificado. La práctica se presenta con toda su complejidad, incluyendo reglas, juicios normativos generalizados y un entramado conceptual relacionado con las reglas y los juicios. El teórico debe organizar la práctica distinguiendo cada cosa, y para ello debe analizar el discurso de los participantes. El único modo de distinguir una regla de un juicio normativo generalizado es observando qué lugar ocupa en el razonamiento práctico de los individuos, es decir, si operan como razones excluyentes o como razones *prima facie*.

Algunos teóricos positivistas, como KELSEN, pensaban que la distinción dogmática entre las diferentes ramas del derecho cumple una función exclusivamente ideológica, puesto que sirven para justificar normativamente una determinada concepción política⁵²⁹. De esta manera, una limitación de la autonomía de la voluntad es vista como injustificada si se trata de un asunto de derecho privado, como un contrato, pero no si se refiere al derecho penal. Dentro del derecho privado mismo, la clasificación de las normas en las categorías «derecho contractual» y «derecho de familia», solo es útil a los efectos de justificar una limitación de la autonomía de la voluntad mayor en este último caso, pero no en el primero. Las discusiones sobre la naturaleza jurídica de las cosas constituyen una clara evidencia de todo esto. Si un dogmá-

⁵²⁹ Véase KELSEN, 1960: 287-288. Para KELSEN la distinción dogmática entre el derecho público y el derecho privado solo tiene un fin ideológico. Pretende justificar una menor sujeción del Estado a las normas jurídicas debido a las necesidades que surgen de los objetivos políticos perseguidos.

tico discute la naturaleza jurídica del matrimonio y se empeña en «demostrar» que no se trata de un contrato, su pretensión puede ser vista como la justificación de una serie de contenidos –por ejemplo, la limitación de la autonomía de la voluntad en el matrimonio– antes que como una labor clasificatoria con fines teóricos. Ciertos contenidos normativos comienzan a apreciarse como «naturales» cuando la labor de los dogmáticos es exitosa, en el sentido de que logran establecer un conjunto de clasificaciones para abordar el estudio del derecho.

Creo que KELSEN estaba equivocado respecto de las clasificaciones tienen solo una función ideológica. Según el argumento que he desarrollado aquí, resulta claro que las divisiones del derecho en diferentes ramas pueden ser explicadas no como una mera justificación de ideologías sino como una clasificación que responde a necesidades epistémicas. Solo podemos comprender estas prácticas con profundidad si atendemos a los propósitos de sus participantes, y ello requiere analizar el lenguaje normativo que emplean y los conceptos que este lenguaje expresa. Si este análisis revela que los propósitos del derecho de familia son distintos de los propósitos del derecho contractual, entonces la división está justificada.

5-La neutralidad de la comprensión

Antes de seguir avanzando, corresponde tratar dos posibles objeciones que podrían socavar todo intento de comprensión neutral de una práctica jurídica. La primera se refiere a la caracterización del derecho de daños como bilateral. Usualmente se dice que la estructura bilateral captura lo central de la práctica, pero no se explicita con qué criterio se selecciona aquello que es central. Podría pensarse que estos criterios son normativos. Así, esta caracterización de la práctica que acentúa su bilateralidad, y no otros rasgos, implicaría una valoración sobre el recorte de la realidad. Seguramente en los distintos ordenamientos habrá particularidades que hemos dejado de lado al describirlos. Esto es relevante porque si la descripción que destaca como centrales los aspectos relacionados con la especial vinculación entre el agente dañador y la víctima está influida de antemano por la teoría de la justicia correctiva, la conclusión de que ella permite comprender el fenómeno mejor que cualquier otra teoría no sería en absoluto esclarecedora. Asimismo, aunque haya un acuerdo respecto de la caracterización de la práctica como bilateral, queda por explicar por qué una teoría que captura estos rasgos, que sin duda se consideran importantes, es mejor que una que no los captura pero explica otros aspectos del mismo fenómeno.

El segundo problema que debe enfrentar la comprensión es la adscripción de creencias a los participantes. La adscripción es inevitable en la tarea interpretativa, pero ¿cuándo es razonable adscribir ciertas creencias y no otras?

Algo dije al respecto en el apartado anterior. Aquí intentaré profundizar el argumento y extenderlo al problema de la adscripción de valoraciones. Cuando uno adscribe a los individuos una actitud de aceptación, guía de conducta o crítica, está adscribiendo una actitud valorativa. ¿Puede el teórico dejar de lado sus propias valoraciones al realizar esta adscripción? Las dos objeciones están relacionadas, pero no son mutuamente reductibles. La primera puede resumirse como una inquietud acerca del papel de las valoraciones del teórico al momento de describir la práctica que luego va a analizar. La segunda objeción tiene que ver con las valoraciones del teórico al adscribir creencias y valores a los individuos que participan de la práctica. La relación está en que la caracterización de lo central de la práctica se realiza por referencia a ciertas reglas, y la adscripción de creencias y actitudes de aceptación determina que estas reglas existan. Parecería entonces que se trata del mismo problema. Una vez resuelto el problema de qué creencias y actitudes es razonable adscribir a los participantes, lo central de la práctica queda también determinado. Sin embargo esto no es así. La práctica puede incluir muchas reglas, todas dependientes de las creencias y las actitudes de los participantes, pero la caracterización puede solo incluir *algunas* de ellas. Por ejemplo, ningún teórico incluye como un rasgo relevante de la práctica que el procedimiento para reclamar por daños sea por escrito, o ante un fuero especializado, que sea judicial o administrativo, etcétera. Dejar de lado estos aspectos de la práctica pero no otros, como su estructura bilateral, diría la crítica, son decisiones valorativas que el teórico debe realizar. En definitiva, el problema de la neutralidad consiste en responder la siguiente pregunta: ¿es posible describir la práctica y adscribir creencias y valores de un modo neutral?

5.1-La estructura bilateral de la responsabilidad extracontractual

Un argumento clásico en contra de la posibilidad de elaborar una teoría neutral tiene que ver con la idea marxista de que todos, incluso los teóricos, ocupamos una posición en la sociedad y tenemos ciertos intereses y prejuicios. La crítica consiste en señalar que estas disposiciones valorativas se trasladan al trabajo del teórico y lo conducen a conclusiones funcionales con la posición que ocupa⁵³⁰. Esta objeción puede ser entendida de dos maneras. Según la primera, los teóricos obran de mala fe intentando que las teorías que benefician sus intereses sean dominantes. Toda la investigación y el empeño argumentativo estarían dirigidos a defender una visión del mundo coincidente con la de la clase a la que pertenece el teórico. La segunda manera de comprender esta crítica enfatiza la relevancia del punto de vista desde el cual se observa el mundo. Esta lectura no presupone que la teoría sea un instrumento de dominación.

⁵³⁰ Véase MACDONALD y PETTIT, 1981: 153.

La primera versión de la crítica implica que la teorización que se presenta neutral es una tarea totalmente hipócrita, ya que siempre será la expresión de ciertos intereses y no puede haber neutralidad en ello. Nótese que desde esta perspectiva la discusión teórica es un sinsentido. Si todas las proposiciones teóricas pudiesen reducirse a la fórmula ‘responde a mis intereses que X’, no existirían genuinos desacuerdos, ya que las proposiciones ‘responde a mis intereses que la estructura del derecho de daños *sea* caracterizada como bilateral’ y ‘responde a mis intereses que la estructura del derecho de daños *no sea* caracterizada como bilateral’ pueden ser ambas verdaderas⁵³¹. Siendo esto así, las discusiones sobre la estructura del derecho de daños no se refieren al derecho de daños sino a los intereses de quienes discuten, y por ello no puede haber un verdadero desacuerdo entre ambos. Uno puede admitir que conviene a los intereses del otro una descripción alternativa, sin negar que los propios intereses se benefician con la descripción que se sostiene. En el mejor de los casos el desacuerdo podría ser político y referido a lo que es beneficioso para ambos, pero la solución a la que se arrije nunca puede ser neutral. Ahora bien, adviértase que según esta objeción todos los cambios de opinión que experimentan los teóricos importantes deben ser interpretados como un cambio en sus intereses de clase o como una toma de conciencia sobre cuáles son sus verdaderos intereses de clase. Esta objeción pasa por alto que en la práctica tenemos actitudes muy diferentes cuando nos involucramos en un debate político y cuando participamos de un debate teórico. Las reglas de la discusión en cada caso son distintas. Si ambos tipos de discursos fuesen idénticos, nuestra práctica carecería de sentido. Peor aun, luego de que esta objeción fuese presentada, el hecho de que las comunidades científicas continuasen debatiendo con pretensiones de neutralidad, convertiría a sus miembros en irracionales.

La segunda interpretación de la crítica enfatiza que la tarea del investigador está impregnada por los valores y las categorías conceptuales de la teoría con la que observa el mundo. Este es inaccesible sin la mediación del entramado conceptual de una teoría con la cual se analizan los fenómenos. Nuestras observaciones están sesgadas de inicio debido al recorte realizado por una de tantas teorías posibles. Así, quien describe al derecho de daños afirmando que exhibe una estructura bilateral lo hace porque tiene en mente la justicia correctiva. No obstante, podría responderse que en el caso de la responsabilidad extracontractual la caracterización de la práctica no es controvertida. Tanto los teóricos que sostienen que la eficiencia es el mejor criterio interpretativo de la práctica, como los que defienden que la justicia correctiva es el principio adecuado para analizar el derecho de daños, es decir, individuos que sostienen distintas teorías, realizan un mismo juicio de relevancia en sus

⁵³¹ Esto es así incluso cuando las proposiciones son sostenidas por un mismo individuo, ya que en este caso solo estaríamos ante un conflicto interno de intereses. A los efectos del presente argumento lo importante es que cuando son dos individuos distintos quienes sostienen estas proposiciones, no estamos ante un genuino desacuerdo.

observaciones: ambos consideran que la bilateralidad es un elemento central que debe ser explicado. Al menos en este caso no parece ser demasiado problemática la idea de que es imposible acceder al mundo sin un marco teórico. Pero, de todas maneras, debe recordarse que el argumento según el cual pueden existir individuos con categorías conceptuales tan distintas como para que la comprensión común, o la descripción relativamente coincidente, sean imposibles, aun debe ser probado. Al adoptar el principio de humanidad se admite que los individuos son esencialmente iguales en cuanto a sus categorías y su disposición al comportamiento racional⁵³². En este sentido, las observaciones de dos teóricos no pueden ser radicalmente diferentes sobre el mismo fenómeno sin que exista ningún modo de resolver esta controversia apelando a los criterios que rigen la investigación científica. Estos criterios son valorativos, por supuesto, aunque se trata de valores muy particulares, como se verá seguidamente.

Otra razón para rechazar esta objeción tiene que ver con que la denuncia de que en la ciencia siempre hay valoración supone admitir que la dicotomía hecho-valor tiene sentido. Son ciertos hechos los que se valoran⁵³³. La estructura bilateral, podría decirse, es un recorte valorativo de la realidad, ya que solo describe una parte de ella. En mi opinión, la verdad de esta afirmación depende de que se precise qué significa que las descripciones en general son recortes valorativos. ¿De qué tipo de valoración estamos hablando? Un tipo usual de valoración tiene lugar cuando uno evalúa moralmente una conducta, una regla o una institución. Otro tipo de valoración se relaciona con los criterios que regulan la investigación científica y la teorización. Estos criterios son denominados «valores epistémicos». Lo que yo niego es que la estructura bilateral sea un recorte de la realidad impregnado por una valoración moral. La descripción de que el derecho de daños es primordialmente bilateral o la afirmación de que la justicia correctiva constituye el conjunto de conceptos relacionados que permiten hacerlo inteligible, no depende de su plausibilidad normativa. Uno podría considerar que la justicia correctiva explica mejor la responsabilidad extracontractual y no compartir que además sea un criterio moral atractivo. Del mismo modo, uno podría sostener que la justicia retributiva explica los rasgos centrales del derecho penal y a la vez considerar que se trata de una concepción de la justicia repugnante. Por ello, tiene sentido luchar por la transformación del derecho penal. Cuando podemos caracterizarlo con independencia de nuestra valoración tiene sentido criticar aquello que no aprobamos moralmente del objeto de estudio.

Como afirma SOPER, parece obvio que la descripción es el punto de partida de todo análisis. Existe una práctica de describir las cosas, desde nuestra casa hasta la estructura de nuestro gobierno, y es por ello que podemos señalar

⁵³² MACDONALD y PETITT, 1981: 31-32.

⁵³³ TRIGG, 2001: 116.

aspectos de nuestra casa o de nuestro gobierno que nos desagradan⁵³⁴. La idea de que no podemos describir sin valorar priva de todo sentido a la distinción que hacemos cuando pedimos a alguien que nos describa una pintura, por ejemplo, y cuando le pedimos que nos dé su opinión sobre ella; del mismo modo, en un proceso judicial se pide al testigo que describa los hechos, no que los valore. Podría responderse a todo esto alegando que nuestras prácticas jurídicas son fallidas, pero en todo caso también lo serán todas nuestras prácticas lingüísticas que reconocen una diferencia entre describir y valorar los objetos.

Por supuesto, la selección de algunos aspectos de la práctica en las descripciones, y no de otros, supone una evaluación teórica respecto de qué fenómenos valen la pena estudiar. De aquí no debe inferirse que la descripción del objeto depende de una valoración moral⁵³⁵. Por el contrario, esta descripción depende de una valoración epistémica. Los valores epistémicos son aquellos desarrollados en el seno de la praxis científica, aquellos relacionados con el propósito de la ciencia: la obtención de la verdad. Estos valores especifican las condiciones que maximizan el logro de este objetivo. Al construir y elegir una teoría valoramos su simplicidad y elegancia, que produzca la mínima alteración de los marcos teóricos anteriores y los métodos bien asentados, su coherencia explicativa, su amplitud, es decir, la cantidad de fenómenos que explica en comparación con otras teorías, su adecuación con la prueba empírica, si corresponde, etcétera⁵³⁶.

¿Cómo pueden estos valores epistémicos determinar una descripción bilateral de la práctica del derecho de daños? No debe olvidarse que la comprensión del fenómeno jurídico parte de que el punto de vista interno es relevante. Para poder captar este punto de vista es necesario realizar ciertas adscripciones de creencias y actitudes. Pero antes, debemos analizar el discurso práctico de los participantes. Luego podremos discutir cuándo está justificado realizar ciertas adscripciones de creencias y actitudes a partir del modo en el que hablan y dicen que razonan. Por ahora, es suficiente con apuntar el hecho de que el discurso mismo prioriza ciertos rasgos de la práctica y casi ignora otros. Cualquier sentencia en un caso de responsabilidad extracontractual analizará la relación de causalidad entre la conducta del agente dañador y el daño que sufrió la víctima. Además, se discutirá algún factor de atribución, ya sea el riesgo o la culpa. Pero costará mucho encontrar una sentencia en la que los abogados de las partes, o el juez en su decisión, hagan referencia a características que consideramos totalmente accidentales, como que el procedimiento sea por escrito. Pueden llegar a discutirse cuestiones procesales, como los plazos de prescripción de la acción, aunque sería un error incluir como elemento central de la responsabilidad extracontractual este

⁵³⁴ SOPER, 2002: 29.

⁵³⁵ SOPER, 2002: 29, nota 21.

⁵³⁶ Sobre valoración moral y valores epistémicos véase LETTER, 2007: 168.

aspecto, ya que se trata de una regla general de todas las ramas del derecho. En todas ellas, el cumplimiento de un plazo de prescripción es suficiente para rechazar la demanda. En cambio, la relación de causalidad que vincula al agente dañador con la víctima, el daño y el factor de atribución son elementos propios del derecho de daños, y cumplen un rol fundamental en la justificación de las decisiones judiciales. Son rasgos fundamentales que no pueden dejar de describirse sin que los propios participantes se sientan perplejos ante una descripción del derecho de daños que prescindiera de ellos.

Si esto es correcto, deberá reconocerse que una teoría que describe al derecho de daños como bilateral tendrá mayor capacidad predictiva, respecto del contenido de las decisiones judiciales, que una teoría que toma como rasgo central que el procedimiento es por escrito. Por ello, también tendrá la capacidad de explicar una mayor cantidad de casos de responsabilidad extracontractual y de relacionar distintos fenómenos, como el modo en que los individuos hablan y razonan con el modo en que se resuelven las sentencias. La predicción, la coherencia, la capacidad de relacionar diferentes fenómenos y la amplitud de la teoría, entre otras cosas, son valores epistémicos. Y si estos nos conducen a una mejor teoría, debemos aceptar que la descripción de la práctica como bilateral rinde más frutos que otras alternativas.

Por último, me gustaría sugerir una vía argumental distinta de la que he desarrollado hasta aquí. Esta consiste en negar que sea relevante brindar una descripción de las características centrales de la responsabilidad extracontractual. En lugar de ello, uno podría limitarse a presentar una descripción no controvertida de una parte de la práctica y luego evaluar su capacidad de rendimiento. De este modo, uno no tiene por qué negar que existan otros aspectos relevantes que deban explicarse, aunque debería admitir que la explicación del fenómeno no es completa. Si uno adopta esta estrategia, la bilateralidad igualmente demuestra tener un gran potencial teórico. La mayoría de los casos de responsabilidad extracontractual responden a esta estructura. Uno tal vez tendría dificultades en explicar casos como los de responsabilidad por cuota de mercado, en los que la estructura bilateral queda totalmente desarticulada. Aunque esto no supone la falsación de la teoría. Una alternativa es considerar que se trata de una anomalía que no amerita por sí misma el abandono de un programa de investigación en general exitoso⁵³⁷. Otra posibilidad, es reconocer que la estructura bilateral no permite comprender casos como estos, pero que ello no implica ni siquiera una anomalía para la teoría. La bilateralidad no es el rasgo central ahora, sino que solo es un aspecto de la práctica, que puede ser comprendido de mejor manera en términos del principio de justicia correctiva. Esto no niega que otros aspectos de la práctica que no pueden ser comprendidos con esta teoría requieran ser explicados con algún otro principio como los que surgen de la justicia distributiva. Uno simplemente reconocería que la bilateralidad es un aspecto de la

⁵³⁷ LAKATOS, 1970: 100.

práctica, y que la responsabilidad por cuota de mercado es otro aspecto distinto. La justicia correctiva puede explicar el primer aspecto, pero no el segundo, que tal vez pueda ser explicado apelando a otros principios. Seguramente, el teórico tendrá la tentación de unificar su explicación mostrando que existe un criterio de demarcación entre la justicia correctiva y la justicia distributiva que hace racional la convivencia de ambos modos de ordenación social en el derecho de daños. La imposibilidad de reducir la explicación a un único principio fundamental no supondría todavía un gran problema, pero sí una debilidad ante otras teorías que sí puedan hacerlo.

5.2-La adscripción de creencias y valores

El problema de la adscripción de creencias y valores puede ser planteado de la siguiente manera. Si el teórico social debe hacer inteligibles las conductas en los propios términos de los individuos a quienes desea comprender, debe poder acceder a sus estados psicológicos. Este acceso no puede ser entendido en sentido empírico, sino más bien como una adscripción de creencias, deseos y actitudes. La acción humana se torna inteligible cuando se la interpreta en relación con la consecución de un determinado estado de cosas. Para ello, es necesario identificar el valor que estos estados tienen para los participantes. Hasta aquí no hay mayores inconvenientes, porque el teórico puede reconocer que los participantes tienen unos valores que él no comparte. La capacidad de captar una divergencia valorativa es un indicio de neutralidad de la teoría. Lamentablemente, la cuestión no es tan sencilla. Para poder admitir una divergencia de valores, el teórico debe primero adscribir a otros ciertos valores. En este proceso el teórico no tiene otra alternativa más que confiar en sus propios valores para determinar cuáles es *razonable* adscribir a los participantes. Como consecuencia de ello, toda teoría en ciencias sociales llevaría consigo una carga valorativa⁵³⁸.

Creo que la fuerza de este argumento es solo aparente, y se apoya en una concepción de la razonabilidad asociada con la tarea valorativa. En este sentido, evaluar cuándo la adscripción de un valor es razonable equivaldría a ponderar si el valor que se adscribe es digno de ser perseguido. Planteado así el asunto, la neutralidad es imposible. Pero establecer la razonabilidad de una adscripción no requiere una evaluación de este tipo. La razonabilidad debe ser entendida en términos teóricos. ¿Por qué el científico no tendría más alternativa que confiar en sus propios valores para determinar qué valores es razonable adscribir a otros?

Imagine que nos acercamos a curiosear a una subasta de obras de arte entre las que se incluyen dos pinturas de Picasso. Una corresponde al período azul y la otra a la etapa cubista. Supongamos que observamos a un hombre ofre-

⁵³⁸ Véase MACDONALD y PETTIT, 1981: 157, para una presentación del problema.

cer una suma de dinero relativamente baja por la pintura cubista, aunque ni bien la suma se eleva abandona la puja. No obstante, cuando comienza la puja por el cuadro del período azul, ofrece de inicio una suma mucho más alta y continúa ofreciendo hasta que la suma se eleva muy por encima del valor que se espera que la pintura tenga en el mercado. Por supuesto, la pintura le es adjudicada.

¿Acaso para afirmar que este individuo valora más el período azul de Picasso que el cubista necesitamos compartir esta valoración? En otras palabras, ¿contamos solo con nuestros propios valores, como señala la crítica, para evaluar si la adscripción de este valor es razonable? Creo que es absurdo sostener esto. Para poder adscribir solo es necesario suponer que el entramado conceptual del individuo es similar al nuestro. Si esto es así, su disposición a pagar una suma alta de dinero en un caso, y una muy baja en el otro, indica que su valoración del período azul es mayor que la del cubismo. La realidad podría ser otra distinta. Esto ocurriría si su valoración del cubismo fuese mayor, pero el individuo estuviese allí pujando por otra persona, es decir, si se tratase de un mandatario. Si este fuese el caso, la adscripción realizada sería incorrecta, pero en ausencia de evidencia contraria, no dejaría de ser razonable. Mientras más información tengamos más acertadas serán las adscripciones.

La crítica ahora podría ser que nunca existen elementos suficientes para realizar una adscripción definitiva, pero no que es imposible adscribir sin valorar. A los efectos de la neutralidad, lo más importante es negar esto último. En cuanto a lo primero, el teórico siempre puede revisar sus conclusiones a la luz de la evidencia disponible. Cuando la información es demasiado limitada, debe guardarse cuidado al realizar adscripciones que podrían ser poco más que meras especulaciones. A medida que aumenta nuestro conocimiento del contexto, las adscripciones son cada vez más razonables, aunque nunca lleguen a ser definitivas. Todas las teorías trabajan con un conocimiento provisorio. El avance científico consiste justamente en esto, en reemplazar una teoría por otra que la supere de acuerdo con los criterios usualmente incluidos bajo el rótulo de «valores epistémicos».

La razonabilidad de la adscripción, entonces, no depende de que el teórico comparta los mismos valores que adscribe a otros. Uno puede preocuparse por adscribir solo aquellos valores que no hacen del individuo un ser irracional, pero al hacerlo tampoco el teórico introduce subrepticamente sus propios valores. En lugar de ello, pretende satisfacer el principio de caridad mencionado más arriba. Según DAVIDSON, la caridad nos viene impuesta en la interpretación de las acciones y las palabras de otros. Si queremos comprenderles, debemos aceptar aquella descripción de su conducta que da mayor sentido a sus acciones y expresiones. Debemos evitar atribuirles creencias falsas o contradictorias. La comprensión más amplia se produce cuando

interpretamos de modo tal que se optimice el acuerdo⁵³⁹. Sin duda, existiendo claros indicios de irracionalidad deberíamos cuestionar la interpretación caritativa. De acuerdo con una versión moderada del principio de caridad, no debe juzgarse que las personas sean irracionales, salvo que dispongamos de evidencia empírica que sugiera una violación de las reglas de inferencia⁵⁴⁰.

En el caso de la responsabilidad extracontractual, la interpretación económica adscribe un valor que los participantes de la práctica que consiste en maximizar la riqueza. Pero a la vez reconoce que las reglas vinculan al agente dañado con la víctima de un modo que no siempre produce resultados eficientes. El argumento en contra de esta posición es que esta adscripción no es razonable porque atribuye irracionalidad a los individuos que persiguen un fin con un instrumento inapropiado para lograrlo. La única explicación alternativa podría consistir en imputar error, en lugar de irracionalidad. El error estaría en pensar que la estructura bilateral sí maximiza la riqueza. Sin embargo, los resultados ahora son incluso peores. En el mundo actual los conocimientos de economía han alcanzado un gran nivel de desarrollo, de manera que resulta implausible sostener que una comunidad que regula sus daños con un sistema de estructura bilateral persiga la eficiencia con los medios incorrectos por una falta de información al respecto. Esta explicación no satisface las exigencias del principio de caridad en la interpretación, ya que o bien imputa error o bien irracionalidad a los participantes, no existiendo sobre esto ninguna evidencia empírica.

6-El análisis conceptual y la comprensión de la responsabilidad extracontractual

En los apartados anteriores intenté mostrar de qué modo la filosofía analítica se ha interesado por la comprensión de las prácticas desde el punto de vista de sus participantes. Es por esta razón que el análisis conceptual puede resultar explicativo de un fenómeno social. Cuando COLEMAN anuncia en *The practice of principle* que ofrecerá una explicación conceptual del derecho de daños, la pregunta que surge inmediatamente al lector es por qué el análisis de los conceptos que figuran en la práctica tiene poder explicativo. Y la respuesta, creo, no es obvia. Este análisis conceptual puede llegar a tener poder explicativo siempre que se pretenda una explicación interna, pero no una externa. Si la explicación de COLEMAN nos resulta satisfactoria es porque cuando nos enfrentamos al objeto de estudio consideramos relevante capturar la comprensión que los mismos individuos tienen de su realidad social. Pero alguien interesado en las regularidades, en las estadísticas, en los efectos que producen las reglas de la responsabilidad extracontractual sobre la ri-

⁵³⁹ DAVIDSON, 1974: 19.

⁵⁴⁰ THAGARD y NISBETT, 1983: 252.

queza, la disuasión o la distribución de los recursos, no tiene por qué encontrar esclarecedor el análisis de COLEMAN.

