

JULES L. COLEMAN

# RIESGOS Y DAÑOS

Traducción de  
Diego M. Papayannis

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PREFACIO</b> .....	17
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	21
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	25
1. TEMAS .....	26
2. METODOLOGÍA .....	30

## PARTE PRIMERA

### EL PARADIGMA DEL MERCADO

<b>CAPÍTULO I. RACIONALIDAD Y COOPERACIÓN</b> .....	39
1. RACIONALIDAD INDIVIDUAL Y RACIONALIDAD COLECTIVA .....	40
2. LA DIMENSIÓN PRODUCTIVA DE LA MORAL .....	42
3. LA DIMENSIÓN DISTRIBUTIVA DE LA MORAL .....	43
4. LOS ASPECTOS PRODUCTIVOS Y DISTRIBUTIVOS DE LA MORA .....	46
5. RACIONALIDAD Y ELECCIÓN RACIONAL .....	47
6. LIBERALISMO Y ELECCIÓN RACIONAL .....	49
7. LA MOTIVACIÓN LIMITA LA SUSTANCIA .....	50
8. EL CONTRACTUALISMO DE LA ELECCIÓN RACIONAL .....	50

	Pág.
9. CONTRATACIÓN Y NEGOCIACIÓN .....	51
10. UNA EVALUACIÓN .....	52
11. CUANDO LA RACIONALIDAD INDIVIDUAL Y LA COLECTIVA COLISIONAN .....	53
12. TRES PROBLEMAS, CUATRO MODELOS .....	56
13. COOPERACIÓN Y FRACASO DEL MERCADO .....	58
<b>CAPÍTULO II. COMPETENCIA Y COOPERACIÓN.....</b>	<b>63</b>
1. RACIONALIDAD Y NEUTRALIDAD NORMATIVA .....	64
2. RACIONALIDAD Y MOTIVACIÓN HUMANA .....	65
3. RACIONALIDAD, JUSTIFICACIÓN Y MOTIVACIÓN .....	66
4. LA MORAL Y LA NEGOCIACIÓN RACIONAL .....	67
5. EQUIDAD Y NEGOCIACIÓN RACIONAL .....	68
6. OLVÍDESE DE LA JUSTICIA.....	70
7. EL HALO DE JUSTICIA DE LA RACIONALIDAD .....	70
8. LA JUSTICIA ES UNA RESTRICCIÓN.....	71
9. UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA JUSTICIA .....	76
10. LA COMPETENCIA PRESUPONE LA COOPERACIÓN.....	77
11. LOS MERCADOS Y EL CONFLICTO .....	80
12. EL MERCADO Y LA ORGANIZACIÓN SOCIAL RACIONAL.....	83
13. ESTABILIDAD Y RACIONALIDAD .....	85
14. EL LIBERALISMO DE LA ELECCIÓN RACIONAL .....	87
<b>CAPÍTULO III. EL DERECHO Y LOS MERCADOS .....</b>	<b>91</b>
1. ILÍCITOS EXTRA CONTRACTUALES, DELITOS Y CONTRATOS.	92
2. LA ECONOMÍA Y LOS CONTRATOS .....	94
3. REGLAS SUPLETORIAS Y CONTRATACIÓN.....	98
4. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y REGLAS SUPLETORIAS .....	99
5. ILÍCITOS EXTRA CONTRACTUALES, CONTRATOS Y DELITOS.	101
<b>CAPÍTULO IV. EFICIENCIA Y FALLAS DEL MERCADO.....</b>	<b>103</b>
1. FALLAS DEL MERCADO Y COMPETENCIA PERFECTAO .....	103
2. LA EFICIENCIA ES RELATIVA.....	106
3. LA COMPARACIÓN DE ESTADOS SOCIALES .....	108
4. EFICIENCIA Y ELECCIÓN VOLUNTARIA.....	109

	Pág.
5. LA COMPARACIÓN ENTRE MARCOS DE INTERCAMBIO.....	110
6. BUCHANAN ES TULLOCK.....	112
7. CUANDO FALLAN LOS MERCADOS.....	113

**PARTE SEGUNDA  
GARANTÍAS Y RIESGOS**

<b>CAPÍTULO V. EL ACUERDO RACIONAL.....</b>	<b>119</b>
1. EL CONTRATO RACIONAL.....	121
2. LAS TRES ETAPAS DE LA CONTRATACIÓN.....	123
3. COORDINACIÓN Y RACIONALIDAD CONJUNTA.....	123
4. NEGOCIACIÓN Y CONCESIÓN.....	126
5. RACIONALIDAD Y CUMPLIMIENTO.....	131
6. EL CONTRATO COMO NEGOCIACIÓN.....	133
<b>CAPÍTULO VI. LAS GARANTÍAS.....</b>	<b>135</b>
1. LA CULPA ES DE LA INCERTIDUMBRE.....	137
2. COSTES DE TRANSACCIÓN E INFORMACIÓN.....	138
3. CONTEXTOS Y GARANTÍAS.....	139
4. RESUMEN.....	142
5. EL ESPACIO DE INTERCAMBIO.....	143
6. LO QUE PUEDEN HACER LOS TERCEROS.....	144
7. LA PREFERENCIA POR LOS RECURSOS ENDÓGENOS.....	146
8. CASOS EN QUE ES INEVITABLE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS.....	147
<b>CAPÍTULO VII. CÁLCULOS Y CONTEXTOS.....</b>	<b>153</b>
1. CÁLCULOS Y CONTEXTOS.....	153
2. LOS CONTEXTOS Y LOS PROBLEMAS DE DISTRIBUCIÓN.....	154
3. LOS CONTEXTOS Y EL INCUMPLIMIENTO.....	156
4. LA COOPERACIÓN REQUIERE CONVENCIONES.....	157
5. INFORMACIÓN Y DERECHOS DE PROPIEDAD.....	159
6. DOS EFECTOS DE LA INFORMACIÓN.....	160
7. INCUMPLIMIENTO Y COSTES DEL ERROR.....	164
8. COORDINACIÓN E INFORMACIÓN PRIVADA.....	167