No obstante, en sentido estricto, el análisis conceptual no guarda una correlación necesaria con la comprensión de las prácticas desde el punto de vista interno. El teórico puede adoptar una perspectiva externa y embarcarse en un análisis conceptual. Esto es lo que muchas veces hacen los estudios de análisis económico. Toman los conceptos que figuran en las prácticas e intentan darles un contenido y una articulación coherente tomando como principio básico la eficiencia. No resulta relevante para esta posición que los participantes ignoren los efectos de las reglas, ni tampoco que se propongan lograr objetivos contrapuestos con la eficiencia. Si es posible que el mismo entramado conceptual de los participantes pueda ser reinterpretado teniendo en cuenta otros principios, ello puede resultar revelador; incluso, puede resultar mucho más fructífero que el análisis de los conceptos tal como los entienden sus participantes, que bien pueden estar influidos por tradiciones, mitos, supersticiones absurdas u otros errores de hecho. Analizar este esquema tal como nos viene dado nos sumergiría en la misma confusión que deseamos aclarar.

Centrémonos ahora en el análisis conceptual que toma en consideración el punto de vista interno. Veamos en qué consiste y si es una empresa que merece ser realizada.

6.1-Descomposición, reducción e interrelación

El primer paso en una aproximación al análisis conceptual parecería tener que ver con brindar una concepción acerca de la naturaleza de los «conceptos» y una noción de «análisis». Respecto de los conceptos, no es necesario tomar partido por ninguna concepción metafísica en particular. Para nuestros fines, es suficiente con señalar una verdad evidente acerca de ellos: que organizan nuestro pensamiento. Esto es así más allá de que consideremos que los conceptos son representaciones mentales, habilidades o entidades abstractas. De hecho, es perfectamente inteligible que tengamos un concepto de «mesa» aun cuando no sepamos definir exactamente lo que es tener ese concepto; pero porque lo tenemos podemos pensar en comprar una mesa nueva, en usar las mesas para determinadas cosas y también podemos preguntarnos, al entrar en un bar de moda, si esa tabla que cuelga del techo y en la que las personas apoyan sus vasos es una mesa. En este sentido, BLACKBURN afirma que nuestros conceptos son los lentes con los que observamos el mundo; y estos lentes son a su vez el objeto de la reflexión filosófica⁵⁴¹. No es el mundo mismo, sino el instrumental por medio del cual accedemos a él lo que ocupa la atención del filósofo analítico.

⁵⁴¹ BLACKBURN, 1999: 5.

En cuanto al análisis, usualmente se piensa que analizar un concepto es descomponerlo, tomar una idea compleja, dividirla en varias partes más simples y estudiar cómo están relacionadas. Aunque es muy difícil definir en qué consiste el análisis, hay dos rasgos que son constantes en los trabajos filosóficos de este tipo. Por un lado, como recién dije, hay un empeño por explicar aquello que resulta complejo en términos más sencillos. Por otra parte, a veces el análisis consiste en conectar los distintos conceptos que figuran en una determinada actividad. El teórico siente que ha hecho bien su tarea cuando: a) logra descomponer un concepto; b) logra reducir un entramado de conceptos a uno (o a unos pocos más fundamentales); o c) sin descomponerlos ni reducirlos, logra relacionar con algún criterio los distintos conceptos que está estudiando.

Por ejemplo, un estudio analítico de la idea de responsabilidad podría preocuparse por las relaciones entre este y otros conceptos como la causalidad, la culpa y el daño reparable. Si el teórico argumenta que la causalidad, la culpa y el daño son parte de la idea de responsabilidad, su trabajo ha sido de *descomposición*. Por supuesto, la descomposición exitosa supone una capacidad de conectar los conceptos más simples. Una descomposición que no pueda dar cuenta de cómo están conectados los elementos más básicos sería muy sospechosa. Pero suponiendo que la conexión quede explicada, aun así estas ideas siguen siendo muy complejas por lo que seguramente el teórico continuará descomponiéndolas para lograr una mayor comprensión. Así, dirá que la causalidad a su vez está usualmente compuesta por ideas como la previsibilidad y el control, mientras que la culpa está ligada a un estándar de conducta objetivo.

En cambio, si el teórico intenta mostrar que la responsabilidad, la causalidad, la culpabilidad y el daño pueden ser explicados como una expresión del principio de eficiencia habrá conectado todos estos conceptos, pero a la vez los habrá *reducido* a una sola idea fundamental. La responsabilidad, la culpa y la causalidad son todas instancias de una comparación entre costes y beneficios. El problema de este tipo de análisis es que suele prescindir del punto de vista interno y, por consiguiente, refleja una imagen distorsionada de la práctica. Esto es así porque el aporte de cada concepto en el razonamiento práctico de los participantes no queda capturado por un solo principio explicativo.

Finalmente, puede que el teórico no pretenda descomponer un concepto, ni reducir a términos más fundamentales los conceptos que está estudiando, sino que solamente pretenda encontrar cuál es la *conexión* entre ellos. Así proceden en general los partidarios de la justicia correctiva, que buscan una explicación no reduccionista de la práctica, y el modo en que la concretan es apelando a principios de justicia que dan sentido a la manera en que los individuos usan las reglas para guiar su conducta y para criticar las desviaciones.

Sea cual fuere el tipo de análisis que se esté realizando, la interrelación de los conceptos complejos siempre es relevante al momento de evaluar una teoría. Ello es así debido a que, en general, aunque se seleccione una sola noción para su estudio, la comprensión de un fenómeno social supone enfrentarse con toda una red de conceptos⁵⁴². Por consiguiente, aun cuando se realice un análisis interesante del concepto que se ha seleccionado, pensaríamos que la comprensión es incompleta si no se logra explicar cómo encaja este concepto, y todos sus componentes, con el resto del entramado. Pero no solo la interrelación o conexión conceptual es un elemento importante para valorar un análisis. Es evidente que los filósofos analíticos también están influidos por el modelo reduccionista, porque no hay nada que detesten tanto como escuchar la frase «su análisis es circular», una frase que a la vez les encanta pronunciar⁵⁴³. La crítica de circularidad demuestra una valoración positiva del análisis que descompone el concepto complejo en partes más sencillas o que reduce los conceptos a una idea más fundamental. Un partidario del AED puede explicar la causalidad y la culpa, en principio, de modo no circular, apelando al criterio de eficiencia. En cambio, quien no logra descomponer los conceptos complejos en otros más simples sino que busca la inteligibilidad de su conexión en la realidad social, no ofrece una explicación del fenómeno en otros términos distintos de los que presenta el fenómeno que se propone explicar. Para un partidario de la justicia correctiva, el derecho de daños es una implementación de la justicia correctiva. No se trata de que la responsabilidad extracontractual pueda ser reducida a este principio, sino de que la justicia correctiva ya está incluida en el derecho de daños, y en este sentido la explicación es circular. La plausibilidad de estas críticas, entonces, se funda en que la reducción o la descomposición es un ideal analítico. No obstante, quien se empeña en este tipo de críticas olvida que la estructura de nuestro pensamiento es similar a un sistema en el que los conceptos ocupan un determinado lugar y cumplen ciertas funciones, por lo que la comprensión de sus contenidos a menudo puede lograrse cuando se captan las conexiones que existen entre ellos⁵⁴⁴. En el punto X.1.3 vimos que la noción de pérdida injusta o beneficio injusto no pueden ser comprendidos sino es en relación con la idea de derechos y deberes de indemnidad. El intento por comprender aisladamente cualquiera de estos términos es infructuoso; unos adquieren su contenido en relación con los otros. Por lo tanto debemos ser prudentes al evaluar una crítica de circularidad, ya que podemos tomarla por decisiva cuando en realidad la circularidad puede que sea inevitable. Diré algo más sobre esto en el próximo punto.

⁵⁴² VON WRIGHT, 1963: 6.

⁵⁴³ STRAWSON, 1992: 18.

⁵⁴⁴ STRAWSON, 1992: 19.

6.2-Del lenguaje ordinario a la comprensión teórica de una práctica

En las primeras páginas de *The Concept of Law*, HART llama la atención sobre la utilidad de profundizar en las definiciones. Ellas pueden ayudarnos a explicitar el principio que guía el uso de un término y también a exponer relaciones entre el tipo de fenómenos al que aplicamos la palabra y otros fenómenos distintos. No son las palabras en sí las que interesan a HART, sino las realidades a las que nos referimos con ellas⁵⁴⁵. El estudio del lenguaje es solo un medio, entonces, para captar ciertos aspectos de lo que nuestras palabras expresan. Nuestras concepciones del mundo, nuestra forma de pensar, nuestros razonamientos prácticos (que es lo que más nos interesa) se expresan en un lenguaje. Analizándolo podremos acceder a la realidad que pretendemos comunicar cuando lo empleamos. La realidad social está constituida por una serie de creencias y actitudes, todo lo cual presupone el uso de conceptos. De ellos solo podemos dar cuenta en términos de un lenguaje, pero esto no convierte la tarea filosófica en filología. El lenguaje es importante porque la realidad social es pública, por lo que requiere de una práctica lingüística compartida. El lenguaje es lo que se manifiesta, la parte visible del objeto a partir de la cual podemos realizar la interpretación necesaria en toda comprensión.

Sin embargo, el filósofo analítico no se detiene en el registro de los usos lingüísticos, ni tampoco se limita a contar la historia como la cuentan los participantes. Por ejemplo, si la justicia correctiva es una buena explicación de la responsabilidad extracontractual, ello no se debe a que los individuos conocen a la perfección la filosofía de ARISTÓTELES, ni la distinción entre justicia correctiva, justicia conmutativa y justicia distributiva. De hecho, si el análisis ofrecido ha de ser iluminador, no puede ser el caso que se limite a reproducir lo mismo que todos saben, es decir, aquellos rasgos evidentes de la práctica o del fenómeno social. Debe aportar algo más. Pero a la vez, si aporta algo no contenido en la práctica, ya no puede preservarse la equivalencia analítica de los conceptos que se pretenden analizar. Esto es lo que se conoce como la paradoja del análisis. Cuando uno intenta analizar un concepto C, apela a otros conceptos, como C', que permiten decir algo nuevo e interesante acerca de C. El filósofo analítico, pese a todo, sostiene que C y C' son equivalentes, pero de un modo no obvio. Ahora bien, la equivalencia conceptual implica que C' ya está contenido de alguna manera en C, lo que nos lleva a la conclusión de que C' no puede ser informativo, dado que no puede ofrecernos nada que no estuviese presente en C⁵⁴⁶. La explicación de C por medio de C' podría incluso llegar a ser tautológica. Entonces, ¿es posible que el análisis conceptual se limite a los conceptos y a la vez sea explicativo?

⁵⁴⁵ HART, 1994: 14.

⁵⁴⁶ Entre otros, pueden consultarse SMITH, 1995: 36-37; MORESO, 2004: 17-18.

STRAWSON ilustra este problema relatando la historia de la primera gramática castellana. Cuando fue presentada por Nebrija a la Reina Isabel, ella preguntó por qué debería estar interesada en un trabajo de estas características, dado que ya conocía la lengua. En algún sentido, la Reina Isabel tenía razón. Ella y todos los españoles conocían la lengua, porque el castellano *es lo que ellos hablan*. Ellos constituyen el castellano con su práctica. Reflexiona STRAWSON que la gramática no podía establecer el criterio de corrección de las oraciones pronunciadas por los españoles. Más bien era a la inversa: el modo en que ellos hablaban establecía el criterio de corrección de la gramática. No obstante, observa, aunque hay un sentido en el que ellos conocían la gramática de su lenguaje, hay otro sentido en el que no la conocían. Del hecho de que los españoles adecuasen sus actos lingüísticos a las reglas de la gramática española no puede inferirse que fuesen capaces de enunciarlas, de determinar su contenido⁵⁴⁷. Esto es así porque *tener la capacidad de hacer algo* es muy distinto de poder *describir cómo se hace*. Lo primero no implica lo segundo, porque tener un *dominio de la práctica* no supone poseer un *dominio de la teoría*. Por supuesto, el dominio de la práctica a veces puede requerir un dominio implícito de la teoría, pero no explícito. La gramática era dominada por los españoles mucho antes de que fuese escrita. En efecto, ese dominio era necesario para poder comunicarse y pensar⁵⁴⁸.

La distinción entre el dominio práctico y el dominio teórico revela que la paradoja del análisis es solo aparente. C' es explicativo de C porque la información que adiciona se refiere al dominio teórico. A la vez, C' está contenido en C, porque está implicado por este último, del mismo modo que 'Kosta es mi tío' está implicado por 'Kosta es hermano de mi padre'. Si la segunda proposición es verdadera, la primera también lo es necesariamente. No hay ningún mundo posible en el que Kosta sea el hermano de mi padre y no sea mi tío. Una brillante muestra de análisis conceptual aplicado al problema de la causalidad es el libro de HART y HONORÉ, *Causation in the Law*⁵⁴⁹. Allí los autores pretenden exponer el dominio teórico de los juicios de causalidad, es decir, ofrecen un estudio de los principios que implícitamente aplican los jueces del *Common Law* para establecer la existencia de relaciones causales. También los partidarios del AED tienen el mismo propósito cuando sostienen que la noción ordinaria de causalidad se relaciona con la identificación del evitador más económico. En ambos casos el teórico toma el concepto de causalidad (C) tal como está descrito en la práctica y ofrece un análisis empleando para ello un concepto distinto (C'). Si el trabajo está bien hecho, C' debe estar implicado por C. Cuando el análisis económico reemplaza C' por la eficiencia, no logra establecer el tipo adecuado de relación que debe existir entre este concepto y el concepto ordinario de causalidad. Por ello, AED no puede ser una explicación interna. Su interpretación de los conceptos tradi-

⁵⁴⁷ STRAWSON, 1992: 5.

⁵⁴⁸ STRAWSON, 1992: 6.

⁵⁴⁹ HART y HONORÉ, 1985.

cionales del derecho de daños a la luz de la eficiencia no resulta en una descripción que esté implicada por ellos. El análisis podrá ser valioso, pero nunca interno.

En definitiva, el análisis conceptual parte de los usos lingüísticos, pero no se queda allí. Tiene por objeto ir más allá de las características obvias de nuestras prácticas, aquellas reconocidas por todos, agregando información respecto de las implicancias de nuestros conceptos y sus conexiones. La tarea del filósofo analítico consiste en desarrollar el dominio teórico, de modo que obtengamos una comprensión explícita de los principios que regulan nuestra práctica. Al final de su trabajo, de tener éxito, el teórico ofrecerá una explicación sistemática de la compleja estructura conceptual general que empleamos a diario para relacionarnos unos con otros.

6.3-La justificación a priori y el lugar de las intuiciones

De lo dicho en el punto anterior surge que las conclusiones de un análisis conceptual siempre están justificadas a priori, es decir, su verdad no depende de la comprobación empírica. Si se trata de conclusiones que se obtienen a partir de los conceptos, los hechos del mundo no juegan ningún papel en su justificación. Por ejemplo, la verdad de ‘ningún soltero está casado’ no depende de la indagación empírica luego de la cual hemos observado que ninguno de los solteros del mundo estaba casado. Esta verdad es conceptual. El mismo concepto de soltero contiene el de no casado. En cambio, la verdad de la proposición según la cual Mario está casado depende de cómo sea el mundo. No hay nada en esta proposición que nos permita inferir su verdad más allá de la comprobación empírica⁵⁵⁰. No obstante, si se ha comprobado empíricamente que Mario está casado, ahora es posible formular una proposición que será verdadera a priori: Mario no es soltero. Pero, ¿carece de total sentido responder que esta proposición es falsa? Alguien podría decir: Yo conozco a Mario, y él es soltero. Veamos esta cuestión con más detalle.

Frank JACKSON, en su famoso libro *From Metaphysics to Ethics*, presenta una defensa del análisis conceptual que él llama modesto. Esta forma de análisis debe ser distinguida del ambicioso⁵⁵¹. La versión modesta consiste simplemente en mostrar que una afirmación verdadera acerca del mundo está implicada por una descripción más fundamental. Esta forma de análisis recuerda, en parte, a la noción de descomposición, porque apunta a la simplifi-

⁵⁵⁰ Estos dos tipos de proposiciones responden a la clásica distinción kantiana entre proposiciones analíticas y proposiciones sintéticas. El test para determinar que la proposición según la cual ningún soltero está casado es analítica es que su negación comporta una contradicción. En las proposiciones sintéticas esto no ocurre. La negación de que Mario está casado puede constituir una proposición falsa pero no contradictoria.

⁵⁵¹ JACKSON, 1998: 42.

cación del discurso, a contar una historia en términos más simples. Pero otras veces, por medio del análisis conceptual se pretende afirmar que la imagen que una determinada teoría presenta del mundo es incorrecta. En este caso, el análisis conceptual es ambicioso. La razón por la que este tipo de análisis es sospechoso, según JACKSON, es que otorga demasiado peso a nuestras intuiciones al momento de determinar cómo es el mundo⁵⁵². En cambio, el análisis conceptual modesto tiene que ver con lo que se puede afirmar acerca del mundo dada una descripción en otros términos. El análisis conceptual, en este variante, no tiene por función determinar cuál es la naturaleza del mundo, sino de determinar lo que se puede decir en términos menos fundamentales dada una explicación del mundo expresada en términos más fundamentales⁵⁵³. La distinción entre el análisis conceptual modesto y el ambicioso viene dada por el objeto del análisis. Si uno se limita a estudiar los conceptos y sus implicancias, es decir, los lentes con los que miramos el mundo y lo que se sigue de emplear esos lentes, el análisis es modesto. No hay nada en el mundo que pueda falsear las proposiciones que se siguen lógicamente de los conceptos que empleamos para observar la realidad. El análisis ambicioso, por su parte, no se limita a los conceptos, sino que realiza afirmaciones metafísicas fundadas únicamente en intuiciones, cuyo valor epistémico, cree JACKSON, es dudoso.

Un ejemplo de análisis modesto podría ser el siguiente. Dada una descripción del mundo como 'los lagos contienen agua', uno puede concluir a priori que la proposición de que los lagos contienen H₂O es verdadera. La premisa intermedia es que el agua es H₂O. Podría ser que el agua no fuese H₂O, o que los lagos no contuviesen agua sino XYZ. El análisis conceptual solo se limita a afirmar que si es verdadero que los lagos contienen agua, entonces es necesariamente verdadero que contienen H₂O, dados nuestros usos lingüísticos. Quien desee desafiar que los lagos contengan agua, o que el agua sea H₂O, deberá realizar una investigación empírica, no conceptual. Siendo que en nuestro esquema conceptual el agua es H₂O, la descripción del mundo según la cual los lagos contienen H₂O está implicada lógicamente por la descripción de que los lagos contienen agua. Si uno se preguntase sobre la verdad de las premisas del razonamiento, es decir, sobre la verdad de 'los lagos contienen agua' y 'el agua es H₂O' dejaría de hacer análisis conceptual. Su tarea sería netamente metafísica. No hay ninguna operación lógica que permita derivar la verdad de estas proposiciones, ya que ésta solo puede ser provista por la comprobación empírica.

Entonces, el análisis conceptual en su versión modesta no se compromete con cómo es el mundo realmente, aunque es capaz de mostrarnos cuáles son los compromisos metafísicos de nuestros discursos y los presupuestos de

⁵⁵² JACKSON, 1998: 43-44.

⁵⁵³ JACKSON, 1998: 28 y 44.

nuestras prácticas⁵⁵⁴. En lugar de mostrarnos cómo es el mundo, nos muestra con mayor claridad y profundidad qué se sigue del modo en que lo vemos, en que lo concebimos. Esto no puede ser de otra manera si el objeto del análisis filosófico es el entramado conceptual y no la realidad física. En la primera parte de este trabajo intenté mostrar qué presupuestos metafísicos están implicados por la visión económica de la responsabilidad extracontractual. Una de las conclusiones era, por ejemplo, que de acuerdo con esta estructura de razonamiento no existe una distinción entre la incorrección de la acción y la acción riesgosa y esto resulta contraintuitivo (VI.2). Ahora, ¿no supone la crítica allí realizada una forma de análisis conceptual ambicioso? La crítica parece apuntar a que el AED no reconoce la distinción entre el riesgo y la incorrección, por lo tanto, no da cuenta de cómo es el derecho de daños, y esta parece ser una afirmación metafísica. Aquí es cuando el asunto se torna más complejo. JACKSON diría simplemente que el análisis sigue siendo modesto porque se limita a afirmar que el AED no ofrece una imagen del mundo coincidente con la teoría ordinaria (*folke*)⁵⁵⁵. Pero veamos la cuestión con más detalle.

Evidentemente, el análisis conceptual modesto debe partir necesariamente de una descripción del mundo. Esta descripción refleja un entramado conceptual, pero ¿de quién? Si uno pretende ofrecer una explicación del derecho de daños que tenga en cuenta el punto de vista interno, debe necesariamente tratarse del entramado conceptual de los participantes. Es esta descripción del fenómeno la relevante para iniciar el análisis. En esta descripción, la incorrección y el riesgo son cosas distintas y el AED no logra capturar esta distinción. Este es un aspecto de la crítica. Cuando el AED pretende brindar una explicación interna, la crítica es que su proyecto está truncado antes de empezar, porque disuelve todas las categorías con las que los participantes conciben la responsabilidad civil. La justicia correctiva, en cambio, sí puede ofrecer una explicación interna, puesto que en lugar de disolver todas las categorías dogmáticas intenta conectarlas. El análisis es modesto en tanto se propone descomponer el discurso y explicarlo en términos menos fundamentales o simples y, a la vez, brinda un principio que torna inteligible el razonamiento práctico de los participantes por medio de la conexión conceptual.

Pero las cosas no son tan sencillas para quienes creen que la realidad social está constituida por las creencias y actitudes de sus participantes. Para esta posición teórica, en el mundo social no existe nada que no encuentre un reflejo en el entramado conceptual compartido en una comunidad. Teniendo esto en cuenta, parece obvio que la crítica al AED se basa en un análisis conceptual ambicioso. Si la crítica consiste en que el AED no captura las

⁵⁵⁴ Véase HIMMA, 2007: 33.

⁵⁵⁵ La teoría ordinaria de un concepto está dada por las intuiciones compartidas acerca de los casos posibles. Véase JACKSON, 1998: 32 y 43.

categorías tradicionales, y estas son constitutivas de la realidad institucional, entonces, el AED brinda una imagen incorrecta de la realidad social. Así expresada, la crítica es ambiciosa. No obstante, creo que esta presentación del problema lleva a confusión. Tal como yo la entiendo, la distinción entre el análisis conceptual modesto y el ambicioso tiene que ver con lo que podemos conocer a priori y lo que requiere alguna comprobación empírica. A priori podemos conocer las consecuencias lógicas que se siguen cuando se afirma la verdad de ciertas proposiciones. La historia del derecho de daños así como es relatada por sus participantes es el punto de partida para una explicación interna. Lo que se sigue lógicamente de esta historia es conocible a priori; y determinar qué es lo que se sigue lógicamente es tarea del filósofo que estudia la práctica.

Por lo tanto, para un convencionalista, una vez determinados los cimientos de un determinado mundo social —es decir, las efectivas creencias y actitudes de los participantes— todo lo que pertenece a la realidad puede conocerse sin necesidad de realizar una comprobación empírica. En este caso, simplemente ocurre que la distinción entre el análisis modesto y el ambicioso carece de sentido. Uno podría adoptar otra visión según la cual el uso en la práctica es solo un indicador pero no define el significado de los términos ni el contenido de nuestros conceptos. La respuesta correcta, se dice usualmente, puede estar más allá de lo que creen los participantes. Considero que esta visión es implausible, pero no pretendo fundamentar aquí esta posición, ni podría hacerlo. Este es uno de los presupuestos de mi investigación: el derecho es convencional; solo existe aquello los participantes creen que existe, y las consecuencias lógicas de su discurso. Las consecuencias lógicas pertenecen a la realidad social dada la concepción de la persona como ser racional. Los individuos dejarían de ser racionales si rechazasen, por ejemplo, el *modus ponens* o el principio de no contradicción.

Veamos ahora qué se sigue de rechazar la distinción entre el análisis modesto y el ambicioso. ¿Cuál es la razón que esgrime JACKSON para sospechar del análisis ambicioso? Señalé más arriba que el análisis conceptual parte de intuiciones, y las intuiciones no pueden justificar la verdad de afirmaciones acerca del mundo. Por supuesto, mi intuición de que el agua no es solo H₂O, sino que incluye un cuarto átomo invisible de putnamina, no me permite afirmar que la teoría según la cual los lagos contienen H₂O es incorrecta. JACKSON tiene absoluta razón al rechazar el análisis ambicioso. Ahora bien, en el caso del análisis conceptual de la realidad social no se observa este mismo problema. Todo lo que se afirma del derecho de daños puede ser justificado a priori. Las intuiciones de las que se parten son las de los propios participantes y la crítica al AED es que no toma como referencia estas mismas intuiciones, por lo que no puede brindar una explicación interna. Que la explicación ofrecida no es interna, significa que no sería reconocida por los participantes de la práctica como una explicación de lo que ellos *hacen*, y esto

es lo mismo que afirmar que la imagen del fenómeno que ofrece el AED no coincide con la teoría ordinaria (*folk*). Eso es todo. Lo que confunde las cosas es que las intuiciones con las que se comienza el análisis son, para una posición convencionalista, constitutivas de la realidad. Pero este presupuesto es independiente de la tarea filosófica aquí realizada. Una cosa es la posición metafísica del convencionalista: la realidad social no existe más allá de las creencias y actitudes de sus participantes. Otra cosa distinta es la concepción de la tarea filosófica aquí asumida: el análisis conceptual interno consiste en descomponer, reducir o conectar las ideas y los conceptos que los participantes emplean en su razonamiento práctico. No hay incompatibilidad entre estas dos posiciones. Las conclusiones del análisis siguen siendo a priori, pero dependen de los usos vigentes. Que $2+2=4$ puede saberse a priori, siempre que en el uso vigente 2 signifique 2 y no 5. Una vez establecidos los usos, todas las conclusiones del análisis son a priori⁵⁵⁶. En otras palabras, las razones que JACKSON tiene para sospechar del análisis ambicioso no afectan el tipo de análisis que aquí realizo.

Este argumento es útil para apreciar por qué el formalismo es un análisis conceptual defectuoso. Al prescindir de toda adscripción de propósitos el análisis no puede ser interno. Sin embargo, como ya expliqué, tampoco pretende ser externo. De hecho su crítica al AED es que parte de principios externos a la práctica. WEINRIB dice claramente que «el propósito del derecho privado es ser derecho privado»⁵⁵⁷. Esta frase, en la que el autor pone demasiado énfasis, no puede más que dejarnos perplejos. Para alguien que insiste tanto en la coherencia, la racionalidad interna y la inteligibilidad del derecho de daños, parece excesivo negar todo propósito a la práctica. ¿Cómo es posible interpretar una práctica que no tiene propósito? Más aun, ¿cómo es posible apreciar la racionalidad, la coherencia y la inteligibilidad sin adoptar un determinado punto de vista?⁵⁵⁸ En ocasiones, WEINRIB parece no prestar ninguna atención a las intuiciones de los participantes. No es relevante que la referencia de «derecho de daños» incluya a los sistemas bilaterales y también al sistema neozelandés. Para WEINRIB, este último no es derecho de daños. Tal vez WEINRIB pretende adoptar una posición abstracta, ubicándose en el mundo de las ideas. Si esta es su postura, el formalismo no puede ofrecer una explicación de lo que *es* el caso. A lo sumo podrá ser una descripción de un tipo ideal de responsabilidad extracontractual, una pura construcción intelectual cuya relevancia al estudiar el fenómeno desde el punto de vista in-

⁵⁵⁶ HIMMA, 2007: 31.

⁵⁵⁷ WEINRIB, 1995: 5.

⁵⁵⁸ Criticando a WEINRIB, PATTERSON sostiene que «sin necesidades humanas no habría nociones o conceptos. La conexión entre las razones humanas o las necesidades y los deseos y la constitución de las formas no es, contrariamente a lo que piensa WEINRIB, una relación inalterable entre los elementos materiales y los formales. A medida que cambian las necesidades, los deseos y razones, también cambian los conceptos». Véase PATTERSON, 1996: 41.

terno es nula porque no está construida a partir de las intuiciones ordinarias. Pero WEINRIB rechaza explícitamente esta posibilidad⁵⁵⁹ y sostiene que el análisis debe comenzar con lo que nos es familiar. Esto parece indicarnos que debemos partir de las intuiciones acerca de lo que es la responsabilidad extracontractual. Si se toma este camino, deberá abandonarse el formalismo como método de aproximación: las intuiciones pueden ser contradictorias, el derecho puede ser incoherente o injusto, y sobre todas las cosas, las intuiciones son contingentes. Lo que nos es familiar es contingente, puede cambiar. La única contingencia que admite el análisis conceptual tradicional es esta. Una vez establecidos los usos, las conclusiones de un correcto análisis son necesarias. Una vez determinado que 2 significa 2, algo que es contingente, y cuál es el uso matemático de la adición, puede afirmarse que $2+2=4$ es una verdad necesaria. Sin embargo, WEINRIB tampoco parece estar dispuesto a aceptar la contingencia de lo que nos es familiar. Para él, si la vinculación bilateral fuese abandonada, el derecho de daños dejaría de existir⁵⁶⁰. Esto sugiere que lo que nos es familiar es necesario, no puede cambiar. Por ello, el formalismo se coloca en una posición filosófica incómoda: por una parte rechaza las explicaciones externas y, por la otra, se niega a aceptar las consecuencias de adoptar el punto de vista interno.

6.4-Análisis conceptual y pragmatismo

Uno de los aportes más relevantes de COLEMAN a la teoría de la responsabilidad extracontractual se halla en su libro *The practice of principle*. Allí se ofrece por primera vez una justificación metodológica para sustentar la idea de que la justicia correctiva es la mejor explicación del derecho de daños; además, se especifica qué tipo de explicación del fenómeno se está brindando. COLEMAN intenta captar el contenido de los conceptos que figuran en la práctica con la esperanza de aprender algo interesante, importante o esencial del objeto acerca del cual pensamos con estos conceptos. Es decir, su explicación de la práctica es una *explicación conceptual*, pero con dos diferencias relevantes respecto de lo que hasta aquí he dicho. Las diferencias vienen dadas por su adhesión a lo que denomina método del pragmatismo que, como se verá inmediatamente, está influido por la crítica de QUINE a la distinción analítico-sintético⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Niega expresamente que las formas pertenezcan a un mundo platónico. Según dice, no están separadas del mundo social, sino que representan el modo en que las relaciones jurídicas, como las que existen entre el agente dañador y la víctima, pueden ser coherentes. De todas maneras, en una lectura global de su trabajo no he encontrado nada que sustente esta posición. Al contrario, he advertido muchos indicios de conceptualización abstracta o esencialismo platónico. Véase WEINRIB, 1988: 1002.

⁵⁶⁰ WEINRIB, 1995: 28.

⁵⁶¹ QUINE, 1951.

En el desarrollo de los puntos anteriores deliberadamente he dejado de lado las críticas de QUINE al tipo de análisis conceptual que propongo, y lo he hecho porque entiendo que es una discusión de aquellas que quedarán abiertas en la filosofía. La participación en ese debate solo corresponde a quienes se ocupan de esa cuestión filosófica fundamental directamente, pero no a quienes, como yo, utilizan las conclusiones del pensamiento filosófico para estudiar un fenómeno en particular. No obstante, las críticas de QUINE no permiten permanecer neutral en la disputa, y por ello cumplo al explicitar ante el lector por qué tradición me he decantado. Por otra parte, todo análisis presupone asumir ciertas posiciones filosóficas sin entrar a discutir las sustantivamente. Una exigencia contraria haría imposible avanzar en la investigación, dado que siempre estaríamos intentando resolver los mismos problemas fundamentales antes de poder afirmar algo más acerca de nuestro objeto. En este trabajo, entre muchas otras cosas, he asumido sin fundamentar que la realidad social está constituida por las creencias y actitudes de la comunidad relevante. Del mismo modo, he asumido que la distinción analítico-sintético es plausible.

COLEMAN, sin embargo, adopta una postura contraria respecto de esto último, también sin fundamentar. Su versión del pragmatismo tiene cinco características: 1) la adhesión al holismo semántico; 2) la adopción de una semántica basada en el rol inferencial de los conceptos (semántica del rol conceptual); 3) la visión de que la explicación filosófica de una práctica consiste en mostrar de qué manera ella es la expresión de ciertos principios; 4) una visión holista de las prácticas; y 5) la adhesión a la idea de que en principio toda creencia o categoría conceptual es revisable⁵⁶².

De estas cinco características, hay dos que marcan una diferencia importante respecto del tipo de análisis conceptual que he defendido. Me refiero a las características 2 y 5. Las demás o bien son indiferentes o bien compartidas por mi enfoque, así que no me ocuparé de ellas. En cambio, la adhesión a la semántica del rol conceptual, o inferencialismo, aunque no creo que suponga una diferencia esencial con el análisis tradicional, explicita una forma específica de encarar el estudio de los conceptos. Tal como yo la entiendo, la explicación conceptual requiere de una teoría semántica para derivar a priori proposiciones verdaderas a partir de otras proposiciones. Por ejemplo, de la proposición según la cual la casa es totalmente azul puede inferirse la verdad de que la casa no es totalmente blanca, pero para ello es necesaria *alguna* teoría semántica, dado que esta operación no puede realizarse sin comprender previamente qué significa que la casa sea de un determinado color. No obstante, para la semántica del rol conceptual, algunas de estas inferencias son parte del contenido del concepto.

⁵⁶² En lo que se refiere al rol inferencial, COLEMAN (2001: 6) remite directamente a la filosofía de Wilfrid SELLARS.

La idea central es que el contenido de un concepto puede ser analizado en términos del rol inferencial que cumple en la práctica en que figura⁵⁶³. La semántica del rol conceptual no es una teoría unificada, y distintos autores la presentan cada uno con sus peculiaridades. Así, Ralph WEDGWOOD sostiene que la naturaleza de un concepto, aquello que lo diferencia de otros conceptos, se determina por el rol conceptual esencial que tiene en el pensamiento y en el razonamiento. En particular, el rol esencial de los conceptos normativos consiste en la función reguladora que cumplen en el razonamiento práctico⁵⁶⁴. El uso de todos los conceptos, sean normativos o no, está regido por ciertas reglas básicas de racionalidad, y nadie que no tenga una disposición general a seguir estas reglas capta el concepto, en este sentido. Por ejemplo, alguien no capta el concepto de disyunción si aceptando p rechaza $p \vee q$. Las reglas de racionalidad que rigen el uso de la disyunción comprometen a quien acepta lo primero a aceptar también lo segundo, de lo contrario diríamos que no comprende lo que es una disyunción⁵⁶⁵. Para conocer el significado de un término uno debe dominar el rol conceptual esencial del concepto que expresa, es decir, las reglas de inferencia que rigen el uso de ese concepto. Es así como comprendemos, por ejemplo, que la palabra «deber», y sus derivados, expresan conceptos diferentes en las siguientes oraciones⁵⁶⁶:

Se debe haber ido, ya que sus cosas no están aquí
Oriol debería tener suficiente comida para su familia en navidad

En la primera oración el concepto de *debe* es claramente distinto del *debería* de la segunda. Una diferencia obvia es que la segunda oración establece una relación entre un agente, un posible curso de acción y un tiempo. Uno podría pensar que el «debería» en *b* expresa un concepto distinto del «debe» que figura en *a*, porque la primera proposición es una hipótesis respecto de un estado de cosas, en cambio la segunda es una proposición normativa, sobre lo que Oriol tiene razones para hacer. Pero es posible continuar con el análisis y observar que la segunda oración es ambigua. En un primer sentido, es posible interpretar que expresa el deber que tiene Oriol de hacer las compras de navidad, tal vez porque prometió hacerlas, mientras que en un segundo sentido, la oración expresa que una situación de hecho es injusta: Oriol no tiene suficiente dinero para comprar comida en navidad, y debería tenerlo. En esta segunda versión, tampoco se observa la relación entre un agente, un curso de acción y un tiempo. ¿Cómo es que reconocemos los distintos conceptos expresados por «debe» o «debería»? Según la semántica del rol conceptual, por la función que cada concepto cumple en el razonamiento; por las inferencias que cualquier individuo competente en el uso del concepto debería poder realizar en cada caso.

⁵⁶³ Véase COLEMAN, 2001: 7-8.

⁵⁶⁴ WEDGWOOD, 2007: 80.

⁵⁶⁵ WEDGWOOD, 2007: 82-85.

⁵⁶⁶ Con modificaciones, he tomado estos ejemplos de WEDGWOOD, 2006: 131-132.

Según COLEMAN, las inferencias que constituyen el concepto pueden ser de diverso tipo. Pueden ser teóricas o prácticas. Si Jordi promete a Josep Lluís invitarlo a almorzar, entender lo que significa la *promesa* supone poder realizar ciertas inferencias. Por ejemplo, que Jordi tiene *prima facie* el deber de invitar a Josep Lluís o que Jordi probablemente irá al almuerzo. La primera inferencia es práctica porque se refiere a los deberes de Jordi; la segunda inferencia es teórica, ya que constituye una predicción de lo que probablemente ocurrirá. Ahora bien, para COLEMAN, las inferencias de este ejemplo no son formalmente válidas. Recuérdese que de ‘prometo hacer X’ puede inferirse ‘prometo hacer X o la nieve es blanca’, no obstante parece que este tipo de inferencias no son parte del concepto de promesa⁵⁶⁷. Ello es así, porque esta inferencia puede obtenerse a partir de las reglas que rigen el concepto de disyunción, no de promesa. Debe insistirse en que son las reglas *básicas* de inferencia las que determinan la naturaleza del concepto. Tómense, por ejemplo, dos pensamientos lógicamente equivalentes como $p \vee q$ y $\neg(\neg p \wedge \neg q)$. Parece que las reglas de introducción de la disyunción son reglas básicas para $p \vee q$, pero no para $\neg(\neg p \wedge \neg q)$, por ello es plausible sostener que se trata de dos conceptos diferentes⁵⁶⁸. Para comprender el primer pensamiento es suficiente con dominar la regla de introducción de la disyunción; el segundo pensamiento requiere conocer las reglas de la negación y la conjunción.

¿Es necesario que los participantes sigan conscientemente las reglas que rigen el uso de los conceptos? En principio, es suficiente que los individuos tengan la habilidad de razonar según esas reglas, aunque no piensen en ellas explícitamente. En otras palabras, deben tener un dominio práctico que se evidencia en su razonamiento. Pero entonces, habiendo un dominio práctico y uno teórico en los conceptos, ¿cuál es la diferencia con el análisis conceptual tradicional? Para ambas teorías los individuos pueden tener un dominio práctico del concepto y el filósofo se encarga de revelar el dominio teórico. Muchas veces, cuando hacemos análisis conceptual nos comportamos del modo en que la semántica del rol inferencial describe, y esto juega a favor de la plausibilidad de este enfoque. No obstante, adherir al inferencialismo supone adherir a una teoría que considera que la explicación del significado de los términos es secundaria, y lo más importante es dar cuenta del contenido de nuestros pensamientos. La explicación conceptual tradicional, como ya he apuntado, aunque requiere de alguna teoría semántica, es a primera vista independiente de cuál se sostenga. Una explicación que hiciese referencia a que los lagos contienen H₂O, siendo que contienen agua, es compatible con una teoría semántica convencionalista en la que el agua es H₂O porque los individuos creen que es H₂O, y con una teoría como la teoría causal de la referencia directa en la que el agua es una clase natural cuyo rasgo esencial es

⁵⁶⁷ Véase COLEMAN, 2001: 7-8.

⁵⁶⁸ Véase WEDGWOOD, 2007: 85.

que está compuesta por H₂O. En todo caso, la estrategia se basa en identificar la equivalencia entre «agua» y «H₂O», pero ¿de qué modo se puede establecer esta relación de equivalencia? Para la semántica del rol conceptual, por las reglas de inferencia que rigen el uso de cada concepto; para el análisis conceptual tradicional, por el significado de los términos de cada enunciado.

La segunda, y más importante, de las diferencias entre el tipo de enfoque que presenta COLEMAN y el análisis conceptual que he defendido en las páginas anteriores tiene que ver la revisabilidad de todas las creencias. Quienes, siguiendo la tradición de QUINE, rechazan la distinción entre proposiciones analíticas y proposiciones sintéticas estarían dispuestos a sostener la revisabilidad de proposiciones como todos los no casados son solteros. Ello se debe a que siempre es posible revisar el significado de soltero sometiendo al tribunal de la experiencia. Así, muchas personas dudarían antes de afirmar que Benedicto XVI sea soltero, aunque no está casado. La razón por la que considerarían inapropiado sostener que el Papa es soltero es que, tal vez, para que alguien sea soltero es condición necesaria, pero no suficiente, que no esté casado. Además, sería necesario que tenga la facultad de unirse en matrimonio con otra persona, algo que el Papa tiene una incapacidad jurídica de hacer según el sistema normativo que le es aplicable. Para los quineanos, ejemplos de este tipo demuestran que es imposible afirmar a priori la verdad de ‘todos los no casados son solteros’. Para quienes creemos en la distinción analítico-sintético, lo único que este ejemplo demuestra es que los hablantes competentes solo comparten un núcleo claro de significado, pero hay zonas de penumbra que generan desacuerdos⁵⁶⁹.

Más allá de esta cuestión, la pregunta es cómo logra COLEMAN compatibilizar el tipo de explicación conceptual que pretende ofrecer con el principio de revisabilidad de todas las creencias. Obviamente, la identificación de verdades analíticas que iluminen o muestren algo interesante de los conceptos que se están estudiando carece de sentido. Por ello, para esta visión, el análisis conceptual consiste en descubrir las características más importantes del concepto: aquellas que figuran en la explicación de la práctica, que son centrales para nuestra comprensión y evaluación del fenómeno⁵⁷⁰.

Creo que COLEMAN no es demasiado claro en este punto. En primer lugar, si el análisis conceptual consiste en describir los aspectos importantes de los conceptos que figuran en la explicación de la práctica, uno necesita saber de cuál de las explicaciones deben tomarse los conceptos para ser analizados. Además, también se requiere saber cómo identificar los rasgos relevantes de los conceptos allí empleados. El AED ofrece una explicación de la práctica que incluye como concepto central a la eficiencia. ¿Es este el concepto que debe analizarse? El análisis conceptual que propone COLEMAN debe basarse

⁵⁶⁹ HIMMA, 2007: 5.

⁵⁷⁰ Véase COLEMAN, 2001: 179.

en los conceptos que figuran en la *mejor explicación* de la práctica, y esto debería llevarlo a formular algún criterio con el cual comparar teorías alternativas. Aquí una apelación a los valores epistémicos creo que sería suficiente. La mejor explicación es aquella que logra conectar con mayor naturalidad los conceptos de la responsabilidad extracontractual, la que tiene una mayor capacidad predictiva, etcétera. Pese a confiar en los valores epistémicos, hay una diferencia fundamental con el análisis que he defendido. El principio de revisabilidad de todas las creencias implica que el entramado conceptual puede ser ajustado de modo que algunas proposiciones que antes eran verdaderas pasen a ser falsas y viceversa. El reajuste debe realizarse teniendo en cuenta la capacidad predictiva y el control del entramado resultante⁵⁷¹. Estos ajustes están vedados por el tipo de explicación que sostuve. Las únicas creencias revisables son las que dependen de la comprobación empírica, y no hay nada en la experiencia que pueda obligarnos a revisar la verdad de $p \rightarrow \neg(\neg p)$. El análisis comienza con la red conceptual de los participantes, y la mejor teoría es aquella que logra brindarnos a priori un conocimiento teórico más profundo de algunos aspectos de la práctica. La profundidad de ese conocimiento teórico es evaluada tomando como criterio los valores epistémicos.

6.5-La capacidad explicativa de la fórmula de Hand: un análisis conceptual

En este apartado pretendo revisar el argumento del punto VI.3.3, a fin de ilustrar de modo más concreto cómo el análisis conceptual sirve para evaluar la explicación de una práctica jurídica, la responsabilidad extracontractual en nuestro caso. En varias oportunidades, vimos que un juicio de responsabilidad se fundamenta en ciertos presupuestos, básicamente, la causalidad, el daño y un factor de atribución, ya sea la culpa, el riesgo o el beneficio obtenido de una actividad. Estos presupuestos son lógicamente independientes, por lo que pueden darse unos sin que se verifiquen los otros. El análisis usual que realizan los tribunales o los dogmáticos es estratificado. Lo primero que debe determinarse es la existencia de un daño, es decir, de un perjuicio a un bien jurídicamente protegido. Luego debe haber una razón para imponer al agente dañador la obligación de reparar. La conducta negligente o la introducción de un riesgo cuentan como razones en este sentido, siempre que estén conectados adecuadamente con el daño. Esto nos lleva al último paso del análisis, en el que se procede a comprobar una vinculación causal entre el acto o el hecho del demandado y el daño que sufrió el demandante. Por supuesto, un pleito de responsabilidad civil es mucho más complejo. Existen cargas probatorias, eximentes de responsabilidad, etcétera, de las que no me estoy ocupando aquí. Mi interés está en discutir la interpretación económica

⁵⁷¹ Véase COLEMAN, 2001: 9, nota 11.

de dos de estos presupuestos. Me refiero a la negligencia (N) y a la causalidad (C).

Para el AED, la negligencia es la omisión de las medidas precautorias que podrían evitar el daño, o reducir la probabilidad de su ocurrencia, a un coste menor que el valor esperado del accidente. Este balance entre costes y beneficios es expresado en la literatura con la fórmula de Hand (V.5.1). Por otra parte, la noción económica de causalidad está también relacionada con un análisis coste-beneficio. En el apartado VI.3.3, mencioné la opinión de LANDES y POSNER, entre otras, de acuerdo con la cual la violación de un estándar jurídico no es la *causa* de un accidente si la adopción de un nivel más alto de medidas precautorias no reduce el coste esperado del daño. El mismo análisis coste-beneficio que se emplea para interpretar la culpa del agente dañador se emplea para identificar al causante del accidente.

Representemos a cualquier individuo x que satisface la fórmula de Hand con la expresión Hx , a quien es negligente con Nx y a quien es causante con Cx . Así, uno puede resumir las tesis del AED del siguiente modo:

1. $\forall x (Nx \leftrightarrow Hx)^{572}$
2. $\forall x (Cx \leftrightarrow Hx)^{573}$

De estas dos proposiciones pueden derivarse las siguientes cuatro:

3. $\forall x (Nx \rightarrow Hx)$
4. $\forall x (Hx \rightarrow Nx)$
5. $\forall x (Cx \rightarrow Hx)$
6. $\forall x (Hx \rightarrow Cx)$

Ahora pueden elaborarse los siguientes razonamientos:

⁵⁷² Para todo x , x es negligente si, y solo si, satisface la fórmula de Hand.

⁵⁷³ Para todo x , x es causante si, y solo si, satisface la fórmula de Hand.

$\forall x (Nx \rightarrow Hx)$	$\forall x (Cx \rightarrow Hx)$
$\forall x (Hx \rightarrow Cx)$	$\forall x (Hx \rightarrow Nx)$
Nx	Cx
Cx	Nx

El razonamiento de la izquierda demuestra que, siguiendo las definiciones del AED, si x es negligente, entonces también es causante. El razonamiento de la derecha, por su parte, demuestra que si x es causante, entonces también es negligente. Esto significa que siempre que alguien sea negligente será causante y viceversa:

$$\forall x (Nx \leftrightarrow Cx)$$

Si esta conclusión es correcta, el análisis económico presenta una explicación conceptual *prima facie* implausible, ya que atribuye irracionalidad a los individuos. La dogmática civilista sostiene que la negligencia y la causalidad son independientes, es decir, que es posible que un individuo sea negligente sin ser causante, y viceversa:

$$(Nx \wedge \neg Cx) \wedge (Cx \wedge \neg Nx)$$

El problema para el AED es que de cualquiera de estas dos proposiciones se sigue una contradicción: $Hx \wedge \neg Hx$. Cuando la dogmática sostiene que es posible, por ejemplo, $Cx \wedge \neg Nx$, si los conceptos deben ser entendidos como el análisis económico propone, la lógica deductiva nos indica que la dogmática es inconsistente, porque de sus afirmaciones se sigue $Hx \wedge \neg Hx$.

¿Qué demuestra el análisis conceptual de la interpretación económica de la responsabilidad extracontractual? En primer lugar, demuestra que sin brindar ninguna evidencia empírica los estudios de análisis económico atribuyen irracionalidad a los participantes, porque les adscriben creencias contradictorias. En este sentido, si los conceptos tuviesen un contenido económico, del discurso que surge de las sentencias y de la evolución dogmática se seguiría que alguien puede satisfacer y no satisfacer, a la vez, la fórmula de Hand. El principio de caridad de DAVIDSON, y también la concepción humanista de la persona (XI.5.2), nos llevan a presuponer racionalidad, salvo que haya evidencias claras de que la comunidad que se está estudiando desconoce las reglas básicas de inferencia. Ninguna evidencia presenta el AED para demostrar esto último, y de hecho no podría hacerlo, porque uno de los presupuestos fundamentales de todos los modelos que desarrollan es la racionalidad.

dad. Entonces, el AED presupone que los individuos son suficientemente racionales como para tomar las decisiones correctas en relación con la minimización de sus costes privados, pero no como para darse cuenta de que afirman dos proposiciones contradictorias ($Hx \wedge \neg Hx$). Por todo ello, creo que deberíamos dudar de la interpretación económica de los conceptos tradicionales, como la negligencia y la relación de causalidad.

Esta conclusión depende esencialmente de que se acepte la reconstrucción de las tesis del AED según las proposiciones 1 y 2. En ambas se expresa un bicondicional, por lo que la negación del antecedente implica la negación del consecuente. El razonamiento expresado muestra, entonces, que la negación de la culpa implica la negación de la causalidad, y viceversa. Pero si las relaciones de la negligencia y de la causalidad con la fórmula de Hand no fuesen expresadas mediante bicondicionales, mi argumento no se sostendría. Por ello, debe decirse algo respecto de la corrección de mi reconstrucción. Piénsese en una noción económica de negligencia representada solo por un condicional material como el siguiente: $\forall x (Hx \rightarrow Nx)$. Esto significa que si se satisface la fórmula de Hand, el agente dañador es negligente. No obstante, esta definición admite que un individuo sea negligente pese a que su conducta no satisfaga la fórmula de Hand. Es decir, el comportamiento anti-económico sería condición suficiente de la negligencia, pero no necesaria. Podría haber otras conductas que, aunque sean más beneficiosas que perjudiciales, fuesen consideradas negligentes de todas formas. Pero si este fuese el caso, el AED no podría sostener que el contenido del concepto de negligencia está determinado por la fórmula de Hand. La fórmula de Hand solo determinaría parcialmente su contenido. Sin embargo, la pretensión de los partidarios del AED es que podemos comprender la negligencia apelando *exclusivamente* a un análisis coste beneficio. Para que esto sea así, la relación entre la negligencia y la fórmula de Hand debe estar representada mediante un bicondicional. El mismo argumento es aplicable a la causalidad.

7-La transparencia en la explicación de la responsabilidad extracontractual

En *The practice of principle*, COLEMAN no solo propone una explicación conceptual de la responsabilidad extracontractual sino que insiste en que la justicia correctiva hace inteligibles los conceptos centrales de la práctica. Estos conceptos son la responsabilidad, la causalidad, el deber, el injusto, el daño, la pérdida, la previsibilidad y la compensación, entre otros⁵⁷⁴. El gran atractivo de la justicia correctiva es que hace *transparente* el modo en que estas nociones están relacionadas y cómo se vinculan con la inferencia de respon-

⁵⁷⁴ COLEMAN, 2001: 13.

sabilidad⁵⁷⁵. El derecho de daños tiene ciertas características que resultan obvias para la mayoría de las personas. En primer lugar, la adjudicación presenta una estructura bilateral, en el sentido de que un individuo, la víctima, demanda a otro individuo, el agente dañador, alegando que éste último le ha causado un daño. En el caso paradigmático de responsabilidad extracontractual, nadie más está involucrado como parte del litigio. Ambos sujetos esgrimen argumentos y presentan pruebas dirigidas a demostrar la verdad de los hechos relevantes para su pretensión. Gran parte del debate tendrá lugar en torno a nociones como la causalidad, el monto del daño y un factor de atribución (la culpa o el riesgo). Finalmente, el litigio se decide tomando en consideración cuál de las partes articuló el mejor argumento para la responsabilidad.

Estas características son evidentes para cualquiera que esté familiarizado con la institución, aunque no tenga un conocimiento teórico de ella, y el propósito de que el derecho de daños esté diseñado de esta manera es transparente a la luz de nuestras intuiciones sobre la justicia correctiva. En otras palabras, el derecho de daños es bilateral, e incluye las doctrinas sustantivas señaladas en el párrafo anterior, porque es una institucionalización de la justicia correctiva. La misma idea expresa ZIPURSKY al sostener que la teoría de la justicia correctiva proyecta una imagen del contenido de los conceptos y los principios de la responsabilidad extracontractual que explica cierto conjunto de inferencias que tienen lugar en el derecho de daños. Cuando los tribunales imponen responsabilidad al demandado, lo hacen en virtud de que causó un daño injusto al actor. Este hecho es el fundamento de una inferencia práctica que culmina en la imposición de responsabilidad⁵⁷⁶. En cambio, el AED no cuenta con este atractivo. Al contrario, convierte estas características que son transparentes para la justicia correctiva en algo misterioso y opaco⁵⁷⁷.