	Pág.
<b>CAPÍTULO VIII. LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS</b> .....	173
1. LAGUNAS CONTRACTUALES .....	173
2. REGLAS SUPLETORIAS Y CONSENTIMIENTO .....	175
3. EFICIENCIA Y REGLAS SUPLETORIAS .....	181
4. ¿SON EFICIENTES TODOS LOS ACUERDOS RACIONALES? .....	183
5. AGENTES NO IDEALES Y CONTRATOS IDEALES .....	185
6. ¿POR QUÉ CONTRATAR? .....	186
7. RACIONALIDAD, CONSENTIMIENTO Y EFICIENCIA; UNA VEZ MÁS .....	187
 <b>CAPÍTULO IX. DE LOS CONTRATOS A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL</b> .....	 191
1. REGLAS DE PROPIEDAD Y DE RESPONSABILIDAD .....	191
2. CONTRATOS, REGLAS SUPLETORIAS Y DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES .....	192
3. CONTRATOS, DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES Y DELITOS... ..	193
4. COMPLETAR Y CREAR CONTRATOS .....	195
5. DE LAS REGLAS DE PROPIEDAD A LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD .....	196
6. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL .....	198
7. REVISIÓN .....	199
<b>PARTE TERCERA</b>	
<b>INJUSTOS RECTIFICABLES</b>	
 <b>CAPÍTULO X. LOS OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL</b> .....	 205
1. TEORÍA DE NIVEL MEDIO Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL .....	206
2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL COMO FORMA DE REGULACIÓN .....	208
3. DOS FORMAS DE INSTRUMENTALISMO .....	210
4. LOS OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL .....	211

	Pág.
5. DOS ASPECTOS DE LOS COSTES PRIMARIOS DE LOS ACCIDENTES.....	212
6. EL SEGURO.....	213
7. LOS OBJETIVOS MORALES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	216
<b>CAPÍTULO XI. LA CULPA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA ...</b>	<b>219</b>
1. REGLAS DE RESPONSABILIDAD Y CARGAS EPISTÉMICAS.	220
2. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD .....	222
3. LA INCOMPATIBILIDAD DE LOS ESTÁNDARES DE RESPONSABILIDAD .....	223
4. LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD POR CULPA.....	224
5. EL ELEMENTO OBJETIVO EN LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	226
6. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y LA MORAL .....	227
7. ILÍCITOS EXTRA CONTRACTUALES Y DELITOS.....	228
8. CULPA, JUSTICIA Y EXCUSAS.....	230
9. LA CULPA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA, UNA VEZ MÁS .....	232
10. ¿DE QUÉ NOS SIRVE TODO ESTO?.....	234
11. DOS PREMISAS CONTROVERTIDAS.....	235
12. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA VÍCTIMA, ¿ES RESPONSABILIDAD?.....	236
<b>CAPÍTULO XII. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL .....</b>	<b>241</b>
1. LA CULPA Y EL RETRIBUCIONISMO .....	241
2. OTRAS ALTERNATIVAS .....	243
3. ANÁLISIS ECONÓMICO BÁSICO .....	244
4. EL SIGNIFICADO Y LOS FUNDAMENTOS DE LA CULPA.....	246
5. EFICIENCIA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	247
6. EFECTOS SOBRE LA RIQUEZA.....	249
7. ACCIDENTES UNILATERALES Y BILATERALES.....	250
8. NIVELES DE ACTIVIDAD .....	253

	Pág.
9. COSTES DE LITIGIO Y REQUISITOS DE INFORMACIÓN .....	254
10. EL SEGURO .....	255
<b>CAPÍTULO XIII. LA RECIPROCIDAD DE RIESGOS.....</b>	<b>259</b>
1. RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN .....	260
2. RIESGOS RECÍPROCOS.....	261
3. LA CULPA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	262
4. RECIPROCIDAD Y EXCUSAS.....	265
5. RESPONSABILIDAD SIN AGENCIA .....	267
6. RECIPROCIDAD Y JUSTICIA.....	272
7. LA RECIPROCIDAD Y LOS CASOS .....	273
<b>CAPÍTULO XIV. CAUSALIDAD, RESPONSABILIDAD Y RESPON- SABILIDAD OBJETIVA.....</b>	<b>275</b>
1. CONDICIÓN <i>SINE QUA NON</i> Y CAUSA PRÓXIMA.....	275
2. PARADIGMAS CAUSALES .....	276
3. CAUSALIDAD Y RESPONSABILIDAD .....	278
4. CAUSALIDAD Y EQUILIBRIO.....	280
5. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y EL DAÑO .....	282
6. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LAS EXPECTATIVAS LE- GÍTIMAS .....	283
7. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LOS DERECHOS .....	285
<b>CAPÍTULO XV. LA OBLIGACIÓN DE COMPENSAR Y EL DERE- CHO A SER INDEMNIZADO .....</b>	<b>291</b>
1. COMPENSACIÓN Y RESPONSABILIDAD .....	291
2. LOS FUNDAMENTOS DE LA COMPENSACIÓN Y SUS MODOS .....	293
3. LOS FUNDAMENTOS Y EL ALCANCE DE LA RESPONSA- BILIDAD.....	294
4. COMPENSACIÓN Y JUSTIFICACIÓN.....	297
5. ESTADO DE NECESIDAD.....	299
6. DERECHOS Y COMPENSACIÓN.....	302
7. TRANSGRESIONES Y VIOLACIONES DE DERECHOS .....	304