Para el análisis económico, todas las intuiciones, por ejemplo, aquellas referidas a que es el agente dañador, y nadie más, quien debe reparar el daño de la víctima por haberlo causado, están equivocadas. La verdadera razón por la que el derecho de daños presenta esta estructura bilateral es que existen costes de transacción. El propósito de la responsabilidad extracontractual es lograr una reducción óptima de los costes de los accidentes. Para ello es necesario hacer responsable a quien puede evitar el daño de modo más económico. Pero usualmente los costes de identificar caso por caso al individuo que se encuentra en esta posición son prohibitivos. La estructura bilateral, entonces, funciona como un mecanismo heurístico. Sirve solo a los fines de identificar a quien probablemente estaba en condiciones de minimizar el coste del daño y de las medidas precautorias. Cuando los costes de búsqueda

⁵⁷⁵ COLEMAN, 2001: xv.

⁵⁷⁶ ZIPURSKY, 2000: 478.

⁵⁷⁷ COLEMAN, 2001: 20-22.

son elevados, la bilateralidad contribuye a lograr el mejor resultado posible. Dicho de otro modo, en ausencia de costes de transacción, el derecho de daños haría responsable al evitador más eficiente, aunque no tuviese relación alguna con el accidente. Sin embargo, siendo los costes de transacción positivos, la bilateralidad es una manera imperfecta de identificar a quién pudo evitar el daño a menor coste. Esto permite lograr el segundo mejor resultado, en comparación con lo que sería eficiente en un mundo ideal. Es decir, en el mundo real, marcado por las deficiencias informativas, la bilateralidad es eficiente porque los costes de búsqueda no compensan los beneficios de encontrar a quien podía de hecho evitar el daño a menor coste.

Esta explicación económica de los rasgos centrales del derecho de daños asume que, en ausencia de costes de transacción, la bilateralidad es incomprendible⁵⁷⁸. Por ello, la explicación del AED no satisface el criterio de transparencia. Todo lo que resulta obvio para los participantes de la práctica de la responsabilidad y la compensación termina siendo, como lo expresa COLEMAN, una *ilusión ideológica*⁵⁷⁹. Lo que crean los individuos respecto del derecho de daños es irrelevante para esta posición. Por lo tanto, el AED no puede pretender brindar una teoría que satisfaga el punto de vista interno. La razón por la que no puede hacerlo es que tampoco satisface el criterio de transparencia. Ya he dicho que una teoría no tiene por qué tomar en consideración el punto de vista interno para ser explicativa del fenómeno social. En todo caso, no podrá dar cuenta del modo en que los propios participantes interpretan la práctica, pero puede iluminar otros aspectos también importantes, como los efectos de las reglas de responsabilidad sobre los incentivos que reciben las partes para tomar medidas precautorias eficientes o la incidencia de los esquemas alternativos de reparación sobre la distribución de la riqueza. No toda explicación debe ser interna para contribuir en la comprensión de algún aspecto del fenómeno.

No obstante, en este momento del debate se introduce el criterio de transparencia para evaluar las teorías, y se lo trata como un criterio independiente de la explicación interna. La razón de ello es que la transparencia puede ser un criterio relevante en todo tipo de explicación. Incluso una teoría en ciencias naturales puede ser evaluada también teniendo en cuenta si es transparente. Por ejemplo, una teoría acerca del comportamiento de los fotones puede parecer contraintuitiva antes de que sea posible comprobarla empíricamente. En este sentido, será no transparente. Pero la transparencia aquí, obviamente, no se refiere al punto de vista interno de los fotones, sino a nuestra intuición de que la teoría es probablemente correcta. Por ello, en ciencias sociales una teoría puede ser transparente aunque no sea una teoría interna. De todas maneras, existe una relación entre la explicación interna y la transparencia: ninguna explicación puede contar como interna si no es

⁵⁷⁸ COLEMAN, 2001: 21.

⁵⁷⁹ COLEMAN, 2001: 22.

transparente. En otras palabras, para que una explicación sea genuinamente interna es condición necesaria que satisfaga el criterio de transparencia⁵⁸⁰. Todo ello sin perjuicio de que la transparencia, a diferencia de otros valores epistémicos como la amplitud de la teoría o su consistencia, es un criterio cuyo estatus epistémico está discutido⁵⁸¹.

El AED, nuevamente guiado por sus aspiraciones imperialistas, no se conforma con la posibilidad de ofrecer explicaciones externas —como la explicación funcional que se analizará en el siguiente punto o los estudios predictivos— e intenta argumentar que la interpretación económica puede brindar una explicación interna y, por lo tanto, satisfacer el criterio de transparencia. Jody KRAUS, citando a Stephen SMITH, sintetiza la idea de transparencia diciendo que ella describe la medida en la que el razonamiento expreso de los funcionarios coincide con el razonamiento real que utilizan en sus sentencias⁵⁸². Con esta definición de transparencia, si el razonamiento real de los jueces es consecuencialista, es decir, se funda en la eficiencia, necesariamente habrá una discordancia con el lenguaje deóntico que se expresa en las sentencias. Sin embargo, observa KRAUS, esta crítica presupone que el significado de los términos morales que figuran en el razonamiento expreso de los jueces está dado por una teoría moral deontológica⁵⁸³.

En este punto introduce la *tesis de la convergencia contextual*, según la cual existe una convergencia entre el razonamiento real de los jueces y el expresado en las sentencias porque, para explicar sus razonamientos consecuencialistas, los

⁵⁸⁰ La justicia correctiva es transparente no porque los participantes de la práctica reconozcan estar implementando este principio por medio del derecho de daños. En lugar de ello, es transparente porque ellos reconocerían a la justicia correctiva como una explicación de lo que hacen, como una caracterización adecuada de la responsabilidad extracontractual. En algún sentido, la transparencia también tiene que ver con lo que STRAWSON denomina dominio teórico y dominio práctico (XI.6.2). La gramática castellana es transparente para los hablantes del castellano no porque la dominen teóricamente o sean conscientes de sus reglas, sino porque reconocerían a la gramática como una descripción del modo adecuado de hablar.

⁵⁸¹ Así, TROUT sostiene que una explicación precisa, sin importar cuán poco transparentes sean sus componentes, es superior a una teoría imprecisa que nos hace sentir la satisfacción psicológica de haber comprendido el fenómeno. Únicamente la primera explicación está conectada con el mundo del modo apropiado para hacer de la ciencia una empresa exitosa. Ello en tanto debemos dudar de que la sensación de haber comprendido tenga algún valor epistémico. Véase TROUT, 2002: 230.

⁵⁸² KRAUS, 2007: 289. Nótese que esta noción de transparencia es mucho más exigente que la sostenida en los párrafos anteriores. Sería mucho más sencillo para el AED mostrar que el principio de eficiencia puede ser transparente, en el sentido de que sería reconocido por los participantes. No obstante, KRAUS elabora una respuesta para la *versión fuerte* formulada por SMITH, de acuerdo con la cual debe haber una correspondencia entre el razonamiento real y el razonamiento expresado en las sentencias. De todas maneras, los argumentos que he ofrecido en contra del AED toman como parámetro un criterio de transparencia *débil*, por lo que resulta indiferente qué versión del criterio se adopte.

⁵⁸³ KRAUS, 2007: 297.

jueces emplean los términos morales con un significado *especializado*, también consecuencialista. La estrategia de KRAUS es negar que la transparencia deba ser evaluada de acuerdo con el significado evidente de los términos. Al menos en el *Common Law*, los términos morales como «deber», «derechos», «correcto» o «incorrecto» tienen un *significado contextual distinto del significado moral ordinario*. Si se toma en consideración el significado contextual, ya no hay discordancia entre el razonamiento consecuencialista que el AED adscribe a los jueces y el razonamiento expresado en las sentencias. Ello es así porque si bien las decisiones son redactadas en un lenguaje deóntico relacionado con los derechos y deberes correlativos de las partes, el significado de todo este discurso no es el ordinario, sino que es un significado especial que los jueces conocen. Por consiguiente, el AED satisface el criterio de transparencia y, además, ofrece una explicación interna puesto que, una vez interpretado el lenguaje de las sentencias con el mismo significado que tiene para los jueces, es posible afirmar que ellos se ven a sí mismos decidiendo los casos con un razonamiento consecuencialista⁵⁸⁴.

Para que esta tesis sea plausible es necesario hacer varias aclaraciones. En primer lugar, ¿cómo es que los términos deónticos tienen un significado consecuencialista en el contexto del *Common Law*? La respuesta de KRAUS es que el lenguaje deóntico es vago, por lo que es imposible saber cuál es la norma expresada por las disposiciones jurídicas. Esto es lo mismo que afirmar que el derecho está indeterminado, en el sentido de que las razones jurídicas disponibles son inadecuadas como justificación completa de los resultados para las cuales se las ofrece⁵⁸⁵. En su labor interpretativa, los jueces han solucionado esta indeterminación con un razonamiento consecuencialista más preciso. Uno puede considerar que los jueces implícitamente apelan a criterios económicos para completar el significado de los textos autoritativos o que estos textos, con el tiempo, han adquirido definitivamente un significado consecuencialista, aunque originalmente era deontológico⁵⁸⁶.

Por otra parte, aun aceptando que los términos deónticos son vagos y que esto lleva a la indeterminación del derecho de daños, la idea de que los jueces completan el significado de los textos con un razonamiento económico supone que los jueces tienen conocimientos de economía que, evidentemente, no todos los jueces poseen. KRAUS toma en consideración esta posible objeción y responde que efectivamente esta podría ser una razón por la cual los jueces no se ven a sí mismos aplicando razonamientos económicos, justamente porque no tienen conocimientos profundos de economía⁵⁸⁷. Pero, entonces, ¿cómo puede KRAUS sostener que su explicación es una explicación interna si los jueces no la reconocerían como una descripción de lo que

⁵⁸⁴ Para la tesis de la convergencia contextual véase KRAUS, 2007: 299-300.

⁵⁸⁵ COLEMAN y LEITER, 1993: 561.

⁵⁸⁶ KRAUS, 2007: 320-321.

⁵⁸⁷ KRAUS, 2007: 333.

ellos hacen? Bueno, aquí KRAUS guarda silencio, pero en su favor puede decirse que la explicación podría seguir siendo interna si se distingue entre el dominio teórico de la economía y el dominio práctico. Los jueces podrían haber desarrollado un dominio práctico de los principios económicos básicos que emplean en sus razonamientos con total naturalidad. Si esta fuese una buena explicación, los jueces luego de reflexionar deberían verse a sí mismos decidiendo los casos según los estándares de eficiencia.

Por último, ¿por qué los jueces del *Common Law* siguen expresando sus sentencias en un lenguaje deóntico si el razonamiento que emplean es consecuencialista? ¿Qué les impide expresar sus razonamientos en términos cuyo significado ordinario sea también consecuencialista? KRAUS responde que los jueces están sujetos a las normas del *Common Law* de acuerdo con las cuales, por imperio del principio de *stare decisis*, deben respetar los precedentes. En este sentido, los jueces deben decidir los casos empleando el razonamiento que otros jueces han empleado en el pasado. Los jueces no estaban facultados, ni lo están ahora, para reemplazar el lenguaje deóntico por su propio lenguaje consecuencialista. Pero, según KRAUS, lo que sí podían hacer, y se vieron forzados a hacer dada la tesis de la indeterminación, es interpretar este lenguaje para cumplir con su deber de reiterar las doctrinas del *Common Law* elaboradas en sentencias anteriores⁵⁸⁸.

Una vez aclaradas estas cuestiones, corresponde evaluar la plausibilidad de la tesis de la convergencia contextual. Considero que hay cuatro argumentos para rechazar esta tesis. Primero, KRAUS supone que los términos deónticos son totalmente vagos, por lo que el derecho estaría necesariamente indeterminado, y ello obliga a los jueces a recurrir a un razonamiento consecuencialista para poder dictar sus sentencias. No obstante, para poder realizar un cálculo consecuencialista, más precisamente, un juicio de eficiencia, el juez requiere de una información imposible de obtener. Recuérdese que el propio Hand admitió que la aplicación de su fórmula para determinar la negligencia requiere de información inaccesible, por lo que la cuestión del cuidado razonable debería ser decidida por el jurado en base a los «estándares comúnmente aceptados» (VI.1). Por lo tanto, no se aprecia cuál es la ventaja de reemplazar términos supuestamente vacíos, como los términos morales o deónticos, por términos cuya correcta aplicación deviene imposible por falta de información. Aun cuando los jueces se hayan inclinado por un razonamiento consecuencialista, el principio de eficiencia no puede proveerles el tipo de guía que necesitan.

La segunda razón para rechazar la tesis de la convergencia contextual es que aun cuando KRAUS tenga razón respecto de que algunos casos, no todos, están indeterminados por el lenguaje deóntico, no se sigue que el razonamiento deba necesariamente ser completado por medio de criterios de efi-

⁵⁸⁸ KRAUS, 2007: 333.

ciencia. En efecto, la eficiencia no es el único criterio al que los jueces pueden recurrir para completar el derecho. Cuando un juez descubre que el derecho está indeterminado en un caso concreto, supongamos porque la disposición normativa es vaga, cualquier decisión que tome se fundará en razones extra jurídicas. Por ello, este será un ejercicio de creación normativa y no de aplicación del derecho preexistente. En todo caso de responsabilidad extracontractual el litigio se presentará entre dos individuos cuyas actividades no pueden subsistir mutuamente sin que haya pérdidas involucradas para una de las partes, o para ambas. Cualquiera sea la decisión que tome el juez, esta supone una definición de derechos (X.1.3). Por ejemplo, si dicta una sentencia favorable al demandante le estará otorgando un derecho a no ser dañado por el tipo de actividad que realizó el demandado. Si dicta sentencia en sentido contrario, habrá otorgado un derecho al demandado a realizar su actividad libre de responsabilidad por los daños que sufran los terceros. La determinación de los deberes y los derechos de las partes, es fácil apreciar ahora, es una tarea de justicia distributiva, y KRAUS parece pensar que la única alternativa que tienen los jueces al momento de definir derechos es apelar a las teorías económicas de la distribución de los recursos. Obviamente, hay otras alternativas que en el plano normativo han resultado más plausibles que la eficiencia (véase el capítulo II).

El tercer argumento en contra de la tesis de KRAUS consiste simplemente en señalar su extraña concepción del principio de *stare decisis*. La invocación de este principio tenía por finalidad explicar por qué los jueces del *Common Law* seguirían empleando un lenguaje deóntico, impreciso, para expresar sus razonamientos consecuencialistas. La razón de esto es que los jueces están obligados a seguir los razonamientos elaborados en las sentencias anteriores. No obstante, salvo que se interprete el principio de *stare decisis* como exigiendo únicamente la preservación de la gramática superficial de las sentencias, el argumento no funciona. La obligación de seguir el precedente es entendida usualmente como un deber de aplicar *el mismo criterio* de decisión para resolver los casos. KRAUS parece limitarlo a un deber de aplicar *el mismo lenguaje*. La idea que está detrás de la autoridad del precedente no puede permitir que el juez tome la decisión que le venga en gana, siempre que logre expresarla en los términos usuales. En definitiva, su caracterización del *stare decisis* convierte este principio en una obligación de conservar un estilo de expresión y no un estilo de razonamiento.

Finalmente, el cuarto argumento para rechazar la tesis de la convergencia contextual es el mismo que surge del análisis conceptual de la interpretación económica de la negligencia y de la noción de causalidad que realicé en el punto anterior. Si la tesis de la convergencia contextual es verdadera, entonces, cada vez que un juez sostiene que en un caso hay negligencia sin haber causalidad, sostiene simultáneamente que el demandado no tomó las medidas precautorias eficientes y que sí las tomó. Es claro que los términos «negligen-

cia» y «causalidad» no pueden tener para los jueces un significado económico dado por la fórmula de Hand, salvo que sean completamente irracionales.

8-El AED y la explicación funcional

8.1-El modelo de explicación funcional

La explicación funcional en las ciencias sociales se adecúa básicamente a los mismos parámetros de las explicaciones que usualmente se ofrecen en biología. En este campo de conocimiento, las investigaciones apuntan a descubrir por qué tiene lugar un *proceso* (¿por qué ocurre la fotosíntesis?), qué explica la presencia de algún *órgano* en ciertas especies (¿por qué los peces tienen branquias?) o de algún *rasgo* o *característica* (¿por qué tienen manchas los leopardos?). Las respuestas en todos los casos tienen que ver con la función que cumple un determinado ítem (el proceso, el órgano o la característica) en un ecosistema u organismo. Así, ‘la función del corazón es hacer circular la sangre’, ‘la función de los pulgares de los pies es contribuir a que el individuo mantenga el equilibrio’, ‘la función del hígado es segregar bilis’, son todas afirmaciones que tienen la forma de una explicación funcional⁵⁸⁹. En las ciencias sociales la idea de organismo es reemplazada por la de sistema social, y aquello de lo que se predica la función, en lugar de ser un órgano o un rasgo, puede ser una práctica o institución. Ejemplos clásicos en este sentido son las explicaciones funcionales de la religión o de la familia. ‘La religión tiene por función lograr una mayor cohesión social entre los miembros de una comunidad’ o ‘la familia cumple la función de proteger a los hijos y entrenarlos de modo que se maximice su aptitud para la supervivencia’ son proposiciones que pretenden explicar ciertas instituciones por la función que cumplen en un sistema social.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual el AED podría ofrecer explícitamente explicaciones funcionales, y a veces lo hace. POSNER incluye en su tesis sobre la eficiencia del *Common Law* la cláusula «como si», al decir que las reglas y las decisiones judiciales del *Common Law* pueden ser interpretadas de mejor manera cuando se analiza la labor de los jueces *como si* ellos estuviesen intentando lograr una asignación eficiente de los recursos (véase el capítulo I). Su explicación hace referencia a algún tipo de mecanismo social que es independiente de que los jueces conscientemente persigan la maximización de la riqueza. En otro trabajo, manifiesta su rechazo por las explicaciones conceptuales. Sostiene que la teoría tradicional está viciada de inicio porque se vale de clasificaciones como la distinción entre el derecho civil y el derecho penal o, dentro del derecho civil, entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, a las que subyace un pensamiento esencialista que

⁵⁸⁹ Véase la exposición de HEMPEL, 1965: 401-405.

se preocupa inútilmente por definir la palabra «derecho». Lo mismo corresponde afirmar respecto de la asociación del derecho penal con la disuasión y del derecho de daños con la compensación. En lugar de pensar en el derecho penal o el derecho civil como conceptos se los debe concebir como instrumentos. En términos de su *función*, el derecho civil y el derecho penal ponen un *precio* a las conductas para desalentarlas o, al menos, controlarlas⁵⁹⁰. Para esta visión es irrelevante que el concepto de derecho de daños tenga un rol inferencial distinto del concepto de derecho penal; asimismo, gravar con impuestos un determinado tipo de conducta puede producir el mismo efecto que una regla de responsabilidad objetiva, en tanto ambas reducirían el nivel de actividad. Ahora bien, el contenido de estos conceptos desde el punto de vista interno no socava de ningún modo la posibilidad de articular explicaciones funcionales, solo que no serán explicaciones internas sino externas. En el desarrollo anterior creo haber mostrado que POSNER se equivoca al rechazar las explicaciones conceptuales, pero también se equivocan quienes rechazan las explicaciones funcionales por el hecho de ser externas. Al final de este apartado espero pueda apreciarse que ambos tipos de explicación pueden subsistir pacíficamente en cualquier objeto de estudio, porque intentan dar cuenta de distintos aspectos de la realidad social.

En la típica explicación funcional, las funciones que cumple una institución en un determinado sistema social son opacas a los participantes, pero no tienen por qué serlo. Los desarrollos teóricos son parte de la vida en sociedad, por lo tanto, es esperable que las funciones descubiertas por los investigadores, luego de algún tiempo, pasen a ser conocidas por el resto de los individuos. Pese a todo, la explicación sigue siendo funcional dado que no depende de la autocomprensión de los individuos, sino que apunta a los efectos beneficiosos producidos por una institución o práctica. En este sentido, no sostengo una versión de la explicación funcional tan exigente como la de ELSTER, para quien es una parte esencial de este tipo de teorías que el efecto beneficioso de la institución o práctica sea: a) *no intencional* para los miembros de la comunidad; b) *no reconocido* por los actores de la comunidad o, al menos, que les sea desconocido cómo es que sus acciones producen el efecto beneficioso⁵⁹¹. La razón por la que ELSTER incluye estas condiciones, entre otras, como parte de una explicación funcional es que si los individuos fuesen conscientes de los efectos beneficiosos de sus acciones o si la obtención de estos efectos fuese intencional, la explicación pasaría a ser interna. Sin embargo, creo que tiene razón SCHWARTZ en su crítica a este modelo. La explicación podría seguir siendo funcional siempre que las acciones que generan el efecto beneficioso sean *intencionales* pero sus consecuencias *imprevistas* para los individuos. Asimismo, si el reconocimiento de los beneficios que produce la institución es causalmente inerte, no se advierte por qué la explicación dejaría de ser funcional; el mero hecho de que luego de un tiempo los

⁵⁹⁰ POSNER, 1996: 54.

⁵⁹¹ ELSTER, 1984: 28.

participantes de la práctica tomen consciencia de los efectos beneficios de sus instituciones o patrones de conducta no atenta contra la idea de que una explicación sea funcional⁵⁹². Por ejemplo, la explicación funcional de la religión como un modo de cohesión social podría seguir siendo una buena explicación aunque, después de algún tiempo, todos los participantes de las prácticas religiosas conociesen los efectos beneficiosos, pero no buscados, de la religión. La estructura de la explicación se mantendría siempre que este conocimiento fuese causalmente irrelevante para el mantenimiento de la práctica religiosa; es decir, siempre que el hecho de conocer la función no afectase las razones de los participantes para sostener una religión⁵⁹³.

Veamos ahora cuál es la estructura de una explicación funcional. Una idea bastante difundida relaciona las funciones con las causas. Así, afirmar que *x* cumple la función *Y*, sería lógicamente equivalente a sostener que *x* causa *Y*, o que *Y* es efecto de *x*⁵⁹⁴. Según esta visión, la *función* está asociada con algo que el órgano *hace*. Por ejemplo, la proposición según la cual la función del corazón es hacer circular la sangre es lógicamente equivalente a la proposición de que el corazón hace circular la sangre.

Las debilidades de este modelo son evidentes. Llamemos *analizandum* a las proposiciones que se refieren a la función y *analizans* a las que se refieren a la transformación de las primeras a un lenguaje causal. El modelo recién descrito permite que el analizandum sea falso y el analizans verdadero, o a la inversa. Si algún teórico concluyese que la función del corazón es hacer ruido por el hecho de que es verdad que el corazón hace ruido, tendríamos un caso en el que el analizandum es falso y el analizans verdadero⁵⁹⁵. Ello demuestra que la correcta traducción de una proposición funcional no puede ser únicamente en términos de lo que *hace* el órgano. El corazón hace muchas cosas pero no todas ellas son sus funciones. Los divergencia en los valores de verdad del analizandum y del analizans en este modelo también permiten que el primero sea verdadero, como cuando se sostiene 'la siguiente es una lista completa de las funciones del hígado: segrega bilis, ..., y regula la coagulación sanguínea', y el analizans falso, ya que el hígado *hace* más cosas (como el corazón que hace ruido) que 'segregar bilis, ..., y regular la coagulación sanguínea'.

Cualquier concepción de la explicación funcional, para ser plausible, debe garantizar que el analizandum y el analizans tengan los mismos valores de verdad. Para mejorar el modelo, debemos preguntarnos qué es lo que falla en

⁵⁹² SCHWARTZ, 1993: 281-282.

⁵⁹³ Esta idea puede resumirse señalando que las explicaciones funcionales, a diferencia de las explicaciones basadas en razones o propósitos, no presuponen la agencia de los individuos. Véase BROWN, 1963: 109.

⁵⁹⁴ GRUNER, 1966: 520.

⁵⁹⁵ CANFIELD, 1964: 289-290.

la forma recién analizada. La respuesta parece ser que no cualquier efecto causado por un órgano puede ser considerado su función porque el análisis funcional tiene que ver con la contribución de un órgano (x) a un organismo (S). En este sentido, nos interesa el beneficio que x produce en S. El ruido es algo que el corazón hace, pero que no contribuye con ningún beneficio al organismo en el que se encuentra. Esta intuición de que la función está relacionada con las contribuciones beneficiosas se plasma de hecho en las explicaciones biológicas que vinculan la presencia de ciertas características en un espécimen con su capacidad de subsistencia o de reproducción. La capacidad de camuflarse de algunos animales contribuye a incrementar las probabilidades de que el espécimen sobreviva a los ataques de su depredador. Un miembro de la especie que careciese del camuflaje, tal vez por un defecto genético, tendría menos probabilidades de subsistir en su ambiente. Por ello, podemos afirmar que el camuflaje cumple una función.

Si estas apreciaciones son correctas, entonces un modelo de explicación funcional más preciso podría ser el siguiente: ‘la función de x en S es hacer Y’, *significa* que x hace Y; y que Y es beneficioso para S, en el sentido de que si, *ceteris paribus*, Y no fuese realizado en algún S, entonces la probabilidad de que se produzca el efecto beneficioso en aquél S sería menor que la probabilidad de que se produzca en otro S en el que Y sí se realiza⁵⁹⁶. Con una explicación en concreto: ‘la función de los cromatóforos en los cefalópodos es camuflarlos’ *significa* que los cromatóforos los camufla; y que el camuflaje es beneficioso para los cefalópodos, en el sentido de que si, *ceteris paribus*, el camuflaje no fuese realizado en algún cefalópodo, entonces la probabilidad de subsistencia de aquél cefalópodo sería menor que la de otro cefalópodo en el que el camuflaje sí se realiza.

Una vez introducida la idea de que la función supone un aporte beneficioso para el sistema pueden apreciarse dos cosas. En primer lugar, queda clara la diferencia entre la explicación causal y la explicación funcional. La noción de beneficio explicita la razón por la cual la verdad de ‘el corazón hace ruido’ no implica la verdad de ‘la función del corazón es hacer ruido’. En segundo lugar, debemos estar atentos a que la posibilidad de afirmar que algún efecto es beneficioso para el sistema requiere contar con alguna teoría del sistema⁵⁹⁷. La afirmación de que algunas características cumplen funciones en un sistema implica realizar un juicio valorativo a la luz de nuestra teoría. En ciencias sociales esto puede ser problemático, porque la valoración, como se verá más adelante, podría convertirse rápidamente en una selección normativa de cuáles son funciones de nuestros sistemas jurídicos y cuáles no.

El modelo elaborado hasta aquí captura con bastante aproximación la naturaleza de las proposiciones que forman parte de una explicación funcional.

⁵⁹⁶ He modificado ligeramente el modelo de CANFIELD, 1964: 292.

⁵⁹⁷ SCHWARTZ, 1993: 279.

Sin embargo, aunque logra diferenciar las proposiciones funcionales de las proposiciones causales, el elemento causal sigue siendo una parte esencial. Para expresarlo con mayor claridad, la verdad de las proposiciones causales es condición necesaria de la verdad de las proposiciones funcionales. Afirmar que *x* cumple la función *Y*, sigue implicando que *x* hace *Y*. Por supuesto, no es lo único que implica. Afirmar lo segundo no es suficiente para tener una proposición funcional sino que además se requiere que se explicita de qué modo que *x* haga *Y* es beneficioso para el sistema en el que *x* está presente. El problema ahora es que *x* solo puede tener la función *Y* si puede realizar *Y*. Por lo tanto, el modelo no captura aquellos casos en los que el órgano *x* tiene la función *Y* pero no puede realizarla. Por ejemplo, los pulgares de los pies de Aurelio cumplen la función de ayudarlo a mantener el equilibrio, aunque Aurelio nunca haya podido caminar. Según este modelo, los pulgares de Aurelio no pueden cumplir ninguna función⁵⁹⁸. Uno podría reflexionar sobre esta crítica de la siguiente manera: Aurelio nació sin poder caminar y los pulgares de sus pies no pueden cumplir ninguna función en ese contexto. Pero si Aurelio careciese de pulgares en los pies, *ceteris paribus*, tendría menos probabilidades de mantener el equilibrio. Entonces, el modelo puede dar cuenta de que los pulgares de Aurelio tienen una función, aunque no la desempeñan de hecho. El contraejemplo de Aurelio se basa en un caso en el que la cláusula *ceteris paribus* no se respeta.

Pese a todo, la crítica nos llama la atención sobre algo interesante que el modelo podría incorporar: la idea de función como *disposición*; *x* tiene la función *Y* si, y solo si, *x* tiene la disposición de hacer *Y*, e *Y* es beneficioso para *S*. La noción de disposición es importante para capturar todos los casos en los que el camuflaje, por ejemplo, es ineficaz o casos como el del sistema inmunológico. Parece acertado afirmar que la función del sistema inmunológico es proteger al cuerpo contra las infecciones. No obstante, el proceso conocido como autoinmunidad, en el cual el sistema inmunológico ataca al propio cuerpo, pondría en jaque la idea de que el sistema inmunológico tiene la función de proteger el cuerpo, entendiendo por esto que efectivamente lo protege. Ahora, si en lugar de afirmar que efectivamente lo protege decimos que tiene la disposición a protegerlo, la atribución de función seguirá siendo verdadera a pesar de los contraejemplos. Evidentemente, cuántos contraejemplos pueden verificarse antes de que la atribución de función empiece a ser sospechosa es una cuestión de grados. Otra vez, al igual que la introducción de la noción de beneficio llama la atención sobre la valoración al seleccionar una causa como función, la introducción de la noción de disposición llama nuestra atención sobre el carácter normativo de la propia idea de función: la función de *x* no es algo que *x* hace, sino algo que *x* debe hacer. El

⁵⁹⁸ RISJORD, 1998: 306-307.

sistema inmunológico *debe* proteger contra las infecciones, los pulgares de los pies *deben* contribuir a mantener el equilibrio⁵⁹⁹.

Esta última formulación de las proposiciones funcionales creo que es analíticamente correcta. Con esto, aunque restan algunas aclaraciones generales, es suficiente para evaluar si el AED puede brindar una buena explicación funcional de la responsabilidad extracontractual. En el apartado siguiente diré algo respecto de la necesidad de explicitar los mecanismos que producen la presencia de un rasgo y su disposición a causar un determinado resultado beneficioso para el sistema.

8.2-El AED como explicación funcional

¿Puede el AED ser una explicación funcional de la responsabilidad extracontractual? ¿Cuál sería el rasgo o la característica de esta institución que puede ser explicado en términos de su función? Si en algo coinciden todos los teóricos del derecho de daños es en que la bilateralidad es un rasgo del que debe dar cuenta cualquier explicación plausible de esta institución. Vimos que la bilateralidad para el AED es uno de los diversos modos de lograr un resultado eficiente. El argumento consiste en señalar que los costes de identificar al evitador más económico caso por caso siempre son superiores a los beneficios de hacerlo. Por ello se responsabiliza al agente que, de acuerdo con los criterios dogmáticos tradicionales, sería considerado causante del daño. Algunos podrán pensar que este resultado es un segundo mejor, pero eso es así porque no se toman en serio que los costes de búsqueda forman parte de la frontera paretiana (véase el apartado II.4). Desde esta perspectiva el resultado es óptimo. Este argumento supone que siempre, en todos los casos, los costes de búsqueda son superiores a los beneficios de identificar al evitador más económico. A primera vista uno puede pensar que no hay razón para aceptar que esto sea necesariamente así. De todas maneras, podemos suponer que aunque existan casos en los que es posible identificar al evitador más económico, habilitar este tipo de investigaciones en los litigios haría imposible contar con reglas de responsabilidad bien definidas *ex-ante* y, por ello, a fin de cuentas resulta más beneficioso adoptar de antemano un sistema bilateral.

Aun así, creo que existe una interpretación funcional de la responsabilidad extracontractual que el AED podría sustentar sin requerir que el resultado sea inmejorable u óptimo. El problema para el AED es que el criterio de eficiencia es demasiado estricto. Que la bilateralidad sea eficiente implica que ningún sistema alternativo podría generar un nivel de riqueza mayor. Sin embargo, no es necesario comprometerse con esto para defender las tesis del AED. Ya advertía DURKHEIM que los estados generalizados de una especie

⁵⁹⁹ RISJORD, 1998: 307.

nos dan razones para suponer que son más útiles que los excepcionales. Pero ello no nos habilita a suponer que sean los más útiles que existen o que pueden existir. No hay razones para pensar que todas las combinaciones posibles han sido probadas en el curso de la experiencia. Así, entre los sistemas alternativos concebibles tal vez haya alguno más ventajoso que los que conocemos⁶⁰⁰. El AED podría apoyarse en esta idea para afirmar que la bilateralidad, respecto de un mundo en que no existe, permite un ahorro sustancial de costes. En este sentido, promueve la eficiencia o genera una tendencia a la eficiencia, aunque el derecho de daños, por sí mismo, no pueda lograr el resultado más eficiente. En la medida en que el sistema de responsabilidad extracontractual reduzca efectivamente los costes de los accidentes –y hay razones para pensar que lo hace, aunque no los minimiza– la explicación funcional mantiene su atractivo. ¿Por qué?

Denominemos B a la responsabilidad extracontractual bilateral; RC a la reducción del costes de los accidentes; S a la comunidad relevante y W al incremento de la riqueza. La proposición funcional podría ser: ‘la función de B es RC en S’ que, con la regla de traducción del modelo que he delineado en el punto anterior, significa que B tiene una disposición a RC; y si, *ceteris paribus*, RC no tuviese lugar, entonces la probabilidad de W en S sería menor que la probabilidad de W en un S en el que RC sí tiene lugar. Nótese que el incremento de la riqueza es una capacidad del sistema general y no del derecho de daños exclusivamente. La responsabilidad extracontractual tiene una disposición a reducir el coste de los accidentes y esto contribuye a que el sistema, lo que incluye al resto de las ramas del derecho, pueda aumentar el nivel de riqueza de la comunidad.

Podría acusárseme de defender la plausibilidad del AED como explicación funcional sin comprometerme con las tesis por las que sus partidarios son conocidos. Resulta que la tesis que he formulado es mucho más débil que la del AED, y consiste en afirmar que el derecho de daños cumple la función de mantener la cantidad y la gravedad de los daños en un nivel razonable, no en un nivel óptimo⁶⁰¹. Con todo, creo que la crítica sería injustificada. Es

⁶⁰⁰ DURKHEIM, 1895: 110.

⁶⁰¹ ¿Podría esta tesis debilitada del AED servir para articular una explicación conceptual desde el punto de vista interno? ¿Podría sostenerse que la estructura bilateral es, desde la propia interpretación de los participantes, un mecanismo para mantener los costes de los accidentes en un nivel razonable? En este caso, creo que esta tesis tendría más posibilidades de ser plausible que la tesis de la eficiencia. Pero aun resta por explicar cómo puede ser una explicación interna cuando el análisis no parte de ninguno de los conceptos que se plasman en el discurso de los miembros relevantes de la comunidad. Aunque algunos teóricos hablen en términos de eficiencia, son los funcionarios públicos los que con su práctica constituyen el sistema jurídico; y el control de los costes de los accidentes no cumple ningún papel en el razonamiento que expresan en sus decisiones, aunque sí lo cumplen las nociones de deber, causalidad, derechos, daño, compensación, etcétera. En definitiva, la tesis de la eficiencia creo que es simplemente falsa; la tesis del control del

posible defender una explicación funcional del derecho de daños y a la vez reconocer que la disposición a la maximización de la riqueza puede verse obstaculizada por razones que no tienen que ver con las propias reglas de responsabilidad. POSNER, por ejemplo, reconoce que una regla cualquiera, como la negligencia contributiva, puede ser la plasmación de una política de eficiencia aunque no logre el resultado, tal vez porque los individuos a quienes se dirige la regla no la conocen; o porque, dados los incentivos que reciben del sistema de seguros, no conforman su conducta a ella; o porque los costes administrativos determinan que la probabilidad de que sus destinatarios tengan que pagar una indemnización sea demasiado baja⁶⁰². COOTER y KORNHAUSER, por su parte, llegan a la conclusión de que el sistema jurídico nunca puede alcanzar una situación óptima, pero el proceso de selección de normas sí puede mejorar el derecho respecto de cómo estaría si este proceso no tuviese lugar⁶⁰³. De aquí se sigue que es posible elaborar un argumento a favor de la interpretación funcional de la responsabilidad extracontractual sin defender a la vez que el derecho es *de hecho* eficiente. Esta tesis es compatible con la formulación que yo defiendo, ya que sus elementos centrales son compartidos: la estructura bilateral del derecho de daños cumple la función de mantener el coste de los accidentes en niveles razonables, y puede cumplir esta función porque sus reglas tienen una *disposición* a reducir la cantidad y la gravedad de los daños. El AED tradicional claramente suscribiría la segunda parte de esta proposición y, creo, no tendría problemas en aceptar la primera.

Obviamente, si uno cree que el derecho de daños es eficiente —no solo que reduce en alguna medida el coste de los accidentes sino que los minimiza— en este análisis deberá reemplazarse la noción de incremento de la riqueza (W) por la de maximización de la riqueza. En otras palabras, si se acepta el argumento según el cual los costes de búsqueda forman parte de la frontera productiva, entonces el derecho de daños tendrá una *disposición* a *minimizar* el coste de los accidentes, no simplemente a reducirlos, y el sistema en su conjunto tendrá una capacidad de *maximizar* la riqueza, en lugar de meramente incrementarla.

Así, la elección entre alguna de estas dos proposiciones funcionales depende de que se acepte o no el argumento de los costes de búsqueda. Sea cual fuere la proposición correcta, podría pensarse que ninguna de ellas constituye todavía una explicación funcional completa. Para ello sería necesario que se expliciten dos cuestiones. La primera tiene que ver con los mecanismos que producen la presencia de la bilateralidad. La segunda está relacionada con el mecanismo que produce la supuesta tendencia a la eficiencia o al aumento de la riqueza.

coste de los accidentes creo que puede ser verdadera como explicación externa, pero no interna.

⁶⁰² POSNER, 1980: 776.

⁶⁰³ COOTER y KORNHAUSER, 1980: 140.

La primera cuestión, referida al mecanismo que produce la presencia de la bilateralidad, es una exigencia epistémica solo para quienes toman a las explicaciones en biología como un modelo a seguir rigurosamente. Estas, en general, operan sobre la base de la teoría de la selección natural. La presencia de un rasgo, como las manchas en los leopardos, es explicada haciendo alusión a una mutación genética. Esta mutación dio al espécimen en particular una ventaja comparativa respecto del resto de los miembros de su especie. Ello le permitió desarrollarse con mayor eficiencia en su ambiente. Sus crías, al heredar los mismos genes, y los mismos rasgos, también tuvieron un desempeño más exitoso respecto de los miembros de su especie. Con el tiempo los portadores del rasgo que cumple la función beneficiosa para la supervivencia se hicieron dominantes. La atribución de función en biología opera cómodamente sobre esta teoría que brinda el mecanismo necesario. En ciencias sociales, en cambio, no existe ningún mecanismo análogo que permita explicar la presencia de los rasgos. Para evitar este problema, PETTIT propone un modelo de explicación funcional en el cual lo relevante no es explicar el origen del rasgo sino su resistencia a desaparecer⁶⁰⁴. Mucho antes, advirtiendo el problema, DURKHEIM decía que analizar en qué medida una institución es útil no es explicar cómo ha nacido⁶⁰⁵. En este sentido, la explicación funcional de la bilateralidad no exige contar con un mecanismo, análogo a la teoría de la selección natural, que explicita cómo la bilateralidad se produjo por primera vez y cómo es que se asentó frente a otros sistemas alternativos. Lo único que se requiere explicar es qué funciones beneficiosas cumple la bilateralidad, de modo que pueda anticiparse razonablemente que habrá una resistencia frente a toda tendencia que intente suprimirla. En definitiva, el mecanismo por el cual se asientan ciertos rasgos y la utilidad que ellos tienen son cuestiones que pueden ser abordadas con independencia. Mientras la teoría de la selección natural presupone que los rasgos cumplen alguna función beneficiosa, investigar sobre la utilidad de estos rasgos tiene sentido aunque se desconozca el mecanismo de la selección natural.

Creo que la estrategia de DURKHEIM y PETTIT es metodológicamente aceptable. De hecho, el análisis realizado en el capítulo V de la primer parte, en el que se evalúan los efectos de las distintas reglas de responsabilidad sobre los incentivos que reciben las partes para obrar de modo eficiente, podría ser un ejemplo de análisis funcional que prescinde de dar una respuesta a la pregunta de cómo surgen y proliferan los sistemas de reparación de daños de estructura bilateral. Al igual que el zoólogo se pregunta por qué ventajas traen las manchas a los leopardos, el analista económico busca determinar los efectos beneficios de la regla de responsabilidad objetiva, o cuál es la función de contar con eximentes de responsabilidad, etcétera. La disposición a la eficiencia de estas reglas podría brindar una explicación de su resistencia al cambio.

⁶⁰⁴ PETTIT, 1996: 298.

⁶⁰⁵ DURKHEIM, 1895: 141.

Si bien esta alternativa está disponible para el AED, sus partidarios no se limitan a ofrecer un análisis de la utilidad de las reglas. PRIEST, siguiendo el trabajo de RUBIN⁶⁰⁶, y COOTER y KORNHAUSER⁶⁰⁷ poco tiempo después, elaboraron un modelo para explicar la eficiencia del *Common Law* cuya principal virtud es proveer a la teoría económica de un sucedáneo de la selección natural. La tesis de PRIEST es que la forma en que se toman las decisiones en el *Common Law* facilita la asignación eficiente de los recursos. Específicamente, señala que el derecho procesal del *Common Law* genera una disposición a que la mayoría de las reglas vigentes sean eficientes, aun cuando los jueces tengan una preferencia por reglas ineficientes⁶⁰⁸. Denominemos *tesis de la selección eficiente* a esta clase de modelos.

El argumento asume que los costes de transacción son positivos. Además, que la decisión de resolver un conflicto mediante un litigio o un acuerdo extrajudicial depende de: a) la actitud de las partes frente al riesgo; b) los costes de litigar en relación con los costes de celebrar un acuerdo; y c) las ganancias/pérdidas de las partes resultantes de una determinada sentencia. Nótese que si todo lo demás se mantiene constante, los pleitos que se producen cuando las reglas que regulan el caso son ineficientes implican ganancias/pérdidas mayores que los que se producen cuando las reglas que regulan el caso son eficientes. Otro modo de ver lo mismo es advirtiendo que las reglas ineficientes imponen a las partes mayores costes que las reglas eficientes. Esta proposición es verdadera por definición, ya que una regla solo es ineficiente cuando impone mayores costes a las partes que otra alternativa. Por consiguiente, no debería sorprendernos la conclusión de PRIEST de que es más probable que se litigue en torno a las reglas ineficientes que a las reglas eficientes, por lo que las primeras serán reexaminadas en mayor medida⁶⁰⁹. Esto es así porque las partes tienen más que ganar cuando desafían la regla ineficiente que cuando desafían una regla eficiente.

Veamos el ejemplo que ofrece PRIEST⁶¹⁰. Imagine que los jueces deciden los casos con algún criterio no relacionado con la eficiencia del resultado, de modo que respecto de sus efectos sobre la asignación de los recursos, las decisiones judiciales pueden ser descriptas como aleatorias. Siendo dos los resultados posibles, la probabilidad de que la regla creada en la sentencia sea eficiente o ineficiente es de 0,5. Imagine que 100 casos llegan a juicio en un primer momento (T1). Por la razón recién expresada, las reglas pronunciadas para 50 de estos casos serán eficientes y las otras 50 serán ineficientes. Ahora

⁶⁰⁶ PRIEST, 1977; RUBIN, 1977. Años más tarde, PRIEST y KLEIN (1984) presentaron un modelo más complejo y completo. No obstante, para los fines de este apartado bastará con el modelo original, en cuya simplicidad radica gran parte de su atractivo.

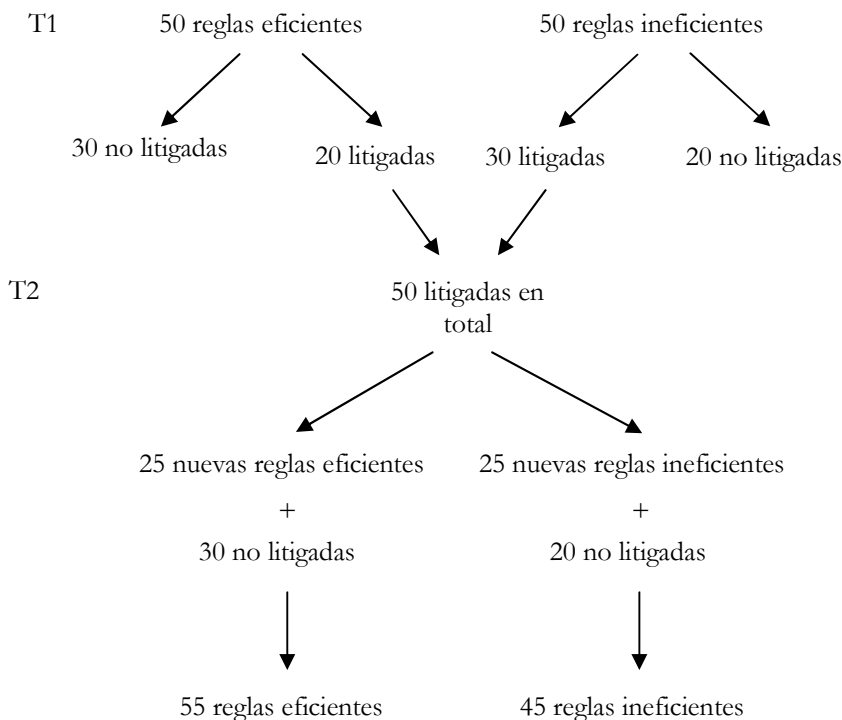
⁶⁰⁷ COOTER y KORNHAUSER, 1980.

⁶⁰⁸ PRIEST, 1977: 66.

⁶⁰⁹ PRIEST, 1977: 67.

⁶¹⁰ PRIEST, 1977: 68-69.

suponga que en un segundo momento (T2) los nuevos litigios involucran una reevaluación de algunas de las normas creadas en T1. Digamos que 30 de las reglas ineficientes son litigadas nuevamente. Dados los presupuestos del párrafo anterior, una proporción menor de las reglas eficientes será litigada en T2; supongamos, 20 de las 50 vigentes en el sistema. Estos nuevos 50 casos serán resueltos por los jueces aleatoriamente, en lo que hace a la eficiencia. Por lo tanto, 25 de las nuevas reglas serán eficientes y 25 ineficientes. Cuando estas nuevas reglas se agregan al conjunto de reglas vigentes obtenemos que la proporción de reglas eficientes se ha incrementado, mientras que la de reglas ineficientes ha disminuido. Ahora contamos con 30 reglas originariamente eficientes y no litigadas (solo 20 de las eficientes fueron litigadas) más 25 reglas eficientes creadas por los jueces en T2, y con 20 reglas originariamente ineficientes y no litigadas (porque 30 de las 50 fueron litigadas nuevamente) más 25 reglas ineficientes creadas por los jueces en T2. De este modo, si bien en el momento T1 las reglas del sistema incluían 50 reglas eficientes y 50 ineficientes, en el momento T2 el sistema incluye 55 reglas eficientes (30 no litigadas y 25 incorporadas en el segundo litigio) y 45 ineficientes (20 no litigadas y 25 creadas en la segunda ronda de litigios). La repetición indefinida de este proceso genera una clara tendencia a la eficiencia general del sistema. Esquemáticamente:



El mecanismo de selección de reglas eficientes descrito por PRIEST demuestra ser inmune incluso a la resistencia de los jueces a dictar sentencias eficientes. Podría alterarse el ejemplo de modo que los jueces dictasen sentencias ineficientes en el 90% de los casos, y el resultado sería el mismo. La única diferencia estaría en que la tasa de crecimiento de reglas eficientes sería mucho menor, es decir, el sistema requeriría de más tiempo para expulsar a las reglas ineficientes⁶¹¹. Este mecanismo ocupa en la explicación funcional del AED el mismo lugar que la teoría de la selección natural en la biología.

Existen otros modelos, como el de COOTER y KORNHAUSER, que explican la tesis de la selección eficiente por el hecho de que los individuos que esperan recibir mayores beneficios con la vigencia de reglas eficientes invierten una cantidad más alta de dinero en el litigio que sus adversarios, cuya expectativa de ganancias naturalmente es menor. La mayor inversión llevaría a que la regla que maximiza la riqueza prevalezca ante sus alternativas menos eficientes⁶¹². Ambos modelos han recibido críticas importantes. Las que considero más relevantes son aquellas que apuntan a que, debido a la fuerza del principio *stare decisis*, los costes de modificar un precedente, aunque sea ineficiente, son mayores que los de mantenerlo. Esto distorsiona los incentivos a invertir en la producción de reglas eficientes, por lo que los principios de la elección racional no llevarían necesariamente a quienes se benefician de reglas eficientes a destinar la cantidad de recursos óptima para lograr la modificación del sistema. Por otra parte, las reglas jurídicas pueden ser consideradas bienes públicos, en el sentido en que una vez realizada la inversión para cambiar la regla no es posible excluir a otros de su disfrute. Esto significa que la instauración de reglas jurídicas produce externalidades positivas y, como es imposible evitar que otros se beneficien de la nueva regla, todos intentarán aprovecharse gratuitamente de la inversión ajena. En consecuencia, el nivel de inversión será menor que el óptimo. Estas dos razones, brindarían incentivos para que los individuos en lugar de invertir en cambiar el derecho, destinen sus recursos principalmente a la prueba de los hechos y la argumentación para ganar el caso bajo el imperio de la regla ineficiente. Esta estrategia garantiza una internalización total de los beneficios de la inversión y un ahorro de los costes adicionales asociados con intentar modificar una regla bien asentada, pero no garantiza la mejora del sistema pronosticada por la tesis de la selección eficiente⁶¹³. La razón es que si bien esta estrategia es individualmente maximizadora, es colectivamente ineficiente.

Las críticas que estos modelos puedan merecer creo que no deberían impedirnos concluir que es posible explicitar un mecanismo por el cual las reglas del sistema mayormente eficientes son seleccionadas. Tal vez ninguno de estos modelos en particular sea apropiado para esta tarea, pero ello no debe

⁶¹¹ PRIEST, 1977: 69.

⁶¹² COOTER y KORNHAUSER, 1980: 147.

⁶¹³ Para una síntesis de las críticas más comunes a estos modelos, véase HIRSCH, 2004.

desvirtuar el impacto que han tenido. Nadie se atrevería a negar que deban ser mejorados en muchos aspectos, sin embargo, el intento de perfeccionarlos presupone que la empresa tiene sentido, que después de todo quizás sea plausible hacer operar el análisis funcional sobre la plataforma de una explicación evolutiva del derecho.

Por razones distintas de las mencionadas más arriba, COLEMAN cree que este modelo no logra brindar el apoyo necesario a las tesis del AED. Reconoce que puede explicar algunos aspectos del derecho, pero no puede servir como explicación funcional de la característica central de la responsabilidad extracontractual: la bilateralidad. Estos modelos se refieren a la eficiencia del *Common Law* y presuponen la existencia de instituciones como el derecho de los contratos, el derecho de daños y la propiedad, por lo que no pueden dar cuenta de ellas. Expresamente señala que «estos modelos no pueden explicar por qué el derecho de daños es distinto de otras ramas del derecho privado, ni por qué estas ramas tienen las características y los conceptos centrales que tienen»⁶¹⁴. Creo que el argumento de COLEMAN es implausible en dos aspectos. El primero tiene que ver con su última afirmación referida a que estos modelos no pueden explicar las características y los conceptos centrales de la responsabilidad extracontractual. Sin duda, una explicación funcional guardará silencio sobre los conceptos centrales de la práctica, y no por ello estará en déficit. Debe recordarse que las explicaciones funcionales son externas y el análisis de los conceptos es innecesario. Un teórico podría analizar en términos funcionales cada uno de los conceptos del derecho de daños, y en parte esto es lo que se realiza en el capítulo V. La culpa, la causalidad, el riesgo propio de la responsabilidad objetiva, todos estos conceptos son analizados a la luz de un balance entre costes y beneficios. Mostré que como explicación interna este análisis conceptual carece absolutamente de valor. No nos permite comprender la práctica desde el punto de vista interno, aunque nada he dicho sobre la posibilidad de emplear ese mismo análisis conceptual para comprender la práctica por sus aspectos externos, en particular, por sus funciones. Una cosa es analizar qué es la culpa y en qué consiste la regla de la culpa desde el punto de vista interno, y otra muy distinta es intentar responder a la pregunta de qué función cumple la regla de la culpa, qué beneficios trae a la comunidad en la que está vigente.