	Pág.
<b>CAPÍTULO XVI. LA CONCEPCIÓN MIXTA DE LA JUSTICIA CORRECTIVA</b> .....	309
1. LA CONCEPCIÓN ANULADORA DE LA JUSTICIA CORRECTIVA.....	313
2. LA CONCEPCIÓN RELACIONAL DE LA JUSTICIA CORRECTIVA.....	317
3. UNA CONCEPCIÓN MIXTA DE LA JUSTICIA CORRECTIVA .....	323
4. UN INJUSTO NO SIEMPRE ES UN ACTO INCORRECTO .....	328
5. FUNDAMENTOS Y MODOS DE REPARACIÓN; UNA VEZ MÁS.	330
<b>CAPÍTULO XVII. LA INJUSTICIA</b> .....	333
1. LAS EXCUSAS Y LA ACCIÓN INCORRECTA .....	336
2. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS.....	339
3. LOS INJUSTOS Y LOS DERECHOS.....	344
4. LOS DERECHOS Y EL BIENESTAR .....	345
5. LOS DERECHOS Y LA AUTONOMÍA .....	346
6. LA JUSTICIA CORRECTIVA Y LOS DERECHOS.....	347
7. UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD .....	349
8. LA JUSTICIA CORRECTIVA Y LA ACCIÓN INCORRECTA .....	351
9. LA JUSTICIA CORRECTIVA Y LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA...	353
10. LA JUSTICIA ENTRE LAS PARTES .....	358
<b>CAPÍTULO XVIII. LA JUSTICIA CORRECTIVA Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL</b> .....	363
1. FILOSOFÍA POLÍTICA .....	365
2. LAS EXIGENCIAS DE LA JUSTICIA CORRECTIVA .....	367
3. LA JUSTICIA CORRECTIVA Y LA RESPONSABILIDAD POR CULPA .....	369
4. LA RESTITUCIÓN Y LAS GANANCIAS INJUSTAS.....	370
5. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LAS PÉRDIDAS INJUSTAS.....	372
6. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y LA JUSTICIA CORRECTIVA .....	374
7. LA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	375



	Pág.
8. LA RESPUESTA ECONÓMICA .....	377
9. LOS LÍMITES DE LA EXPLICACIÓN ECONÓMICA .....	378
10. ¿QUÉ VINCULA A LOS AGENTES DAÑADORES CON LAS VÍCTIMAS?.....	380
11. LA REDEFINICIÓN DE «AGENTE DAÑADOR».....	382
<b>CAPÍTULO XIX. DESVIACIONES JUSTIFICADAS DE LA JUSTICIA CORRECTIVA</b> .....	<b>387</b>
1. RESPONSABILIDAD Y COMPENSACIÓN SIN JUSTICIA .....	388
2. LA OBLIGACIÓN DE COMPENSAR Y EL EVITADOR DE COSTES MÁS ECONÓMICO.....	389
3. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CORRECTIVA.....	394
<b>CAPÍTULO XX. RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS</b> .....	<b>405</b>
1. ¿CÓMO HEMOS LLEGADO HASTA AQUÍ?.....	407
2. LA SOLUCIÓN MODERNA .....	408
3. RACIONALIDAD Y PREDICTIBILIDAD.....	409
4. UN NUEVO ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS .....	413
5. LAS REGLAS DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.....	415
6. LA FUNCIÓN ASEGURADORA DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS .....	417
7. EL CONTRATO RACIONAL Y LA REDUCCIÓN DEL RIESGO....	419
8. COSTES NO PECUNIARIOS.....	421
<b>CAPÍTULO XXI. UNA REVISIÓN DEL LIBERALISMO</b> .....	<b>427</b>
1. LA JUSTICIA CORRECTIVA, UNA VEZ MÁS .....	429
2. EL LIBERALISMO, LA ESTABILIDAD Y LA MORALIDAD DE LA LIBERTAD .....	431
<b>EPÍLOGO A LA EDICIÓN EN CASTELLANO</b> .....	<b>437</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>473</b>
<b>ÍNDICE ANALÍTICO</b> .....	<b>479</b>

## PREFACIO

A principios de los ochenta, escribí una serie de artículos sobre los fundamentos morales del análisis económico del derecho en respuesta al loable intento de Richard POSNER de demostrar que la eficiencia es un ideal moral. Si bien estos artículos lograron cuestionar la explicación predominante de los fundamentos normativos del análisis económico, nunca estuve muy conforme con ellos. Mis problemas eran de dos tipos. Si otros tantos como POSNER no hubiesen tenido la integridad intelectual para advertir que la eficiencia requería una defensa, y el coraje para ofrecerla, no habrían existido ensayos de COLEMAN sobre el tema. Independientemente de la solidez de mis argumentos y de que las reacciones que suscitaron hayan sido favorables, se trató de argumentos, casi en su totalidad, negativos, críticos y de naturaleza contraofensiva. En segundo lugar, dado que mi propia formación filosófica y mis instintos incluían una cuota considerable de la teoría de la elección racional, sentí que criticar el análisis económico y, a la vez, estar comprometido con una forma de ciencia social basada en la elección racional, era algo contradictorio. El vínculo entre el análisis económico y la teoría de la elección racional es demasiado estrecho como para que esta dicotomía pueda sostenerse en términos psicológicos y, mucho menos, filosóficos.