La segunda cuestión en la que discrepo con COLEMAN es que él considera que el modelo no puede explicitar un mecanismo que explique la eficiencia de la bilateralidad pero sí la del *Common Law* en general. Aquí el problema es que COLEMAN confunde el mecanismo subyacente con el análisis particular de los rasgos. De este modo puede distinguirse entre el mecanismo en biología –la teoría de la selección natural– y el análisis de un rasgo en particular como la presencia de los cromatóforos (células pigmentarias) en los cefalópodos. La primera explicación se dirige a justificar cómo es posible que un

⁶¹⁴ COLEMAN, 2001: 27.

rasgo útil aparezca, se extienda y se asiente en una especie; la segunda intenta mostrar qué función cumple el rasgo en la especie en que ha aparecido. La teoría de la selección natural explica cuál es el mecanismo por el cual los cefalópodos, por ejemplo, llegan a tener cromatóforos. La biología marina explica qué beneficio producen los cromatóforos para los cefalópodos (les permite camuflarse y evadir a sus depredadores con un éxito mayor que si careciesen de este rasgo). Análogamente, la tesis de la selección eficiente está diseñada para explicitar el mecanismo por el cual las reglas eficientes forman parte del *Common Law*. El análisis que presenté en el capítulo V, se dirige a mostrar de qué modo la estructura bilateral que incluye una combinación de reglas de responsabilidad objetiva, de negligencia y de excepciones de culpa de la víctima brindan los incentivos correctos a los individuos para que la cantidad y la gravedad de accidentes sea razonable. Dicho de otro modo, la eficiencia de la bilateralidad no depende de la tesis de la selección eficiente, que solo pretende explicitar el mecanismo por el cual las mejores reglas, desde el punto de vista de la asignación de recursos, proliferan en el largo plazo. Si la bilateralidad es eficiente, el mecanismo explicará por qué estas reglas han prevalecido antes que otras alternativas menos eficientes: porque sus reglas fueron desafiadas judicialmente en menor medida que sus alternativas. Por esta razón, es precipitado descartar que el AED reúna los requisitos formales mínimos para ser una buena explicación. Los reúne y con suficiente elegancia en mi opinión.

En conclusión, en lo que se refiere a las explicaciones funcionales, la crítica de COLEMAN al AED sería equivalente a una crítica a la biología que se basase en el hecho de que la teoría de la selección natural no puede, por sí misma, explicar las manchas de los leopardos, ni la presencia de cromatóforos en los cefalópodos, ni ningún otro rasgo que nos parezca interesante estudiar en las diferentes especies.

Una última reflexión que me gustaría realizar tiene que ver con una cuestión que dejé abierta en el punto anterior. Allí hice alusión a que la elaboración de una explicación funcional requiere algún tipo de valoración al seleccionar de todos los efectos causales, o mejor, de todas las disposiciones a producir efectos, algunos de ellos para otorgarles el título honorífico de *función*. El corazón hace circular la sangre y también hace ruido, pero solo la primera de estas dos cosas que el corazón hace constituye una función. La razón de ello es que la circulación de la sangre es beneficiosa para el individuo portador del órgano, mientras que la generación de ruido es indiferente. En este caso parece fácil advertir que lo primero es beneficioso y lo segundo no realiza ningún aporte relevante. Si se analiza un caso más complejo se verá que el juicio de que algo es beneficioso para el sistema requiere contar con una *teoría de dicho sistema*. Por ejemplo, la responsabilidad extracontractual reduce el coste de los accidentes, y ello es beneficioso para la comunidad que adopta estas reglas. Pero la responsabilidad extracontractual también tiene una dis-

posición a compensar a las víctimas de los accidentes. Pese a ello, no se encontrará ningún estudio de análisis económico que incluya como objetivo del sistema a la compensación. Ni siquiera CALABRESI que se preocupa por los costes secundarios —aquellos que se producen cuando las pérdidas causadas por los accidentes recaen sobre quienes están en peores condiciones económicas de soportarlas— considera que la compensación es una de las funciones de la responsabilidad civil. ¿Por qué? ¿No es la compensación beneficiosa? Según la visión ortodoxa, la compensación es un corolario de la disuasión. Es necesaria para que los agentes dañadores reciban incentivos para adoptar medidas precautorias óptimas. Más allá de esto, la compensación es irrelevante. Puede apreciarse que la decisión de los partidarios del AED de considerar la reducción del coste de los accidentes una función, pero no así a la compensación, es valorativa. Esta valoración no creo que sea inocente, sin embargo. No creo que se trate de una valoración epistémica, neutral ante los juicios morales. El derecho de daños tiene la disposición, entre otras cosas, a compensar a las víctimas, a disuadir a los agentes dañadores, a reducir el coste de los accidentes, a expresar ciertos valores de justicia y a definir derechos entre agentes dañadores y víctimas. Aun así, la única función que los partidarios del AED reconocen es la eficiencia.

Ahora bien, más allá de los objetivos ideológicos que los partidarios del AED puedan tener para defender este tipo de explicación funcional, corresponde considerar si de todas maneras podemos aprender algo de esta teoría. Como vengo argumentando, creo que podemos aprender muchas cosas valiosas del AED. En la medida en que se acepte que la reducción del coste de los accidentes es beneficiosa para la sociedad, el análisis funcional puede mostrarnos de qué modo la responsabilidad extracontractual bilateral puede contribuir a potenciar esa capacidad del sistema. Ello no implica sostener que la maximización de la riqueza, o la reducción del coste de los accidentes, sea el único objetivo valioso o que debe prevalecer frente a otros objetivos. Lo único que se requiere es aceptar que la reducción tiene algún valor. Si la reducción de costes tiene algún valor, podemos comprender la estructura bilateral de la responsabilidad extracontractual por la función que cumple en este sentido. Esto no significa que la comprensión externa vaya a reemplazar a la descripción o análisis del punto de vista interno. Entre ambos tipos de explicación las distintas necesidades intelectuales del teórico pueden ser satisfechas.

Para terminar de comprender por qué la explicación del AED no tiene por qué estar en conflicto con la que ofrecen los partidarios de la justicia correctiva, uno debe primeramente asimilar que el AED —como análisis funcional— es una explicación externa, mientras que la justicia correctiva es necesariamente una explicación interna. Estas dos clases de explicación se diferencian fundamentalmente por el tipo de preguntas que realizan. Las preguntas, a diferencia de las aserciones, no son ni verdaderas ni falsas. Por lo tanto, no

puede haber un conflicto entre las preguntas. Las preguntas, empero, pueden presuponer la verdad de ciertas proposiciones asertivas. Por ejemplo, la pregunta «¿por qué no vino Giovanni a la reunión?» y la pregunta «¿cómo se le ocurrió a Giovanni venir a la reunión?» contienen presupuestos contradictorios. La primera pregunta presupone la verdad de ‘Giovanni no vino a la reunión’ y la segunda la verdad de ‘Giovanni vino a la reunión’. La verdad de cualquiera de estas proposiciones implica necesariamente la falsedad de la otra. Tal vez exista entre los presupuestos de las explicaciones funcionales y las explicaciones desde el punto de vista interno alguna incompatibilidad de este tipo. Tal vez ello pueda justificar tanta discusión entre quienes defienden la justicia correctiva y quienes defienden una versión del AED como explicación funcional. Lamentablemente, no es el caso que haya incompatibilidad en los presupuestos, por lo que la única explicación que se me ocurre para justificar tanto debate es la ausencia de consideraciones metodológicas como las que aquí he intentado realizar. ¿Por qué no hay conflicto? Porque el presupuesto de la explicación funcional en ciencias sociales es que existen ciertas instituciones y que ellas persisten en el tiempo debido a que cumplen determinadas funciones beneficiosas para la comunidad que las alberga. Este es el hecho que se presupone verdadero en toda explicación funcional. ¿Cuál es el presupuesto de una explicación desde el punto de vista interno? Que existen ciertas instituciones y que los individuos que las constituyen con sus conductas, creencias y actitudes tienen una autocomprensión del fenómeno que protagonizan. Como puede verse, ambos presupuestos pueden ser verdaderos a la vez. El éxito de una explicación funcional no va en desmedro del éxito de una explicación conceptual desde el punto de vista interno. Al contrario, creo que la complementa. Quienes creen que la justicia correctiva es un esquema conceptual apropiado para comprender la responsabilidad extracontractual podrán apreciar otros aspectos de la misma práctica, aspectos que son inaccesibles desde el punto de vista interno exclusivamente. Por otra parte, quienes además creen que la justicia correctiva es un ideal normativo plausible, pueden servirse de las explicaciones funcionales, por ejemplo, para tomar conciencia de sus costes. Uno podría considerar que los costes son irrelevantes cuando se trata de evaluar un criterio de justicia, entonces tal vez pueda valerse de esta explicación para apreciar los patrones distributivos que el derecho de daños bilateral tiende a generar. Los costes de los accidentes pueden ser irrelevantes y la distribución de los recursos resultante también puede serlo para la justicia correctiva, pero si es verdad que no solemos ser indiferentes a *todas* las consecuencias de nuestras instituciones, entonces, es verdad que alguna forma de análisis funcional podrá sernos de utilidad para capturar una parte del fenómeno; y ello puede contribuir, por las razones que acabo de mencionar, a la profundización de nuestro conocimiento teórico de la materia y también a mejorar nuestra argumentación moral en el derecho de daños.

9-Hacia una comprensión mixta de las prácticas jurídicas

El argumento que he presentado para distinguir entre distintos tipos de explicación no pretende realizar una aportación original al campo de la epistemología. Mi propósito es, desde el punto de vista metodológico, más modesto. He pretendido ordenar un debate muchas veces infructuoso, que en lugar de producirnos la sensación de haber avanzado en la comprensión de la responsabilidad extracontractual nos convence de que la labor teórica no es neutral a las ideologías, que nada puede aprenderse de nuestro objeto de estudio. Quienes creen que la eficiencia es un valor moral, interpretarán el derecho de daños como un instrumento para la maximización de la riqueza. Quienes creen que el derecho de daños expresa una serie de principios liberales asociados con la responsabilidad individual y la igualdad, lo interpretarán como una plasmación de la justicia correctiva y la justicia distributiva. El análisis descomprometido, entonces, se torna imposible. Parte de mis esfuerzos estuvieron dirigidos a evitar esta conclusión pesimista respecto de la teorización.

En segundo lugar, mi argumento tampoco pretende pacificar dos corrientes dominantes como son el AED y la justicia correctiva en el derecho de daños. No creo haber ofrecido una teoría ecléctica para interpretar la responsabilidad extracontractual⁶¹⁵, sino solo haber señalado que gran parte de la discusión presupone dos *concepciones* de la *comprensión* distintas. Para quienes se ocupan del análisis conceptual interno, la comprensión consiste en reconstruir la práctica tal como la entienden sus propios participantes, y extraer conclusiones a partir de la imagen resultante. Para quienes realizan un análisis funcional, la verdadera comprensión debe ir más allá de estas categorías conceptuales, que por ser el mismo instrumento que emplean los hombres en su vida ordinaria para relacionarse unos con otros, pueden perpetuar mitos, prejuicios y supersticiones que nos alejan de la obtención de conocimiento. ¿Cómo pueden estar en conflicto empresas tan distintas?

⁶¹⁵ Una teoría verdaderamente ecléctica consistiría en ofrecer un argumento a favor de una interpretación interna que incorpore algunas tesis del AED y la tesis central de la justicia correctiva. Gary SCHWARTZ, por ejemplo, ha sostenido que la estructura de la responsabilidad extracontractual se corresponde con la justicia correctiva, pero ello no obsta a que la práctica pueda lograr también un nivel eficiente de disuasión. Ello es así en tanto a los fines de generar los incentivos apropiados solo se requiere que los potenciales agentes dañadores perciban *ex-ante* una probabilidad de ser responsabilizados, y esto está garantizado por un sistema que implementa la justicia correctiva. Véase SCHWARTZ, 1997: 1816-1818. Asimismo, las teorías que afirman que la justicia correctiva es una estructura vacía que requiere de juicios de eficiencia para definir los derechos y deberes de las partes, constituyen un ejemplo de teorías eclécticas. Reconocen que la estructura del derecho de daños se corresponde con la justicia correctiva, pero no así su sustancia, que refleja una preocupación por la maximización de la riqueza. Sobre esto, véase el apartado X.3.4.

El debate en estos «nuevos» términos es mucho más fecundo. Los simpatizantes de un análisis funcional pueden insistir en que la interpretación interna, como aproximación general a la práctica, carece de sentido. Por su parte, los que propugnan una comprensión desde el punto de vista interno pueden responder que la medición de datos o el establecimiento de relaciones causales son un viejo legado de las ciencias naturales que no logra esclarecer ninguno de los rasgos del fenómeno que nos dejan perplejos; aquellos aspectos de las instituciones que ante la mínima reflexión nos asombran, pese a ser parte de nuestra vida cotidiana. Por ello, he intentado defender la fortaleza de ambos modelos, en el convencimiento de que una comprensión más amplia de cualquier práctica incluye los aspectos interno y externo. Una vez sentada esta idea, queda allanado el camino para que la comprensión interpretativa y las explicaciones externas profundicen sus investigaciones sin preocuparse por responder las críticas de falsos adversarios.

No obstante lo anterior, sí he criticado duramente a quienes aplicando la metodología de las explicaciones externas pretenden o bien brindar explicaciones internas o bien reemplazarlas. Este es el caso de POSNER en algunos de sus trabajos y, mucho más claramente, el de Jody KRAUS que, introduciendo la ingeniosa *tesis de la convergencia contextual*, se propone argumentar que el AED puede satisfacer el criterio de transparencia necesario para poder brindar una explicación del punto de vista interno. He mostrado que esta tesis fracasa rotundamente, pero mis razones para rechazar estos intentos no se limitan a los defectos que puedan exhibir sus argumentos, sino que son más profundas. Se relacionan con evitar el *sincretismo metódico* al que se refería KELSEN⁶¹⁶, es decir, la combinación de varios métodos en un mismo tipo de explicación, lo que termina oscureciendo la naturaleza de la tarea realizada y del objeto estudiado.

Todavía algunos podrían dudar de que las explicaciones internas y las externas sean inconmensurables o de que no haya razones para preferir un tipo de explicación antes que otro. Un aspecto que usualmente valoramos en toda explicación es la conexión entre acontecimientos, eventos o estados del mundo. Nos interesa saber cómo es que se llegó a un régimen de responsabilidad objetiva por productos elaborados o por defectos de fabricación, y las explicaciones externas en este sentido ofrecen una concatenación de los eventos históricos que no requieren de la comprensión de los propios participantes. Así, seguramente nadie imaginó cómo la invención del transistor en 1947 habría de marcar el curso de los acontecimientos de la segunda mitad del siglo XX. Muchas cosas pueden explicarse y comprenderse tomando en cuenta este evento histórico y para ello no se requiere que los participantes tengan una comprensión del fenómeno acorde con su real importancia, ni que puedan relacionar la llegada a la luna con la invención del transistor. De hecho, muchas de las cosas valiosas que aprendemos son opacas a los parti-

⁶¹⁶ KELSEN, 1960: 15.

cipantes de la época. En el campo jurídico, las teorías evolutivas nos pueden ilustrar convincentemente sobre cómo un cambio de contexto, por ejemplo la multiplicación de los daños luego de la revolución industrial, generó un cambio en las reglas de responsabilidad a fin de que el sistema pudiese seguir cumpliendo con su función de mantener la cantidad y la gravedad de accidentes en un nivel razonable. La aparición de la responsabilidad objetiva tiene perfecto sentido desde esta perspectiva, que obviamente es externa.

Entonces, si nos resultan interesantes los estudios evolutivos parecería que las explicaciones externas presentan una ventaja adicional respecto de las explicaciones internas, por lo que la inconmensurabilidad sería solo aparente o una excusa para no admitir las limitaciones del enfoque interno. Sin embargo, este argumento tiene doble filo, ya que también puede ser empleado para señalar los límites de las explicaciones externas. Vimos que la irrupción de la responsabilidad objetiva en el derecho de daños desde una perspectiva funcional puede ser explicada por una necesidad sistémica. Si uno se preguntase por qué la responsabilidad objetiva no tuvo ningún efecto sobre el derecho penal, tal vez encuentre algunas dificultades para hallar una respuesta. Muchos de los efectos logrados por las reglas de responsabilidad civil pueden reforzarse por medio del derecho penal, y desde el punto de vista funcional no hay ninguna razón para que el derecho de daños sea el único instrumento que haya reaccionado con total naturalidad frente a la revolución industrial. Nótese que esto no va en desmedro de la explicación funcional: aun es plausible una interpretación del derecho de daños por sus efectos positivos sobre la reducción del coste de los accidentes. No obstante, sí queda en evidencia una incapacidad de conectar conceptos. Una explicación interna, en cambio, puede explicar cuál es la relación entre la responsabilidad objetiva y la regla de la negligencia; y por ello, también puede explicar por qué la responsabilidad objetiva no puede entrar en el derecho penal con tanta facilidad, ya que el dolo y la culpa penales no guardan ninguna relación con el derecho de las víctimas, como si guardan la culpa y la responsabilidad objetiva en el derecho civil⁶¹⁷.

El análisis conceptual interno no tiene dificultades en ofrecer explicaciones evolutivas, siempre que tomen por objeto la evolución de los conceptos con que comprendemos el mundo. Piénsese en cómo evolucionan las ideas en una comunidad. Para que una idea forme parte del entramado conceptual en una sociedad, debe poder ser expresada con alguna descripción socialmente reconocible. Entonces, la introducción de un *nuevo concepto* depende de que sea admisible una *nueva descripción* dentro del elenco de descripciones vigentes. Esto solo será posible, si la nueva descripción es inteligible. Pero su inteligibilidad no puede basarse en la pertenencia al elenco existente de descripciones, ya que se trata de dilucidar cómo se incorporan ideas inéditas. Aun así,

⁶¹⁷ En el apartado X.1.3 se explicó que la culpa y la responsabilidad objetiva son dos formas de proteger la indemnidad de la víctima con mayor o menor extensión.

nos dice WINCH, parece que la inteligibilidad de algo nuevo depende de la inteligibilidad de lo que ya existe. Concluye que la inteligibilidad de una descripción no depende de que forme parte de un elenco de descripciones, sino de la gramática que ambas descripciones expresan. Los nuevos modos de pensar, de actuar y de hablar serán inteligibles en la medida en que compartan una misma gramática profunda con los modos de pensar, de actuar y de hablar ya existentes en la práctica. Los nuevos conceptos pueden ser incorporados en el entramado conceptual solo si para los propios participantes hay una conexión que tiene sentido con los viejos conceptos o ideas; y si el nuevo concepto supone algo más que un cambio de ideas y llega a ser una alteración de la gramática misma, esta será inteligible en la medida en que la conexión entre ambas gramáticas también tenga sentido para los participantes⁶¹⁸. Tomar nota de la evolución conceptual es una tarea inaccesible para una explicación externa; pese a ello, es una tarea fundamental para la comprensión de algunos aspectos de las prácticas.

Dicho esto, la inconmensurabilidad entre los enfoques metodológicos no es una excusa para esconder los límites de ninguno de ellos. Justamente, recién cuando se aprecian los límites en la incumbencia de cada uno, los límites de lo que cada metodología puede aportar, se comienza a valorar lo que independientemente una de la otra pueden ofrecer al teórico interesado en lograr una comprensión más abarcativa de su objeto de estudio. Si la versión funcional del AED es una mala explicación de la responsabilidad extracontractual, lo será por no dar cuenta de lo aquello que es importante para una explicación externa, no por ser una explicación funcional. Lo mismo para la justicia correctiva y la justicia distributiva. Cada teoría captura lo esencial del fenómeno desde dos puntos de vista bien diferentes e igualmente valiosos. ¿Acaso el teórico interesado por una interpretación interna no incrementa su conocimiento de la responsabilidad extracontractual cuando descubre por qué ciertos sistemas tienen una tasa de accidentes más alta que otros o cuál es el coste, medido en accidentes no compensados, de implementar la justicia correctiva? Si todas estas cuestiones resultan de interés, ello se debe a que las explicaciones internas y las externas son pertinentes a la vez. Uno de los objetivos de esta Tercera Parte del trabajo fue presentar una visión integradora del conocimiento, respetando a la vez un adecuado orden metodológico. En caso de haberlo logrado, el debate que sitúa al AED y a la justicia en posiciones antagónicas habrá sido reemplazado por un debate más cauteloso, preocupado por ampliar la comprensión limitando el natural y nocivo imperialismo de las ideas.

⁶¹⁸ WINCH, 1994: 58-60.

CONCLUSIONES

1. *El AED como explicación interna*: el principio de eficiencia es incapaz de ofrecer una reconstrucción conceptual del patrón de inferencias que lleva a un juicio de responsabilidad. Por lo tanto, tampoco es capaz de dar cuenta de la correlatividad entre los derechos y deberes secundarios de compensación que vinculan a las partes en el litigio. Esto es así porque interpreta la práctica de la responsabilidad bilateral a la luz de ciertos subobjetivos económicos que, en conjunto, contribuyen a un objetivo general dado por el mantenimiento del coste de los accidentes en un nivel óptimo. Uno de estos subobjetivos es la reducción de los costes primarios, aquellos que resultan del valor de los accidentes y las medidas precautorias que se adoptan para evitarlos o para reducir la probabilidad de su ocurrencia. A fin de lograr este subobjetivo deben brindarse los incentivos adecuados al agente dañador para que adopte las medidas precautorias que minimicen la suma de estos valores. Esto requiere hacer responsable al agente dañador por los daños que causa. La responsabilidad funciona como un precio para su conducta, y los agentes racionales pagarán ese precio siempre que los beneficios obtenidos sean mayores que las pérdidas ocasionadas. Si los agentes reaccionan correctamente ante los incentivos, cualquier daño que se produzca será eficiente.

El derecho de la víctima a cobrar una indemnización, por su parte, encuentra su fundamento en dos razones económicas. En primer lugar, para hacer operativos los incentivos del agente dañador a tomar las medidas precautorias óptimas, que le permiten eludir su responsabilidad, es necesario que la víctima tenga derecho a reclamarle los daños que sufre. Esto hace que la responsabilidad del agente dañador sea eficaz, es decir, que el precio por las actividades que realiza sea efectivamente cobrado. Cualquier falla en este aspecto haría que el agente dañador pierda los incentivos a comportarse de manera eficiente. En segundo lugar, el derecho de la víctima a cobrar una indemnización se explica por la necesidad de evitar que ella adopte medidas de autoprotección ineficientes, cuando es el caso que el agente dañador puede evitar el daño de modo más económico. Si la víctima está cubierta ante los posibles perjuicios que pueda sufrir, no invertirá en medidas excesivas.

El problema de esta explicación es que no reconstruye adecuadamente el razonamiento de los participantes de la práctica. Los objetivos económicos no requieren que el obligado a compensar haya causado el daño, sino solo que lo haya podido evitar de modo más económico. Para que los incentivos del agente dañador sean operativos tampoco es necesario que la víctima tenga derecho a ser indemnizada. Los incentivos serán eficaces sea quien fuera que tenga derecho a reclamar una suma de dinero suficientemente alta a aquel que deseamos que invierta en las medidas, cada vez que haya omitido

adoptarlas. Nótese que el agente causal del daño y la víctima son irrelevantes para lograr la minimización del coste de los accidentes y de las medidas precautorias. El agente dañador es reemplazado necesariamente por quien puede evitar el daño de modo menos costoso, y la víctima por cualquiera que pueda demandar a fin de que el evitador más económico tenga incentivos para tomar las precauciones óptimas. El requisito de causalidad, que resulta esencial para la bilateralidad, es conceptualmente inexplicable. Asimismo, el valor del resarcimiento en la responsabilidad extracontractual es equivalente al coste del daño, pero de acuerdo con estos objetivos económicos el monto indemnizatorio no tiene por qué coincidir con esa suma. Solo es necesario fijar una cantidad que sea suficiente para que el evitador más económico considere ventajoso tomar medidas precautorias y para brindar incentivos a que alguien demande al evitador más económico cuando no las adopta. De esta forma, cualquier indemnización más alta que el coste de las medidas precautorias será apropiada para incentivar al evitador más económico a invertir en diligencia; y cualquier suma que deje un excedente luego del litigio será suficiente para incentivar a que un tercero o la propia víctima demanden a quien no adoptó las precauciones eficientes.

En definitiva, la interpretación económica presenta una imagen distorsionada del fenómeno, irreconocible para los participantes, dado que prescinde de los agentes dañadores y de las víctimas. El patrón justificatorio de la eficiencia se ajusta a categorías de personas que desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual no están necesariamente congregadas en el litigio. Ellos son el evitador más económico y cualquiera que tenga incentivos para demandar. Así, sería sorprendente que pudiese brindar una explicación interna de la práctica, que dé sentido a la correlatividad de los derechos y deberes secundarios.

Tampoco puede el AED dar cuenta de otros conceptos, como la acción incorrecta y la conducta meramente riesgosa. Esta distinción, que en la práctica está plasmada en dos reglas fundamentales como la culpa y la responsabilidad objetiva, queda totalmente diluida en un análisis coste-beneficio. La única clasificación de las conductas que tiene sentido es entre las eficientes y las ineficientes. Las conductas ineficientes, correctas o incorrectas, deben ser disuadidas. Las eficientes, correctas o incorrectas, deben estar permitidas e incluso pueden ser fomentadas.