Finalmente, a mediados de los ochenta, me propuse brindar una defensa del análisis económico que no fuese objeto de las críticas que yo mismo, y otros, habíamos planteado. En vez de fundar el análisis económico en el utilitarismo, a la manera de los economistas clásicos, o en una teoría moral deontológica, como pretendió POSNER, intenté ofrecer una defensa de este análisis que partiera de considerarlo una implicación de una clase de teoría política contractualista de la elección racional. A su vez, la teoría política contractualista de la elección racional tiene su origen en una aproximación más abstracta

a las ciencias sociales y morales que denominé paradigma del mercado. En la parte primera de este libro se desarrolla de modo sucinto la concepción del paradigma del mercado que hubiese aportado la defensa del análisis económico que POSNER emprendió infructuosamente. También se incluyen en la parte primera los argumentos que finalmente me persuadieron de rechazar el paradigma del mercado y de renunciar a mi intento de justificar el enfoque tradicional del análisis económico del derecho. En lugar de ello, se presenta la teoría política que considero que puede servir de fundamento a una defensa más limitada de una corriente diferente del derecho y la economía, que he denominado *liberalismo de la elección racional*. Una de las características del liberalismo de la elección racional es la importancia que atribuye a los mercados, en contraposición a la eficiencia como tal. La parte primera expone mi defensa de los mercados, en lugar de la eficiencia económica, como propiedad de los estados sociales. Por consiguiente, el tipo de análisis económico que propongo no ofrecerá consuelo a la mayoría de los partidarios contemporáneos del derecho y la economía. El resto del libro desarrolla los alcances y los límites de este enfoque de la interpretación jurídica. Si bien muchos de los temas que analizo en esta obra ya han sido abordados en trabajos anteriores, mis puntos de vista han cambiado significativamente. El argumento que se expone en la parte tercera, en particular, reemplaza todas las afirmaciones que he realizado con anterioridad acerca de la responsabilidad extracontractual y la asignación de riesgos relacionados con la seguridad.

Me he propuesto ofrecer un argumento coherente y unificado en su totalidad y, sin duda, he fracasado. Por momentos, el lector no caritativo tal vez sienta que ni siquiera he presentado un argumento, a pesar de que en ciertos círculos esta omisión se interprete como un signo de fortaleza intelectual, y no de debilidad. No obstante, es improbable que los filósofos que adoptan esta visión postmodernista de los argumentos se encuentren entre los lectores de este libro. He procurado señalar los puntos en que los argumentos son incompletos o no han sido desarrollados, ya que no es mi intención engañar a nadie.

Puesto que el libro incluye ideas tomadas de la economía, el derecho y la filosofía, la tarea más difícil (además de lograr que el argumento sea plausible) ha sido determinar el lector a quien se dirige dicho argumento. Es muy posible que mis afirmaciones acerca de los fundamentos de la teoría de la elección racional no sean particularmente novedosas para los economistas. Después de todo, soy más bien un consumidor de la teoría de la elección racional antes que un productor. Mi intención ha sido exponer argumentos filosóficos. Mi esperanza no sólo es que se trate de buenos argumentos, sino que también sean accesibles para aquellos juristas y economistas interesados en las cuestiones que se analizan en este libro. Al mismo tiempo, espero que los problemas que planteo e intento resolver sean de suficiente interés para los filósofos como

para instar a otros a abordar problemas similares en otras áreas del derecho y la teoría política. En definitiva, mi expectativa es que quienes lean este libro lo consideren una buena muestra del programa de investigación propuesto en la parte primera; es decir, una ciencia social y moral unificada, pero no reduccionista.

## AGRADECIMIENTOS

Son muchas las personas que han leído este manuscrito y realizado comentarios sobre las distintas secciones. Quisiera expresar mi especial agradecimiento a John FERREJOHN, Jean HAMPTON, David GAUTHIER, David SCHMIDTZ, Steven CROLEY, Jeffrey LANGE y Ned MCCLENNEN por sus comentarios a la parte primera. Los aportes de Bob COOTER, Alan SCHWARTZ, Randy BARNETT y Bob SCOTT fueron de gran ayuda para aclarar los argumentos de la parte segunda que, sin duda, ninguno de ellos comparte, aunque por diferentes razones. Esa sección fue elaborada a partir de un artículo que escribí con Douglas HECKATHORN y Steven MASER, por lo que les corresponde el mismo mérito (y definitivamente toda la culpa).

También son muchas las personas que han realizado aportes al argumento que se expone en la parte tercera. Larry ALEXANDER y Jacob ADLER comentaron una versión previa de las secciones más importantes. Heidi HURD y Anita ALLEN, por su parte, ofrecieron comentarios sobre versiones más recientes. France KAMM leyó los capítulos centrales en dos oportunidades y formuló observaciones sumamente agudas y útiles en ambos casos. Bruce ACKERMAN me obligó a considerar en qué medida podían compatibilizarse mis opiniones expresadas en las partes segunda y tercera. Jody KRAUS me ayudó a formular algunos de los argumentos básicos sobre derechos e intentó convencerme durante varios meses de que el resto de mis ideas sobre el tema de la responsabilidad por daños eran incorrectas. Carl WELLMAN, en contraste, intentó durante un tiempo convencerme de que mis ideas sobre los derechos eran incorrectas. En cuanto a Richard EPSTEIN y George FLETCHER, si bien no han leído el manuscrito completo, ha influido en él de manera evidente.

Cabe mencionar a tres personas que tuvieron un impacto especialmente profundo en las características que adoptó el argumento de la parte tercera.

Ernest WEINRIB ha debatido conmigo acerca de estos temas durante casi una década. Nuestra amistad y respeto mutuo han perdurado pese al hecho de que considera que mis puntos de vista son casi tan equivocados como yo considero que son los suyos. Durante años, ha insistido en su opinión de que mi teoría de la justicia correctiva no tiene nada que ver con la justicia correctiva. En un principio, interpreté que sólo afirmaba que mi visión de la justicia correctiva no tenía nada en común con la de ARISTÓTELES. Al haber estudiado filosofía en la Rockefeller University, creía que el filósofo más antiguo era FREGE, por lo que esta afirmación no me convenía. En efecto, busqué en todo el trabajo de FREGE, pero no pude encontrar ninguna referencia útil a la justicia correctiva. Finalmente, sin embargo, WEINRIB logró persuadirme, aunque no lo suficiente como para adherirme a su postura.

Al igual que todos los que se dedican a la filosofía analítica del derecho, he seguido el trabajo de Joseph RAZ. Pero hasta el verano de 1990 no supe que RAZ había estado enseñando y reflexionando acerca de mis ideas sobre la responsabilidad extracontractual durante años. Ese verano, durante mi estancia en Oxford, tuve la gran suerte de encontrarme con RAZ, quien formuló diversas críticas a mi trabajo, demasiado evidentes para ser ignoradas. En 1991, regresé a Oxford y volví a hablar con RAZ acerca de mis nuevas ideas, que estaba aún desarrollando, en particular sobre la relación entre la justicia correctiva y otras instituciones jurídicas y políticas para la asignación de pérdidas. En pocas horas, RAZ me hizo ver con claridad algunas cuestiones que hasta entonces habían sido, en el mejor de los casos, confusas. Todos deberían poder analizar su trabajo con alguien como Joseph RAZ. No conozco a ninguna persona más comprensiva, considerada y decente, y que demuestre mayor interés por obtener lo mejor del trabajo de otros. RAZ es el tipo de profesional al que deberíamos aspirar a convertirnos.

Entre todas estas personas, no obstante, quisiera expresar mi particular agradecimiento a Stephen PERRY. Stephen ha trabajado a partir de mis obras durante años y probablemente conozca mejor que yo mis propias ideas acerca de la responsabilidad extracontractual. En un artículo que presentó en Oxford acerca de mis tesis, expuso una cantidad de objeciones que hicieron que fuera literalmente imposible continuar defendiendo los puntos de vista con los que era tan habitual que se me asociara. Desde aquel momento, hemos forjado una estrecha amistad y relación de trabajo. Discutimos cada uno de los cambios que contemplé realizar en el argumento general. De hecho, los errores que hayan quedado probablemente se deban a él.

El 31 de enero y 1 de febrero se celebró un congreso en la University of San Diego Law School en la que se analizó el penúltimo borrador de este libro. Quiero expresar mi agradecimiento a la decana Kristine STRACHAN por patrocinar el congreso, y especialmente a Larry ALEXANDER por haberlo organizado exitosamente. Muchos de los argumentos que se exponen en esta obra

fueron ajustados como resultado de los comentarios de los participantes. La distinción que trazo en el libro entre teoría descendente (*top-down*) y teoría de nivel medio (*middle level*) surgió de las contribuciones de David GAUTHIER y Jean HAMPTON en el congreso. El capítulo XXI intenta conciliar los argumentos descritos en las partes primera, segunda y tercera. La necesidad de redactar este capítulo tiene su origen en los comentarios de GAUTHIER, HAMPTON y Peggy RADIN, como así también en las múltiples discusiones con Bruce ACKERMAN.

Las críticas de Stephen PERRY a mi análisis de los casos de necesidad han logrado debilitar mi confianza en el argumento presentado en el capítulo XV. Las objeciones formuladas por Richard CRASWELL, Alan SCHWARTZ y Randy BARNETT a las ideas de la parte segunda me obligaron a esclarecer el argumento y enfatizar su conexión con la parte primera de un modo en que hasta entonces me había resultado imposible. Los artículos de Ken SIMONS y Emily SHERWIN me llevaron a desarrollar en mayor profundidad la relación entre la justicia correctiva y las normas que se sustentan en ella. Los artículos de Steven WALT y David GAUTHIER también me obligaron a exponer con mayor precisión el argumento en contra del paradigma del mercado y sus consecuencias. Si bien he intentado responder a las principales objeciones que se presentaron, dudo que mis intentos logren satisfacer completamente a éstos u otros críticos. Los artículos han sido compilados en un número de *Harvard Journal of Law and Public Policy* que se publicará próximamente\*, al cual remito a los lectores de este libro.

El decano de la Yale Law School Guido CALABRESI me brindó asistencia para la investigación y tiempo libre para completar el manuscrito, cuya redacción comenzó durante un año sabático que fue posible gracias al financiamiento provisto, en parte, por la Guggenheim Foundation entre 1989 y 1990. Además de Joel FEINBERG, es a CALABRESI a quien debo mi interés por estos temas. Me enseñó tanto derecho y economía como derecho de daños. Muchas de las ideas aquí desarrolladas llamaron por primera vez mi atención al leer su libro *The Costs of Accidents*. Sin embargo, hay razones de sobra para creer que sigue discrepando conmigo en casi todos los aspectos.

A finales de marzo de 1992, Cambridge University Press me informó de que la única versión completamente editada que existía de mi manuscrito había sido robada. Lo primero que pensé fue que el libro era tan bueno que algún posible autor no pudo resistir la tentación de robarlo y publicarlo como propio. Aparentemente, esto le ha sucedido a otros autores. Luego pensé que se trataba de alguien tan ansioso por leerlo que no podía esperar hasta su publicación. Por desgracia, mis esperanzas se desvanecieron: el robo de mi manuscrito fue una coincidencia y no el objeto del crimen.

---

\* Los trabajos fueron publicados en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 15 (3): 621-963.

Sin embargo, mi trabajo se retrasó considerablemente debido a la pérdida del manuscrito. Me vi obligado a reconstruir el texto a partir de borradores y anotaciones anteriores que no habían sido editados. De no ser por el apoyo de mi familia y la ayuda de Steven HETCHER y de Trish DiMICCO, creo que no hubiese tenido la energía para terminarlo.