2. *El AED como explicación externa:* lo anterior no obsta a que el AED pueda ofrecer una explicación externa, en la cual la manera en que los participantes conciben su práctica sea irrelevante. Si se interpretan los estudios de análisis económico como una explicación funcional, las críticas que mutuamente se dirigen sus defensores y los partidarios de la justicia correctiva estarían fundadas en un error respecto de los presupuestos metodológicos de cada teoría. Para una explicación funcional, la incapacidad de reconstruir conceptual-

mente una práctica no es un defecto. Por ello, el objeto de las investigaciones económicas sería en realidad determinar en qué medida la responsabilidad extracontractual bilateral es útil para las sociedades que la implementan. Bajo el presupuesto de racionalidad de los individuos, puede afirmarse que la bilateralidad tiene una disposición a reducir el coste de los accidentes; y si, *ceteris paribus*, la reducción no se produjese, la probabilidad de que se maximice la riqueza en esa sociedad será menor que en el caso contrario. El argumento asume que la maximización de la riqueza es beneficiosa para la sociedad, pero esto no equivale a asumir que es un *valor social*. Puede que el punto de vista interno rechace que la riqueza sea un valor. Sin embargo, el teórico puede entender que las sociedades más ricas tienen una capacidad mayor que las pobres para subsistir y mejorar su aptitud para la supervivencia en el contexto en el cual les toca desenvolverse. Asumir que la riqueza sea beneficiosa para la comunidad no involucra ningún juicio normativo que socave necesariamente las pretensiones de neutralidad, aunque muchas veces los estudios de análisis económico se centran exclusivamente en la reducción del coste de los accidentes y no en otros efectos positivos de la responsabilidad extracontractual bilateral. Ello no afecta al programa de investigación como tal, sino que es un defecto de los desarrollos particulares que adoptan una concepción sesgada de lo que es beneficioso para la comunidad.

La concepción del AED como explicación funcional puede ahora explicar la bilateralidad mucho mejor que su versión interna. En primer lugar, la explicación funcional no prescinde del agente dañador y de la víctima. Lo que debe explicarse es justamente *esa vinculación* por medio de la causalidad y un entramado complejo de derechos y deberes secundarios.

Desde la perspectiva externa la obligación de indemnizar a cargo del causante del daño —no del evitador más económico— produce el efecto positivo de brindarle incentivos *ex-ante* para que adopte las medidas óptimas, y ello *contribuye* a minimizar el coste primario de los accidentes. Recuérdese que no es necesario que la institución sea la mejor imaginable para que una explicación funcional sea acertada. Solo es necesario que el ítem que se desea explicar tenga la disposición a generar el resultado que se reputa beneficioso *vis-à-vis* un mundo en el cual ese ítem no existe. Ciertamente, responsabilizar al evitador más económico produciría resultados todavía mejores, pero la cuestión es explicar los beneficios de la institución tal cual se presenta. No se intenta ofrecer una explicación genética, referida a la causa de su existencia. Si así fuera, si lo que explicase su existencia fuese el efecto positivo de minimizar el coste de los accidentes, tendríamos problemas para explicar por qué existe esta institución y no otra que logre un mejor resultado, como la responsabilidad del evitador más económico. El derecho de la víctima, a su vez, también produce el efecto beneficioso de reafirmar los incentivos del agente dañador y de evitar que ella adopte medidas de autoprotección excesivas. Sin duda, en ambos casos podemos imaginar diseños institucionales que pueden

satisfacer estas funciones mejor que la responsabilidad extracontractual bilateral, pero ello no hace que la contribución de esta institución a la reducción del coste de los accidentes no pueda ser vista como un efecto beneficioso para la comunidad, en comparación con un mundo en el cual la institución no tiene lugar.

Las explicaciones funcionales pueden ser complementadas con teorías más generales respecto de cómo son seleccionadas las reglas que forman las instituciones que se estudian. Estas teorías cumplen en las ciencias sociales el mismo rol que la teoría de la selección natural en la biología. El análisis económico intenta construir modelos de este tipo, por ejemplo, cuando se argumenta que el sistema del *Common Law* tiende en el largo plazo a desechar las normas ineficientes, que son desafiadas en más oportunidades por los individuos que quieren librarse de ellas, y a conservar las eficientes, que por generar asignaciones de recursos óptimas no son objetadas por las partes. Una explicación de este tipo completa el enfoque pero no es necesaria. Advertir los efectos positivos de los sistemas bilaterales es suficiente para que el AED pueda ofrecer una explicación funcional exitosa. Ello depende esencialmente de que el análisis predictivo de las reglas de responsabilidad, como el realizado en el capítulo V, sea correcto. De ahí que este tipo de estudios tengan un gran valor. No solo nos permiten comprender cómo operan las reglas de responsabilidad sobre los incentivos de las partes, y ello es en extremo relevante para el político preocupado por el diseño institucional, sino que también nos permiten formular explicaciones funcionales que descansan en la disposición de cierto conjunto de reglas para lograr determinados resultados beneficiosos. Por ello, desde un comienzo he reconocido que los estudios predictivos son de un valor teórico inestimable para cualquier interesado en la responsabilidad extracontractual, incluso para quienes tradicionalmente se han inclinado por describir o reconstruir el punto de vista interno. Estos estudios nos muestran aspectos distintos de la misma práctica, entre ellos, el coste económico de implementar la justicia correctiva.

3. *La justicia correctiva y la justicia distributiva*: el esquema conceptual que he propuesto para interpretar la responsabilidad extracontractual bilateral identifica, antes que nada, que se trata de una práctica compleja que combina justificaciones de dos tipos diferentes. Por una parte, las diversas reglas de responsabilidad, siendo las más comunes la culpa y la responsabilidad objetiva, definen los derechos de indemnidad de los individuos. Cuando la regla que rige una interacción privada es la culpa, las potenciales víctimas tienen derecho a no ser dañadas mediante acciones incorrectas, y los potenciales agentes dañadores tienen un deber correlativo de no dañar realizando esta misma clase de acciones. Cuando la regla es la responsabilidad objetiva, por riesgo o algún otro factor no dependiente de la culpa, las potenciales víctimas tienen derecho a no ser dañadas por acciones de la categoría relevante, y los potenciales agentes dañadores tienen un deber correlativo de no dañar de esa

misma forma. Cualquiera sea la regla vigente, esta delimita una esfera de indemnidad y una libertad de acción mayor o menor para las partes, por ello, decidir entre las posibles alternativas para regular las interacciones privadas supone un ejercicio de justicia distributiva. Lo que se distribuye son derechos y deberes de indemnidad. Estos son bienes primarios, en la terminología de RAWLS, valiosos para cualquier plan de vida, pero de segundo orden. La función de los bienes primarios de segundo orden es incrementar el valor del resto de los bienes primarios, como los derechos y libertades básicas, entre los que se incluye la integridad física y la propiedad privada.

Por otra parte, la responsabilidad extracontractual bilateral no solo establece un conjunto de reglas de responsabilidad sino que también reconoce a los individuos derechos y deberes secundarios, que se activan cuando son vulnerados los primarios. Es decir, ante la vulneración de los derechos y deberes de indemnidad, el sistema genera un derecho a recibir una indemnización y un deber de reparar. Estos derechos y deberes son correlativos y reproducen el patrón justificatorio de la justicia correctiva. Se trata de rectificar las interacciones injustas, y una interacción es injusta cuando viola los derechos y deberes de indemnidad de las partes. La vulneración de un derecho de indemnidad, equivalente a la violación de un deber de indemnidad, produce un desequilibrio normativo entre los individuos. El agente dañador obra más allá de su espacio moral y afecta la esfera de indemnidad de la víctima. En este sentido, el agente obtiene un beneficio normativo, dado por la utilización de los bienes primarios que pertenecen a la víctima, y ella sufre un perjuicio normativo correlativo y equivalente. En ambos casos, la vulneración del derecho y la violación del deber requieren conceptualmente que la víctima sufra un perjuicio fáctico. Esta situación viene a ser solucionada por la justicia correctiva, que al tomar del agente dañador una suma equivalente al valor del daño para entregársela a la víctima rectifica a la vez el beneficio obtenido y el perjuicio sufrido.

Este esquema interpretativo da perfecto sentido al discurso empleado por los participantes en la práctica. Los tres presupuestos de la responsabilidad extracontractual, el daño, la causalidad y un factor de atribución, están organizados por estos principios. La obligación de reparar depende de la existencia de un daño, de una pérdida fáctica, vinculada causalmente a una clase especial de conducta identificada por los factores de atribución. Así, cuando un individuo obrando con negligencia perjudica los intereses legítimos de otra persona, el sistema le impone la obligación de reparar. El daño es necesario para que pueda sostenerse que el derecho de indemnidad de la víctima ha sido vulnerado. A la vez, la conjunción de causalidad y un factor de atribución se explica porque ninguno de estos elementos es por sí mismo suficiente para que se verifique una vulneración del derecho de la víctima correlativa con la violación de un deber de indemnidad a cargo del agente dañador. La realización de una acción incorrecta o riesgosa seguramente implica

que el agente ha obrado más allá de su esfera normativa, pero ello todavía no significa que haya invadido el espacio moral de la víctima. Del mismo modo, la causalidad por sí misma no significa que el agente haya obrado más allá de sus facultades normativas, sobrepasando los límites que le imponen los derechos de otros. La combinación de ambos elementos supone que el espacio moral de la víctima ha sido invadido por un agente dañador que se ha extralimitado en su obrar con acciones que van más allá de su esfera de libertad. Únicamente cuando se dan los tres presupuestos de la obligación de compensar puede afirmarse que es verdad que la víctima ha sufrido un daño injusto y que el agente dañador lo ha causado; que su derecho de indemnidad ha sido vulnerado y que el agente dañador ha violado su correlativo deber de no dañar.

4. *Algo más que justicia correctiva*: a diferencia de las teorías tradicionales, basadas principalmente en la justicia correctiva, el esquema que he propuesto puede dar cuenta tanto de los derechos y deberes secundarios de compensación, como de los derechos y deberes primarios de indemnidad. Las teorías de la justicia correctiva asumen la existencia de estos derechos y deberes, pero no ofrecen una explicación de ellos. Además, mi concepción de la justicia correctiva no tiene los problemas de otras concepciones, como la de Ernest WEINRIB, para explicar por qué la violación del derecho de la víctima genera la obligación de compensar y no cualquier otra respuesta, como una pena de prisión para el agente dañador y un derecho a ser indemnizado para la víctima a cargo del Estado o de un fondo asegurador. Tampoco mi interpretación tiene problemas para explicar la responsabilidad objetiva. Tanto WEINRIB como COLEMAN deben acomodar la responsabilidad objetiva como una forma de culpa. Pero esto no captura un rasgo relevante de la práctica: que las acciones incorrectas son distintas de las acciones meramente riesgosas y permitidas. En mi esquema, la culpa y la responsabilidad objetiva son dos maneras de proteger la indemnidad de la víctima en distinto grado. Ello no disuelve la distinción porque la protección contra conductas riesgosas permitidas es más amplia que una protección contra las acciones incorrectas, y usualmente requerirá un argumento adicional. En otras palabras, todos los sistemas bilaterales que conozco protegen a las víctimas contra las conductas negligentes como regla general pero, en algunas áreas, la obligación de reparar se extiende excepcionalmente a los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas de que se sirve el agente dañador para sus fines. Esto comúnmente ocurre, por ejemplo, con la responsabilidad de los automovilistas por accidentes de tránsito. Los regímenes de responsabilidad objetiva admiten ciertas limitaciones especiales que no suelen tener cabida en la responsabilidad por culpa. Por esta razón, aunque los patrones justificatorios de la culpa y la responsabilidad objetiva compartan un fundamento común, la vulneración del derecho de la víctima, siguen preservando la distinción entre acción incorrecta y conducta riesgosa permitida. No obstante, el esquema propuesto no tiene problemas para explicar conceptualmente un sis-

tema que tome como régimen general y supletorio a la responsabilidad objetiva. Desde el punto de vista de los derechos que definen las distintas reglas, la responsabilidad objetiva no es una excepción a la culpa, ni a la inversa. Ambas reglas reconocen derechos de indemnidad, y cuál sea el derecho de la víctima cuando el sistema no establece una solución concreta no tiene ningún impacto sobre las relaciones conceptuales de generalidad y especificidad *entre las reglas*.

Asimismo, el esquema que he propuesto puede explicar por qué los beneficios injustos forman parte de la responsabilidad extracontractual, algo que la concepción mixta de COLEMAN, tal como está formulada, no es capaz de hacer. Para que los beneficios injustos sean objeto de la justicia correctiva, su obtención debe poder ser vinculada con la violación de los términos que regulan la interacción entre privados. El agente debe haberse beneficiado *a costa* de la víctima. Pero si esto ocurre, los beneficios pueden ser reconducidos a pérdidas injustas, pertenecientes al dominio de la justicia correctiva desde un comienzo. Si los beneficios injustos no pueden ser interpretados como pérdidas de la víctima, por ejemplo, los beneficios que obtiene el conductor negligente que no causa daño a nadie, su rectificación quedará fuera del ámbito de la justicia correctiva, y también de la responsabilidad extracontractual, por la sencilla razón de que no será posible que la víctima pueda fundar un reclamo sobre ellos que le otorgue prioridad sobre las pretensiones de cualquier otra persona también expuesta el riesgo o frente al reclamo del Estado.

5. *Proceso judicial y justicia distributiva*: la decisión judicial en los casos de responsabilidad extracontractual ha sido interpretada por algunos autores como una cuestión de distribución de daños. El juez debe decidir si la pérdida debe quedar donde cayó, es decir, sobre la víctima, o si existen razones convincentes para trasladarla a otro individuo. Sea cual fuere su decisión, esta tiene efectos distributivos. Esta posición ignora que existen reglas primarias, que distribuyen derechos y deberes de indemnidad, y que la mayoría de las veces los jueces aplican esa estructura normativa al caso que deben decidir. El litigio no versa en los casos claros sobre la regla aplicable sino sobre las cuestiones de prueba. Cuando ello es así, el juez hace cumplir los términos que regulan las interacciones de las partes. Constata la vulneración de un derecho de la víctima, correlativa a la violación del deber del agente dañador, y dicta su sentencia ordenando a este último que haga efectivo el pago de la indemnización correspondiente. En estos casos sencillos el juez no realiza ninguna distribución; solo obedece a la justicia correctiva. Los casos más complejos, en los cuales las reglas vigentes son desafiadas por alguna de las partes o su aplicación es problemática, supongamos porque los conceptos involucrados son vagos, los jueces hacen algo más que rectificar una interacción injusta. Si deciden aplicar una nueva regla de responsabilidad para fundar sus sentencias o redefinir los conceptos empleados en las reglas, como la negligencia, el

riesgo, la garantía, etcétera, habrán determinado una nueva configuración de las esferas morales de las partes, por lo tanto, habrán creado una nueva distribución de derechos y deberes. En estos casos, los jueces sí se embarcan en un ejercicio distributivo, pero no de daños o de costes, como asume la posición que he descrito más arriba, sino de derechos de indemnidad. De adquirir vigencia, estas reglas pasarán a formar parte de los términos generales de interacción y serán invocadas en futuros litigios para justificar la existencia de pérdidas injustas, que se deben a la violación de derechos y deberes de indemnidad, y los jueces no harán más que rectificar las interacciones en cuestión sin realizar un nuevo ejercicio distributivo de derechos y deberes hasta tanto la distribución subyacente no vuelva a ser desafiada por las partes o no genere nuevos problemas interpretativos o de aplicación.

6. *Una institución y dos principios*: si los derechos de indemnidad de los individuos son bienes primarios, no solo su distribución sino también su protección puede corresponder al Estado. El Estado en las sociedades liberales tiene la responsabilidad de garantizar alguna cuota razonable de bienes primarios para que los individuos persigan sus respectivos proyectos de vida. Una vez que cada uno recibe su porción equitativa de recursos, asume la responsabilidad por cómo resultan las cosas. Pero la idea de una responsabilidad individual requiere que los individuos estén libres de ciertas interferencias de terceros, al menos en alguna medida. Además, una sociedad en la cual no se garantizase algún grado de indemnidad no lograría establecer las condiciones mínimas de una interacción pacífica para constituir una comunidad, por ello, el Estado podría tener que intervenir distribuyendo y asegurando un nivel determinado de indemnidad. Dicho de otro modo, al Estado liberal le incumbe garantizar los derechos de indemnidad por dos razones. La primera es que sin derechos de indemnidad difícilmente podría afirmarse que cada uno es responsable por cómo resulta su vida. La segunda es que sin derechos de indemnidad no sería posible una convivencia pacífica entre los individuos que conforman el colectivo. Siendo esto así, ¿por qué no corresponde al Estado indemnizar a las víctimas de accidentes? Desde el punto de vista de la víctima, sufrir una pérdida por la acción negligente de otro individuo es equivalente a sufrir una pérdida por los efectos devastadores de un huracán. Si la asistencia en el segundo supuesto constituye un típico deber de justicia distributiva, parece que la asistencia en el primero también lo es. Por ello, el Estado podría implementar un sistema de compensación social, para asegurar la indemnidad de la víctima, combinado con penas de prisión o multas para los agentes dañadores a fin de hacerlos responsables por sus decisiones, y a la vez mantener los accidentes en un nivel tolerable. No obstante, el Estado liberal también puede lograr estos objetivos, mantener indemnes a las víctimas y responsabilizar a los agentes dañadores, implementando un sistema de responsabilidad extracontractual bilateral. El primer esquema, a diferencia de este último, no está relacionado con la justicia correctiva. Un Estado que opta por un sistema de compensación general o social deja de

satisfacer las exigencias de la justicia correctiva. Pero un Estado que implementa una responsabilidad extracontractual bilateral cumple con su deber de garantizar los derechos de indemnidad de las víctimas y, al mismo tiempo, hace cumplir la justicia entre las partes, que solo puede ser satisfecha si los agentes dañadores son obligados a indemnizar a quien sufre la pérdida.

En síntesis, el Estado parece tener como cuestión de justicia distributiva el mismo deber que tiene el agente dañador como cuestión de justicia correctiva. Este deber consiste en compensar a la víctima. La razón por la cual el Estado debe compensar es para garantizar el derecho de indemnidad de la víctima. En cambio, la razón que tiene el agente dañador para compensar es que ha causado un daño en el curso de una interacción injusta. El Estado coordina ambos principios cuando, a fin de garantizar el derecho de indemnidad de la víctima, aprovecha las instituciones de justicia correctiva, que por razones distintas, también procuran que la víctima que sufre un daño que no es su responsabilidad reciba una indemnización.

7. Justificación de la responsabilidad extracontractual: solo en dos momentos he introducido argumentos normativos relativos a la justificación de la responsabilidad extracontractual. La primera ocasión fue en el capítulo II, cuando intenté mostrar que la eficiencia, en cualquiera de sus formas, no puede ser el principio último que justifique las instituciones sociales. Sin embargo, la riqueza social puede tener un lugar en la estructura básica de la sociedad. Algunas teorías liberales, la justicia como equidad, por ejemplo, son compatibles con la eficiencia, pero ella está subordinada a que se satisfagan otros principios antes. Ahora bien, que la eficiencia no pueda justificar la estructura básica no implica que no pueda justificar una parte de ella. La responsabilidad extracontractual podría diseñarse para lograr un resultado eficiente, y esto todavía no generaría ninguna injusticia distributiva si las víctimas de accidentes que no hayan recibido compensación fuesen asistidas por el Estado mediante el gasto público. Es decir, aunque el argumento contra la eficiencia fuese convincente respecto de la estructura básica todavía debe mostrarse que es convincente contra el derecho de daños.

El segundo momento en que introduje un debate normativo es al responder las críticas referidas a que la justicia correctiva es un sistema regresivo porque afecta a los más pobres (X.1.1). Allí también sostuve que la evaluación no puede ser parcial. En todo caso, la injusticia distributiva podría deberse a un Estado que deja de implementar las medidas necesarias para que los que menos tienen no sufran los efectos regresivos de la responsabilidad extracontractual bilateral.

En ambos casos mi posición respecto de la justificación de la responsabilidad extracontractual es la misma: ni esta, ni ninguna institución, puede ser justificada aisladamente. Lo único que puede ser justificado es el conjunto de

las instituciones, considerando los efectos globales que producen tanto en relación con la distribución de los recursos como respecto de la aplicación de ciertos principios, *prima facie*, moralmente atractivos. Pese a ello, creo que puedo afirmar dos cosas acerca de la responsabilidad extracontractual bilateral: 1) la eficiencia no podría nunca justificar esta institución porque no se ajusta al patrón de inferencias que la articulan. Si la eficiencia no puede explicar la estructura de derechos y deberes que vinculan al agente dañador con la víctima en el litigio, mal podría justificarla. De todos modos, la eficiencia podría justificar parcialmente la práctica al brindar un fundamento sólido para los derechos y deberes primarios, es decir, los derechos y deberes de indemnidad, en determinadas áreas del derecho de daños. Nada impide que una vez definidos los términos de interacción de este modo, como en la competencia en el mercado, por ejemplo, la justificación de la práctica pueda ser completada apelando a otros principios, en particular, de justicia correctiva. La eficiencia definiría las interacciones injustas, y la justicia correctiva se encargaría de rectificarlas. La plausibilidad de esta justificación dependería de que una estructura básica que confiase la definición de los derechos de las partes al principio de eficiencia, y la rectificación de las interacciones injustas a la justicia correctiva, esté a su vez justificada; 2) de lo anterior se sigue que la justicia correctiva tampoco puede ofrecer una justificación de la responsabilidad extracontractual por sí misma. Sin duda, la justicia correctiva tiene la capacidad formal de justificar la práctica, en tanto puede explicar la estructura de derechos y deberes de compensación. Pero teniendo en cuenta que la responsabilidad extracontractual bilateral produce efectos sobre la riqueza de las partes, no solo en cuanto a los derechos y deberes de indemnidad, sino en relación con los costes que ciertas víctimas asumen al no ser compensadas cuando no logran probar el daño o la causalidad, entre otras cosas, o el hecho de que determinados colectivos estén expuestos al riesgo en mayor medida y sufran los efectos de la subcompensación también en mayor grado, una justificación concluyente de esta institución requeriría evaluar todas las instituciones en conjunto. Esta tarea escapa por lejos a mis capacidades. Por ello, solo puedo sugerir que si uno cree que la justicia entre las partes es un principio moral correcto para regular las interacciones privadas, la responsabilidad extracontractual bilateral es el tipo de institución que puede lograrlo. Su justificación última, habida cuenta de todo, no podrá ser establecida sino luego de un análisis más amplio.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHAM, K. S., 2002: *The Forms and Functions of Tort Law*. Second Edition. New York: Foundation Press.
- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- ALEXANDER, L., 1987: «Causation and Corrective Justice: Does Tort Law make sense?», en *Law and Philosophy*, 6(1): 1-23.
- ALTERINI, A. A., 1997: *La Limitación Cuantitativa de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ARISTÓTELES, 1985: *Ética Nicomaquéa*. Madrid: Editorial Gredos.
- ARNESON, R., 1995: «Metaethics and Corrective Justice», en *Arizona Law Review*, 37 (1): 33-43.
- AUSTIN, J., [1863]: *The Province of Jurisprudence Determined*. London: John Murray, Albemarle Street.
- BAYÓN, J. C., 2002: «Justicia y eficiencia», en DÍAZ, E. y COLOMER, J. L. (eds.), *Estado, justicia y derechos*. Madrid: Alianza: 243-277.
- BENSON, P., 1992: «The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice», en *Iowa Law Review*, 77(2): 515-624.
- BLACKBURN, S., 1999: *Think. A compelling introduction to philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- BRENNER, R., 1980: «Economics-An Imperialist Science?», en *Journal of Legal Studies*, 9 (1): 179-188.
- BROWN, J. P., 1973: «Toward an Economic Theory of Liability», en *The Journal of Legal Studies*, 2 (2): 323-349.
- BROWN, R., 1963: *Explanation in Social Science*. Chicago: Aldine Publishing Company.
- BULYGIN, E., 1966: «La sentencia judicial», *La Ley*, 124, citado por la reproducción de ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 1991: *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 355-369.

- CALABRESI, G., 1961: «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts», *Yale Law Journal*, 70 (4): 499-553.
- CALABRESI, G., 1970: *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven-London: Yale University Press.
- CALABRESI, G., 1975: «Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.», en *University of Chicago Law Review*, 43 (1): 69-108.
- CALABRESI, G., 1980: «An Exchange. About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin», en *Hofstra Law Review*, 8 (3): 553-562.
- CALABRESI, G., 1983: «The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?», en *Proceedings of the British Academy*, 68: 85-108.
- CALABRESI, G., 1983: «Thoughts on the Future of Economics in Legal Education», en *Journal of Legal Education*, 33 (2): 359-364.
- CALABRESI, G., 1991: «The Pointlessness of Pareto. Carrying Coase Further», en *Yale Law Journal*, 100 (5): 1211-1237.
- CALABRESI, G. y HIRSCHOFF, J. T., 1972: «Toward a Test for Strict Liability in Torts», *The Yale Law Journal*, 81 (6): 1055-1085.
- CALABRESI, G. y MELAMED, A. D., 1972: «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», en *Harvard Law Review*, 85 (6): 1089-1128.
- CALABRESI, G. y KLEVORICK, A., 1985: «Four Tests for Liability in Torts», en *Journal of Legal Studies*, 14 (3): 585-627.
- CALNAN, A., 1997: *Justice and Tort Law*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- CANE, P., 1996: «Corrective Justice and Correlativity in Private Law», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 16 (3): 471-488.
- CANE, P., 1997: *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing.
- CANE, P., 2001: «Distributive Justice and Tort Law», en *New Zealand Law Review*, Part IV: 401-420.

- CANE, P., 2006: *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. Seventh Edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- CANFIELD, J., 1964: «Teleological Explanation in Biology», en *The British Journal for the Philosophy of Science*, 14 (56): 285-295.
- COASE, R., 1960: «The Problem of Social Cost», en *The Journal of Law and Economics*, 3: 1-44.
- COASE, R., 1937: «The Nature of the Firm», en *Economica*, 4 (16): 386-405. Citado por COASE, R., 1994: «La naturaleza de la empresa», en *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza.
- COASE, R., 1990: «Notes on the Problem of Social Cost», en *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago-London: The University of Chicago Press. Citado por COASE, R., 1994: «Notas sobre el problema del costo social», en *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza.
- COLEMAN, J. L., 1974: «On the Moral Argument for the Fault System», en *The Journal of Philosophy*, 71 (14): 473-490.
- COLEMAN, J. L., 1982: «Corrective Justice and Wrongful Gain», en *Journal of Legal Studies*, XI: 421-440.
- COLEMAN, J. L., 1982b: «Moral Theories of Tort Law: Their Scope and Limits: Part I», en *Law and Philosophy*, 1: 371-390.
- COLEMAN, J. L., 1983: «Moral Theories of Tort Law: Their Scope and Limits: Part II», en *Law and Philosophy*, 2: 5-36.
- COLEMAN, J. L., 1983b: «A Theory of Strict Liability. Book Review», en *The Philosophical Review*, XCII (4): 613-617.
- COLEMAN, J. L., 1988: «The Structure of Tort Law», en *Yale Law Journal*, 97 (6): 1233-1253.
- COLEMAN, J. L., 1992: *Risks and Wrongs*. Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J. L., 1992b: «Tort Law and the Demands of Corrective Justice», en *Indiana Law Journal* 67 (1): 349-379.
- COLEMAN, J. L., 1992c: «The Mixed Conception of Corrective Justice», en *Iowa Law Review*, 77 (2): 427-444.