Además de Steven HETCHER, varios estudiantes de Yale trabajaron como ayudantes de investigación en las primeras etapas de este proyecto. Deseo agradecer a Steven CROLEY, Anthony SEBOK, Tim LYTTON y Christopher GILKERSON por su ayuda. Además de corregir el último borrador en su totalidad y revisar las correcciones de los borradores anteriores, los aportes de Steven HETCHER influyeron en el análisis que se desarrolla en la parte tercera acerca de la relación entre la justicia correctiva y las convenciones. Tengo una gran deuda con Trish DiMICCO por haber armado el manuscrito más veces de las que cualquiera de nosotros deseaba y por soportar mi personalidad obsesiva.

Soy una de las personas del campo de la filosofía que no se siente menospreciada ni subestimada, salvo en raras ocasiones y, en esos casos, sólo por algunas pocas personas. He tenido colegas maravillosos y grandes amigos en el ejercicio de mi profesión. ¿Qué más puede uno pedir (además de un buen salario, un plan de jubilación generoso y un buen seguro dental)? Cada uno a su manera ha hecho posible que asumiera y terminara este proyecto (dos veces). También he tenido suerte en el amor. Mi esposa, Mimsie, ha sido mi guía durante este proyecto, al igual que en la vida que hemos llevado juntos: con fortaleza, comprensión y alegría. Quisiera reconocer el aporte de mis tres hijos al manuscrito: Jesse, Jeremy y Laura. De no ser por ellos, lo hubiese terminado hace años y ahora tendría que retractarme o disculparme por todos los argumentos que hubiese esgrimido. Queda por verse si de todos modos terminaré haciéndolo dentro de algunos años. Por último, quiero agradecer a Donald Fagan, Lou Reed, Neil Young, Graham Parker y Van Morrison. Sin ellos, no hubiese sobrevivido desde finales de los sesenta en Berkeley hasta principios de los noventa en Yale.



## INTRODUCCIÓN

Éste es un libro sobre teoría política, moral y jurídica liberal. Es imposible caracterizar al liberalismo de un modo integral o no controvertido. En ocasiones, se cree que el liberalismo identifica a un conjunto de *valores* políticos o morales, tales como la autonomía, la igualdad o la neutralidad. Otras veces, se identifica al liberalismo con *derechos* políticos concretos, como aquellos conferidos a las personas por la Constitución de los Estados Unidos, especialmente, la libertad de expresión, de religión y de asociación. Suele considerarse incluso que articula una forma o familia de *justificaciones* políticas, o límites sobre las estrategias justificatorias: por ejemplo, la afirmación de que la autoridad política debe justificarse ante las personas contra quienes se aplican los poderes coercitivos del Estado.

Las concepciones del liberalismo que han sido presentadas por sus críticos comunitaristas dificultan aún más su caracterización. Algunos de estos críticos identifican al liberalismo con una concepción de la persona de escaso o nulo contenido metafísico, o con una forma de atomismo normativo. Otros críticos comunitaristas no asocian al liberalismo con derechos políticos y valores morales fundamentales, sino con instituciones políticas y económicas concretas, incluido el derecho privado de la propiedad y los contratos y, más importante aún, el mercado.

El liberalismo no exige un compromiso con el mercado como esquema de organización económica, ni tampoco es necesario que una defensa del mercado se base únicamente en premisas liberales. El ideal liberal de agencia autónoma racional entre las personas puede tener expresión institucional en otras formas de organización social distintas del mercado. En ese caso, la propiedad y los contratos pueden tener una importancia menor para el liberalismo que la que suponen sus críticos comunitaristas. Dicho esto, cabe reconocer que el

mercado ha tenido tradicionalmente un rol importante tanto en la caracterización del liberalismo como en su implementación a través de instituciones políticas concretas. Sin embargo, es probable que las distintas variantes de la teoría liberal expresen la centralidad del mercado de maneras diferentes.

## 1. TEMAS

En la primera parte de este libro, analizo una forma de teoría liberal que asigna al mercado un papel clave en la interpretación de importantes prácticas políticas, jurídicas y morales liberales. He denominado *paradigma del mercado* a esta concepción del liberalismo. El paradigma del mercado, como tal, no es una teoría propuesta por ningún teórico político, jurídico o moral en particular. Se trata más bien de una teoría que sirve de fundamento a una familia de teorías políticas, jurídicas y morales, cada una de las cuales ha sido (y puede ser) propuesta y defendida con independencia de las otras y del propio paradigma del mercado. De todas maneras, es la relación entre estas teorías y el paradigma del mercado y los compromisos subyacentes de ésta lo que nos interesa en esta obra.

Si bien diversas teorías en campos tan distintos como la filosofía del derecho, la filosofía política y la teoría moral pueden ser interpretadas como instancias del paradigma del mercado, en este libro analizo tres: una teoría acerca de la naturaleza del derecho, otra acerca de los fundamentos de la autoridad política y una tercera teoría sobre la naturaleza y el alcance de la moral.

Consideremos, en primer lugar, el análisis económico del derecho. En condiciones conocidas, aunque pocas veces verificadas, los recursos se trasladan a su uso más valioso sin la interferencia del derecho. No obstante, cuando estas condiciones no se cumplen, se requiere de instituciones jurídicas para promover la eficiencia. Por consiguiente, la mejor interpretación de las instituciones jurídicas actuales, especialmente el derecho privado de la propiedad, los contratos y la responsabilidad extracontractual, considera que éstas han sido diseñadas para facilitar los intercambios en el mercado o bien para corregir sus fallas. La justificación de las prácticas jurídicas y el uso de la autoridad coercitiva en el marco de éstas depende de la relación que tengan dichas instituciones con el mercado y, específicamente, con la eficiencia. El derecho en general, y el derecho privado en particular, son soluciones a las fallas del mercado.

Consideremos a continuación el contractualismo\* político, que suele atribuirse a HOBBS. La asociación política es una respuesta al problema de acción

---

\* *N. de T.*: El autor emplea el término *contractarianism* y no *contractualism*. Ambos términos representan dos corrientes dentro de las teorías del contrato social. La primera, que sigue la tradición

colectiva que enfrentan los agentes en el estado de naturaleza. El problema es que el estado de naturaleza es un *dilema del prisionero* (en adelante, DP). En un DP estándar, la acción racional y el interés propio de los individuos conduce a un resultado inferior al óptimo para cada uno de ellos. El problema de la acción colectiva puede resolverse mediante un contrato vinculante entre todos los agentes. A través de este contrato, cada parte renuncia a una estrategia racional en términos individuales a cambio de una estrategia maximizadora para el conjunto. El contrato es ejecutable por una autoridad política a quien los agentes autorizan a exigir el cumplimiento. En el contractualismo hobbesiano, las asociaciones políticas se establecen a través de contratos; se trata de esquemas de cooperación racional diseñados para producir equilibrios eficientes, imposibles de lograr por medio de prácticas no-cooperativas en condiciones de falla del mercado. Estamos ante alternativas cooperativas a las fallas competitivas. Denomino *contractualismo de la elección racional* a esta postura, cuya hipótesis fundamental es que una autoridad política justificada constituye un tipo particular de solución al problema de la falla del mercado (representado por la estructura de recompensas del dilema del prisionero de gran parte de las interacciones humanas que tienen lugar en el estado de naturaleza).

En tanto el contractualismo de la elección racional puede tener sus raíces en la teoría política hobbesiana, algunos teóricos morales contemporáneos, como por ejemplo, David GAUTHIER, han estudiado la posibilidad de analizar la moral como una solución al problema similar de la ineficiencia colectiva o del fracaso del mercado. Ser racional supone actuar en función del propio interés. Los agentes racionales buscan maximizar su utilidad esperada. La moral restringe el grado de libertad de las personas para actuar en función de razones vinculadas con la maximización de la utilidad. Dado que las restricciones morales limitan el grado de libertad de los individuos para satisfacer sus intereses racionales, es natural preguntarse si individuos racionales adoptarían estas restricciones morales y, en tal caso, bajo qué condiciones. En otras palabras, ¿cuándo es racional limitar la propia racionalidad? Para comenzar a responder esta pregunta, debemos formular esta otra: ¿bajo qué condiciones, si las hay, no sería racional que los individuos se impongan limitaciones?

El Primer Teorema Fundamental de la Economía del Bienestar supone que, en condiciones de equilibrio competitivo, cada individuo que actúa exclusivamente en función de su propio interés logra el mejor resultado posible, dada la utilidad de los demás. Así, en condiciones de competencia perfecta, es irracio-

---

de HOBBS, sostiene que es la maximización del propio interés individual lo que lleva a los sujetos a comportarse moralmente. Entre los autores contemporáneos, David GAUTHIER es el más destacado partidario de esta concepción. La segunda corriente, identificada con el pensamiento kantiano, enfatiza la necesidad de justificar ante los demás los principios morales que se adoptan. El mayor exponente contemporáneo de esta vertiente es John RAWLS. En español no se ha hecho esta distinción, por lo que empleamos en todos los casos «contractualismo», confiando en que el contexto permitirá identificar perfectamente a qué corriente se refiere el autor.

nal que los individuos se impongan restricciones morales (o de otro tipo). En estas condiciones, un agente que se imponga restricciones obtendrá peores resultados que los que obtendría sin dicha imposición. El mercado competitivo es, en palabras de GAUTHIER, «una zona libre de moralidad». Del hecho de que la moral sea irracional en condiciones de equilibrio competitivo puede inferirse que las restricciones morales sólo son racionales en un contexto de fracaso del mercado. Las restricciones morales son esquemas de cooperación racional para beneficio mutuo diseñados, en efecto, para resolver el problema de la ineficiencia generada por la ausencia de las condiciones que hacen posible la competencia perfecta. La moral, como el derecho y la asociación política en general, es una solución al problema del fracaso del mercado.

En el paradigma del mercado, las instituciones jurídicas, políticas y morales constituyen esquemas colectivos de autorrestricción y cooperación racional. Deben entenderse como una respuesta racional al problema genérico del fracaso del mercado y justificarse en la medida en que reproducen los resultados de los mercados competitivos. La cooperación es una respuesta ante el fracaso de la competencia, que de otro modo resulta inexplicable y que, además, se justifica sólo en la medida en que imita ciertos aspectos de la competencia. Este es el núcleo del paradigma del mercado.

El capítulo I articula los cimientos del paradigma del mercado y desarrolla sus implicancias para la teoría moral, política y jurídica. En el capítulo II se desarrolla una evaluación crítica del paradigma del mercado. En tanto el paradigma del mercado considera a todas las formas de cooperación racional como respuestas al fracaso de la competencia, ésta presupone la cooperación y es incomprensible sin ella. Si bien el paradigma del mercado no ocupa exactamente el lugar del mercado en la teoría política liberal, no hay dudas de que éste es fundamental para dicha teoría, y deberíamos intentar explicar su centralidad de un modo coherente con el liberalismo político y con el principio de elección racional que tomamos como punto de partida.