- COLEMAN, J. L., 1995: «The Practice of Corrective Justice», en *Arizona Law Review*, 37 (1): 15-31.
- COLEMAN, J. L., 2001: *The practice of principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J. L., 2001b: «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», en COLEMAN, J. L. (Ed.), *Hart's Postscript*. Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J. L., 2005: «The Costs of The Costs of Accidents», en *Maryland Law Review*, 64 (2): 337-354.
- COLEMAN, J. L. y KRAUS, J., 1986: «Rethinking the Theory of Legal Rights», en *The Yale Law Journal*, 95(7): 1335-1371.
- COLEMAN, J. L. y LEITER, B., 1993: «Determinacy, objectivity, and authority», en *University of Pennsylvania Law Review*, 142 (2): 549-637.
- COLEMAN, J. L. y RIPSTEIN, A., 1995: «Mischief and Misfortune», en *McGill Law Journal*, 41: 91-130.
- COLOMA, G., 2001: *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- COOTER, R., 1982: «Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books», en *UCLA Law Review*, 29 (5/6): 1260-1269.
- COOTER, R., 1982: «The Cost of Coase», en *Journal of Legal Studies*, 11 (1): 1-33.
- COOTER, R., 1984: «Prices and Sanctions», en *Columbia Law Review*, 84 (6): 1523-1560.
- COOTER, R., 1987: «Torts as the Union of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation», en *Chicago-Kent Law Review*, 63 (3): 523-551.
- COOTER, R., 1991: «Economic Theories of Legal Liability», en *Journal of Economic Perspectives*, 5 (3): 11-30.
- COOTER, R. y KORNHAUSER, L., 1980: «Can litigation improve the Law without the help of Judges?», en *Journal of Legal Studies*, 9 (1): 139-163.
- COOTER, R. - ULEN, T., 1998: *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.

- DAGAN, H., 1999: «The Distributive Foundation of Corrective Justice», en *Michigan Law Review*, 98: 138-166.
- DAVIDSON, D., 1974: «On the Very Idea of a Conceptual Scheme», en *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 47: 5-20.
- DEWEES, D. - DUFF, D. - TREBILCOCK, M., 1996: *Exploring the Domain of Accident Law*. New York – Oxford: Oxford University Press.
- DÍEZ-PICAZO, L., 1999: *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- DURKHEIM, E., [1895]: *Las reglas del método sociológico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- DWORKIN, R., 1980: «Is Wealth a Value?», en *The Journal of Legal Studies*, 9 (2): 191-226.
- DWORKIN, R., 1980b: «Why Efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner», en *Hofstra Law Review*, 8 (3): 563-590.
- DWORKIN, R., 1981: «What is Equality? Part 2: Equality of Resources», en *Philosophy and Public Affairs*, 10 (4): 283-345.
- DWORKIN, R., 1986: *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- DWORKIN, R., 2000: *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Mass. – et al: Harvard University Press.
- ELICKSON, R. C., 1989: «The Case for Coase and Against “Coaseanism”», en *Yale Law Journal*, 99 (3): 611-630.
- ELSTER, J., 1984: *Ulysses and the Sirens. Studies in rationality and irrationality*, revised edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- ENGLARD, I., 1980: «The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory», en *Journal of Legal Studies*, 9 (1): 27-69.
- ENGLARD, I., 1995: «The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law», en OWEN, D. G. (editor), *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press.
- ENGLARD, I., 2009: *Corrective and Distributive Justice. From Aristotle to Modern Times*. Oxford – et al.: Oxford University Press.

- EPSTEIN, R., 1973: «A Theory of Strict Liability», en *Journal of Legal Studies*, 2: 151-204.
- EPSTEIN, R., 1979: «Causation and Corrective Justice: A Reply to two Critics», en *Journal of Legal Studies*, 8: 477-504.
- FARRELL, M. D., 1983: *Utilitarismo, ética y política*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- FARRELL, M. D., 2000: *Privacidad, autonomía y tolerancia. Ruidos disonantes en ética*. Buenos Aires: Hammurabi.
- FEINBERG, J., 1978: «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life», en *Philosophy and Public Affairs*, 7(2): 93-123.
- FEINBERG, J., 1984: *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford: University Press.
- FINKELSTEIN, C., 1992: «Tort Law as a Comparative Institution: Reply to Perry», en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 15 (3): 939-963.
- FISS, O. M., 1986: «The Death of the Law?», en *Cornell Law Review*, 72 (1): 1-16.
- FLETCHER, G. P., 1972: «Fairness and Utility in Tort Theory», en *Harvard Law Review*, 83 (3): 537-573.
- FLETCHER, G. P., 1993: «Corrective Justice for Moderns», en *Harvard Law Review*, 106 (7): 1658-1678.
- FRIED, C., 1978: *Right and Wrong*. Cambridge – et al: Harvard University Press.
- FRIED, C. y ROSENBERG, D., 2003: *Making Tort Law. What Should Be Done and Who Should Do It*. Washington, D. C.: AEI Press.
- GILLES, S. G., 1992: «Rule-Based Negligence and the Regulation of Activity Levels», en *The Journal of Legal Studies*, 21 (2): 319-363.
- GILLES, S. G., 1994: «The Invisible Hand Formula», en *Virginia Law Review*, 80 (5): 1015-1054.
- GOLDENBERG, I. H., 2000: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley.

- GORDLEY, J., 1995: «Tort Law in the Aristotelian Tradition», en OWEN, D. G. (editor), *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press.
- GRUNER, R., 1966: «Teleological and Functional Explanations», en *Mind*, 75 (300): 516-526.
- HANSMANN, H., 1983: «The Current State of Law-and-Economics Scholarship», en *Journal of Legal Education*, 33 (2): 217-236.
- HARSANYI, J. C., 1953: «Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-taking», en *The Journal of Political Economy*, 61 (5): 434-435.
- HARSANYI, J. C., 1985: «Rule Utilitarianism, Equality, and Justice», en *Social Philosophy and Policy*, 2: 115-127.
- HART, H. L. A., 1994: *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press.
- HART, H. L. A. y HONORÉ, T., 1985: *Causation in the Law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press.
- HEMPEL, C. G., 1965: *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*. New York: The Free Press. Citado por la traducción al castellano de FRASSINETI DE GALLO, M., MÍGUEZ, N. y RUIZ AUDED, I., 1979: *La explicación científica. Estudios sobre filosofía de la ciencia*. Barcelona: Paidós.
- HICKS, J. R., 1939: «The Foundations of Welfare Economics», en *The Economic Journal*, 49 (196): 696-712.
- HIMMA, K. E., 2007: «Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy», en FREEMAN, M. y HARRISON, R., *Law and Philosophy. Current Legal Issues 2007*. Oxford: Oxford University Press.
- HIRSCH, W. Z., 1999: *Law and Economics. An Introductory Analysis*. Third Edition. San Diego, et al: Academic Press.
- HOHFELD, W. N., 1913: «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning», en *Yale Law Journal*, 23 (1): 16-59.
- HOLMES, O. W., [1881]: *The Common Law*. New York: Dover Publications, 1991. Reimpreso del original publicado en Boston: Little, Brown.
- HONORÉ, T., 1999: *Responsibility and Fault*. Oxford – Portland: Hart Publishing.

- HSIUNG, B., 1999: «Sailing Towards the Brave New World of Zero Transaction Costs», en *European Journal of Law and Economics*, 8: 153-169.
- HUME, D., [1739]: *A Treatise of Human Nature*. Second Edition, 1978. Oxford: Oxford University Press.
- HURD, H., 1991: «Correcting Injustice to Corrective Justice», en *Notre Dame Law Review*, 67 (1): 51-96.
- JACKSON, F.: 1998: *From Metaphysics to Ethics. A Defence of Conceptual Analysis*. Oxford: Clarendon Press.
- JAKOBS, G., 2002: *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- KALDOR, N., 1939: «Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility», en *The Economic Journal*, 49 (195): 549-552.
- KAPLOW, L. y SHAVELL, S., 2002: *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Mass. – London, England: Harvard University Press.
- KAPLOW, L. y SHAVELL, S., 2003: «Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice», en *Journal of Legal Studies*, 32 (1): 331-362.
- KEATING, G. C., 2004: «Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents», en *Fordham Law Review*, 72 (5): 1857-1921.
- KELMAN, M. G., 1983: «Misunderstanding Social Life: A Critique of the Core Premises of “Law and Economics”», en *Journal of Legal Education*, 33 (2): 274-284.
- KELSEN, H., 1957: «Aristotle’s Doctrine of Justice», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley: University of California Press.
- KELSEN, H., 1960: *Reine Rechtslehre*. Viena: Franz Deuticke Verlag, zweite, vollständig neu bearbeitete, und erweiterte Auflage. Citado por la traducción de VERNENGO, R., 1979: *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Autónoma de México.
- KEREN-PAZ, T., 2007: *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate.
- KORNHAUSER, L. A., 2003: «Preference, Well-Being, and Morality in Social Decisions», en *Journal of Legal Studies*, 32 (1): 303-329.

- KRAUS, J. S., 2007: «Transparency and Determinacy in *Common Law* Adjudication: A Philosophical Defense of Explanatory Economic Analysis», en *Virginia Law Review*, 93 (2): 287-359.
- LANDES, W. y POSNER, R. A., 1983: «Causation in Tort Law: An Economic Approach», en *Journal of Legal Studies*, 12 (1): 109-134.
- LANDES, W. y POSNER, R. A., 1987: *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, Mass. – London, England: Harvard University Press.
- LAKATOS, I., 1970: «History of Science and Its Rational Reconstruction», en *Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, vol. 1970: 91-136.
- LEITER, B., 1995: «Tort Theory and the Objectivity of Corrective Justice», en *Arizona Law Review*, 37 (1): 45-51.
- LEITER, B., 2007: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- LIPPKE, R. L., 1999: «Torts, corrective justice, and distributive justice», en *Legal Theory*, 5: 149-169.
- LUCY, W., 2007: *Philosophy of Private Law*. Oxford: Oxford University Press.
- LYONS, D., 1965: *Forms and Limits of Utilitarianism*. Oxford: Clarendon Press.
- LYONS, D., 1981: «Legal Formalism and Instrumentalism – A Pathological Study», en *Cornell Law Review*, 66 (5), 949-972.
- MACCORMICK, N., 1982: «The Obligation to Reparation», en MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- MACKIE, J. L., 1990: *Ethics: Inventing Right and Wrong*. London: Penguin Books.
- MEDEMA, S. G., y ZERBE, R. O., 2000: «The Coase Theorem», en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.): *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I. Edward Elgar, Cheltenham: 836-892.
- También disponible en <http://encyclo.findlaw.com/0730book.pdf>, consultado el 15 de abril de 2010.
- MERCADO PACHECO, P., 1994: *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MICELI, T. J., 2004: *The Economic Approach to Law*. Stanford, California: Stanford Economics and Finance.

- MACDONALD, G. y PETTIT, P., 1981: *Semantics and Social Science*. London-Boston-Henley: Routledge and Kegan Paul.
- MORESO, J. J., 2004: «Prólogo», en NARVÁEZ MORA, M., 2004: *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- MOSSET ITURRASPE, J., 1980: *Estudios sobre responsabilidad por daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- MULHOLLAND, L. A., 1990: *Kant's System of Rights*. New York: Columbia University Press.
- NEYERS, J. W., 1998: «The Inconsistencies of Aristotle's Theory of Corrective Justice», en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XI (2): 311-328.
- NOZICK, R., 1974: *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford: Blackwell Publishers.
- OGUS, A., 2004: «What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics», en *Chicago-Kent Law Review*, 79 (2): 383-401.
- OGUS, A., 2006: *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*. Oxford and Portland – Oregon: Hart Publishing.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., 2006: «El análisis económico del derecho: ¿método útil o ideología nefasta?», en COURTIS, C. (comp.): *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta: 321-348.
- PATTERSON, D., 1996: *Law and Truth*. Oxford: Oxford University Press.
- PETTIT, P., 1996: «Functional Explanation and Virtual Selection», en *The British Journal for the Philosophy of Science*, 47 (2): 291-302.
- PERRY, S. R., 1988: «The impossibility of a General Strict Liability», en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, I (2): 147-171.
- PERRY, S. R., 1992: «Comment on Coleman: Corrective Justice», en *Indiana Law Journal*, 67 (2): 381-409.
- PERRY, S. R., 1992b: «The Moral Foundations of Tort Law», en *Iowa Law Review*, 77 (2): 449-514.
- PERRY, S. R., 1992c: «The Mixed Conception of Corrective Justice», en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 15(3): 917-938.
- PERRY, S. R., 2000: «On the Relationship Between Corrective and Distributive Justice», en HORDER, J. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*. Oxford: Oxford University Press.

- PERRY, S R., 2001: «Cost-Benefit Analysis and the Negligence Standard», en *Vanderbilt Law Review*, 54 (3): 893-899.
- PIGOU, A., 1932: *The Economics of Welfare*. London: Macmillan.
- PINTOS AGER, J., 2003: «Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 10/4/2003, (http://www.indret.com/pdf/131_es.pdf, consultado el 17/4/10).
- POGGE, T. W., 1989: *Realizing Rawls*. Ithaca (N. Y.): Cornell University Press.
- POLINSKY, M. A., 1980: «Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting», en *The American Economic Review*, 70 (2): 363-367.
- POLINSKY, M. A., 1989: *An Introduction to Law and Economics*. Boston – Toronto: Little, Brown and Company.
- POLINSKY, M. A. y SHAVELL, S., 1998: «Punitive Damages: An Economic Analysis», en *Harvard Law Review*, 111 (4): 869-962.
- POSNER, R. A., 1970: *Book Review*, en *University of Chicago Law Review*, 37 (3): 636-648.
- POSNER, R. A., 1972: «A Theory of Negligence», en *The Journal of Legal Studies*, 1 (1): 29-96.
- POSNER, R. A., 1979: «Some Uses and Abuses of Economics in Law», en *The University of Chicago Law Review*, 46 (2): 281-306.
- POSNER, R. A., 1980: «A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the *Common Law*», en *Hofstra Law Review*, 9: 775-794.
- POSNER, R. A., 1981: «The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law», en *Journal of Legal Studies*, 10: 187-206.
- POSNER, R. A., 1983: *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- POSNER, R. A., 1985: «Wealth Maximization Revisited», en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 2 (1): 85-106.
- POSNER, R. A., «The Law and Economics Movement», en *American Economic Review*, 77 (2): 1-13.

- POSNER, R., 1990: *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- POSNER, R. A., 1995: «Wealth Maximization and Tort Law: a Philosophical Inquiry», en OWEN, David G. (comp.): *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press.
- POSNER, R., 1996: *Law and Legal Theory in England and America*. Oxford: Clarendon Press.
- POSNER, R. A., 1998: *Economic Analysis of Law*. Fifth edition. New York: Aspen Law and Business.
- POSNER, R. A., 2005: «Guido Calabresi's "The Costs of Accidents": A Reassessment», en *Maryland Law Review*, 64 (1-2): 12-23.
- POSTEMA, G. J., 1993: «Risks, Wrongs, and Responsibility: Coleman's Liberal Theory of Commutative Justice», en *Yale Law Review*, 103: 861-897.
- PRIEST, G. L., 1977: «The *Common Law* process and the selection of efficient rules», en *Journal of Legal Studies*, 6 (1): 65-82.
- PRIEST, G., 1985: «The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law», en *Journal of Legal Studies*, 14 (3): 461-527.
- PRIEST, G., 1987: «Modern Tort Law and Its Reform», en *Valparaiso University Law Review*, 22 (1): 1-38.
- PRIEST, G., 1988: «Satisfying the Multiple Goals of Tort Law», en *Valparaiso University Law Review*, 22 (3): 643-650.
- PRIEST, G. y KLEIN, B., 1984: «The selection of disputes for litigation», en *Journal of Legal Studies*, 13 (1): 1-55.
- QUINE, W. V. O., 1951: «Two dogmas of empiricism», en *The Philosophical Review* 60 (1): 20-43.
- RAWLS, J., 1982: «Social Unity and Primary Goods», en SEN, A. y WILLIAMS, B.(eds): *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press.
- RAWLS, J., 1993: *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- RAWLS, J., 1999: *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- RAWLS, J., 2001: *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge, Mass. – et al.: The Belknap Press of Harvard University Press.

- RAZ, J., 1979: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, J., 1990: *Practical reasons and norms*. Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, J., 1996: «On the Nature of Law», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 82: 1-25.
- REDONDO, M. C., 1996: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- REID, T., [1855]: *Essays on the Intellectual Powers of Man*. Boston: Phillips, Sampson, and Company; New York: J. C. Derby.
- RESNIK, M. D., 1987: *Choices. An Introduction to Decision Theory*. Minneapolis – London: University of Minnesota Press.
- RIPSTEIN, A., 1999: *Equality, Responsibility, and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- RIPSTEIN, A., 2004: «The Division of Responsibility», en *Fordham Law Review*, 72 (5): 1811-1844.
- RISJORD, M., 1998: «No Strings Attached: Functional and Intentional Action Explanations», en *Philosophy of Science*, 66 (3). *Supplement. Proceedings of the 1998 Biennial Meetings of the Philosophy of Science Association*. Part I: Contributed Papers: S299-S313.
- ROSENKRANTZ, C. F., 1996: «La riqueza no es un valor. Algunas reflexiones acerca de Dworkin y del análisis económico del derecho», en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1 (1): 93-106.
- ROSENKRANTZ, C. F., 1997: «Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual», en *Lecciones y Ensayos*, 67/68: 147-203.
- ROSENKRANTZ, C. F., 2005: «La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran», en ROSENKRANTZ, C. F. (comp.), *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa.
- ROSENKRANTZ, C. F., 2008: «En defensa de la responsabilidad estricta. Una revisión crítica del Tratado de Responsabilidad extracontractual, de Enrique Barros Bourie», en *Estudios Públicos*, 112: 285-308.
- ROSS, A., 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens. Citado por la traducción de CARRIÓ, G., 1997: *Sobre el Derecho y la Justicia*. Segunda Edición. Buenos Aires: EUDEBA.

- RUBIN, P., 1977: «Why is *Common Law* efficient?», en *Journal of Legal Studies*, 6 (1): 51-63.
- SCANLON, T. M., 1998: *What We Owe to Each Other*. Cambridge, Mass. – London: Harvard University Press.
- SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press.
Citado por la traducción de ORUNESU, C. y RODRÍGUEZ, J., 2004: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid – Barcelona: Marcial Pons.
- SCHWARTZ, G. T., 1979: «Economics, Wealth Distribution, and Justice», en *Wisconsin Law Review*, 3: 799-813.
- SCHWARTZ, G. T., 1997: «Mixed Theories of Tort Law. Affirming Both Deterrence and Corrective Justice», en *Texas Law Review*, 75 (7): 1801-1834.
- SCHWARTZ, J., 1993: «Functional Explanation and Metaphysical Individualism», en *Philosophy of Science*, 60 (2): 278-301.
- SEARLE, J., 1995: *The Construction of Social Reality*. New York: The Free Press.
- SEN, A., 1970: «The Impossibility of a Paretian Liberal», en *The Journal of Political Economy*, 78 (1): 152-157.
- SHAPIRO, S., 2001: «On Hart's Way Out», en COLEMAN, J. L. (Ed.), *Hart's Postscript*. Oxford: Oxford University Press.
- SHAPIRO, S., 2006: «What is the internal point of view», en *Fordham Law Review*, 75 (3): 1157-1170.
- SHAVELL, S., 1980: «Strict Liability vs. Negligence», en *Journal of Legal Studies*, 9 (1): 1-25.
- SHAVELL, S., 1980: «An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts», en *Journal of Legal Studies*, 9 (3): 463-516.
- SHAVELL, S., 1987: *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, Mass. – London: Harvard University Press.
- SHAVELL, S., 1992: «Liability and the Incentive to Obtain Information about risk», en *Journal of Legal Studies*, 21 (2): 259-270.
- SHAVELL, S., 2004: *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Mass. – London: Harvard University Press.

- SHAVELL, S., 2007: «Liability for Accidents», en POLINSKY, A. M y SHAVELL, S. (eds): *Handbook of Law and Economics, Vol. 1*. Amsterdam - et al: Elsevier: 139-182.
- SHEINMAN, H., 2003: «Tort Law and Corrective Justice», en *Law and Philosophy*, 22 (1): 21-73.
- SHERWIN, E., 1992: «Why is Corrective Justice Just?», en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 15(3): 839-848.
- SMITH, M., 1995: *The moral problem*. Oxford: Blackwell Publishing.
- SOPER, P., 2002: *The Ethics of Deference. Learning from Law's Morals*. Cambridge: Cambridge University Press.
- STONE, M., 1996: «On the Idea of Private Law», en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, IX (2): 235-277.
- STORDEUR (h), E., 2005: «Eficiencia y Teorías Deontológicas: una respuesta a Kaplow & Shavell», en *Ideas y Derecho*, 5. Buenos Aires: Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social: 103-142.
- STRAWSON, P. F., 1992: *Analysis and Metaphysics. An introduction to philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- STROLL, A., 2002: *La Filosofía analítica del siglo XX*. Madrid: Siglo XXI de España.
- SULLIVAN, R. J., 1989: *Immanuel Kant's Moral Theory*. Cambridge - New York - et al.: Cambridge University Press.
- SUMMERS, R. S., 1995: «The Juristic Study of Law's Formal Character», en *Ratio Juris*, 8 (3): 237-347.
- SUNSTEIN, C. R., SCHKADE, D. A. y KAHNEMAN, D., 2002: «Do People Want Optimal Deterrence?», en SUNSTEIN, C. R., HASTIE, R., PAYNE, J. W., SCHKADE, D. A. y VISCUSI, W. K.: *Punitive Damages. How Juries Decide*. Chicago – London: University of Chicago Press.
- THAGARD, P., y NISBETT, R. E., 1983: «Rationality and Charity», en *Philosophy of Science*, 50 (2): 250-267.
- TAMANAHA, B. Z., 2006: *Law as Means to an End. Threat to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TODD, S. y HUGHES, J., 1997: «Introduction: Torts and Other Compensation Systems», en TODD, S. (ed). *The Law of Torts in New Zealand*. Second edition. Wellington: Brooker's Legal Information: 1-61.

- THOMSON, J. J., 1990: *The Realm of Rights*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- TRIGG, R., 2001: *Understanding Social Science*. Second Edition. Oxford: Blackwell Publishers.
- TROUT, J. D., 2002: «Scientific Explanation and the Sense of Understanding», en *Philosophy of Science*, 69 (2): 212-233.
- VON WRIGHT, G. H., 1963: *The varieties of goodness*. London: Routledge & Kegan Paul.
- VON WRIGHT, G. H., 1971: *Explanation and Understanding*. London: Routledge & Kegan Paul.
- VON WRIGHT, G. H., 1985: *Sobre la libertad humana*. Barcelona – Buenos Aires – México: Ediciones Paidós - I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- WALDRON, J., 2003: «Locating Distribution», en *Journal of Legal Studies*, 32 (1): 277-302.
- WALT, S., 2006: «Eliminating Corrective Justice», en *Virginia Law Review*, 92 (7): 1311-1323.
- WARNOCK, G. J., 1971: *The Object of Morality*. London: Methuen.
- WEBER, M., 1922: *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tubinga: J. C. B. Mohr. Citado por la traducción castellana de GINER, S., 1984: *La acción social: Ensayos metodológicos*. Barcelona: Ediciones Península.
- WEDGWOOD, R., 2006: «The meaning of ought», en SHAFER-LANDAU, R. (Ed.), *Oxford Studies in Metaethics*, vol. 1: 127-160.
- WEDGWOOD, R., 2007: *The nature of normativity*. Oxford: Oxford University Press.
- WEINRIB, E., 1980: «Utilitarianism, Economics, and Legal Theory», en *University of Toronto Law Journal*, 30 (3): 307-332.
- WEINRIB, E., 1987: «Causation and Wrongdoing», en *Chicago Kent Law Review*, 63: 407-450.
- WEINRIB, E., 1988: «Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law», en *Yale Law Journal*, 97 (6): 949-1016.
- WEINRIB, E., 1989: «Understanding Tort Law», en *Valparaiso University Law Review*, 23 (3): 485-526.

- WEINRIB, E., 1992: «Non-Relational Relationships: A Note on Coleman's New Theory», en *Iowa Law Review*, 77: 445-448.
- WEINRIB, E., 1993: «The Jurisprudence of Legal Formalism», en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 16 (3): 583-595.
- WEINRIB, E., 1995: *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass. – London, England: Harvard University Press.
- WEINRIB, E., 2000: «Restitutionary Damages as Corrective Justice», en *Theoretical Inquiries in Law*, 1: 1-37.
- WHITE, B. A., 1990: «Risk-Utility Analysis and the Learned Hand Formula: A Hand that Helps or a Hand that Hides?», en *Arizona Law Review*, 32 (1): 77-136.
- WINCH, P., 1990: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*. London - New York: Routledge.
- WINCH, P., 1994: *Comprender una sociedad primitiva*. Paidós: Barcelona – Buenos Aires – México.
- WRIGHT, R. W., 1985: «Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis», en *The Journal of Legal Studies*, 14 (2): 435-456.
- WRIGHT, R. W., 1985b: «Causation in Tort Law», en *California Law Review*, 73 (6): 1735-1828.
- WRIGHT, R. W., 1988: «Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts», en *Iowa Law Review*, 73: 1001-1077.
- WRIGHT, R. W., 1992: «Substantive Corrective Justice», en *Iowa Law Review*, 77 (2): 625-711.
- WRIGHT, R. W., 2003: «Hand, Posner, and the Myth of the “Hand Formula”», en *Theoretical Inquiries in Law*, 4: 1-132.
- ZIMMERMAN, M. J., 1994: «Rights, Compensation, and Culpability», en *Law and Philosophy*, 13: 419-450.
- ZIPURSKY, B. C., 2000: «Pragmatic Conceptualism», en *Legal Theory*, 6: 457-485.