Los mercados maximizan la interacción social sin que los individuos deban previamente llegar a un acuerdo sobre los valores sociales fundamentales o compartir una concepción de lo bueno o de los elementos constitutivos de la vida virtuosa. El mercado es una forma particularmente apropiada de organización racional en determinados tipos de circunstancias empíricas, como la heterogeneidad de valores, la diversidad cultural, la dispersión geográfica, etcétera. En este tipo de comunidades, los mercados contribuyen a la estabilidad social. Es en este aspecto que radica su atractivo para la teoría política liberal. Además, en la medida en que la preferencia por la estabilidad sea racional en tales comunidades, los mercados serán una forma racional de cooperación. Pese a estar basado en el principio de la racionalidad individual, el mercado es el modo en que los individuos expresan un compromiso previo de cooperar. Se trata de una forma de cooperación por medio de la competencia, una forma

adecuada de organización social y económica bajo las más diversas condiciones empíricas, y su atractivo para los liberales depende de que se cumplan tales condiciones.

Los mercados son más atractivos cuando los individuos tienen profundas divergencias en sus concepciones acerca de lo bueno, cuando las relaciones entre ellos tienden a ser unidimensionales, discretas, no reiteradas, y cuando los beneficios y las cargas de la cooperación están distribuidos entre las personas, en el tiempo y en el espacio. En cambio, son menos necesarios cuando la interacción es repetida, cuando las relaciones son multidimensionales y directas, y cuando las concepciones acerca de lo bueno son compartidas por todos. Los mercados son más atractivos cuando establecerlos y mantenerlos es una tarea difícil, y son menos atractivos o necesarios cuando su creación y conservación no plantea mayores dificultades.

Los mercados contribuyen a la estabilidad social bajo un conjunto de condiciones en las que existe una mayor incertidumbre. El problema de la incertidumbre, que hace que los mercados resulten atractivos para los liberales, también implica que sean difíciles de implementar y conservar. Una manera de crear y conservar los mercados consiste en contar con la institución jurídica del contrato. El contrato contribuye a la creación y conservación de los mercados reduciendo el margen de incertidumbre que existe bajo esas condiciones en las que los mercados resultan más atractivos. El derecho contractual es un conjunto de recursos exógenos a la transacción que brindan protección contra el incumplimiento de los contratos al reducir la incertidumbre. La parte segunda de este libro presenta esta concepción liberal del derecho contractual.

Si el derecho de los contratos está diseñado para facilitar el intercambio ofreciendo protecciones contra el incumplimiento contractual, puede entenderse que el propósito de la responsabilidad extracontractual es promover resultados eficientes cuando la contratación no es posible. Los contratos asignan riesgos mediante el acuerdo mutuo de las partes, en tanto la responsabilidad extracontractual asigna riesgos a través de normas públicas. Los contratos asignan riesgos *ex ante*; el derecho de daños los asigna *ex post*. Si el propósito del derecho contractual es facilitar el proceso del mercado a través del cual los individuos trasladan voluntariamente los bienes a sus usos más valiosos, entonces la responsabilidad extracontractual es un conjunto de normas que asignan costes de modo que los bienes se trasladen a sus usos más valiosos cuando los costes de transacción impiden que los individuos logren este resultado valiéndose de los procesos convencionales del mercado. La responsabilidad extracontractual está destinada a fomentar los intercambios eficientes forzados (en lugar de voluntarios).

Este libro sostiene que si bien el mercado es un buen punto de partida para analizar el proceso de contratación racional, este criterio no se aplica a la

responsabilidad extracontractual. En tanto la parte segunda expone una teoría general de la contratación racional, la parte tercera desarrolla una teoría de la responsabilidad extracontractual basada en el principio de justicia correctiva. En vez de concebir a la responsabilidad extracontractual como un mecanismo para rectificar las fallas del mercado mediante el traslado de recursos de un individuo a otro a través de «transferencias forzadas», los capítulos de la parte tercera defienden la idea de que, en definitiva, la responsabilidad extracontractual rectifica las pérdidas injustas imponiendo sus costes a aquellos individuos que tienen el deber de repararlos según la justicia.

## 2. METODOLOGÍA

Quisiera hacer algunos comentarios acerca de la metodología del libro. Las partes segunda y tercera analizan distintas cuestiones relativas a las prácticas jurídicas existentes. Puntualmente, la parte segunda se concentra en el derecho contractual y la parte tercera intenta ofrecer una concepción de ciertos aspectos importantes del derecho de daños, con especial énfasis en las normas que regulan los accidentes. En todos los casos, mi objetivo es proporcionar una *explicación* de las partes de la práctica que analizo. Al hacerlo, me interesa comprender el derecho desde la perspectiva de los participantes que se preguntan no sólo «¿cómo podemos llevar adelante esta práctica de un modo fiel a sus normas inherentes?», sino también «¿cómo podemos llevar adelante esta práctica de un modo fiel a normas que sean tanto inherentes a ella como reflexivamente aceptables?»<sup>1</sup>.

Podemos distinguir al menos tres formas legítimas de teoría jurídica. Una de ellas intenta ofrecer una explicación del derecho que permita a los individuos que viven bajo su dominio *predecir* el comportamiento de los funcionarios relevantes, o la dirección que tomará el derecho y, en algunos casos, cómo se comportarán en ciertos contextos otros individuos con quienes interactúan. Propongo llamar «positivista» a esta forma de explicación. Para los positivistas, la explicación suele estar ligada a la predicción, y ésta es *instrumentalmente* importante para los individuos en una práctica, así como para aquellos observadores que, para emplear la ilustrativa frase de HART, adoptan el punto de vista externo. Este tipo de explicación permite a los participantes de una práctica anticipar las decisiones jurídicas y, por consiguiente, adecuar sus comportamientos y expectativas, a la vez que provee a los observadores externos una lente a través de la cual pueden comprender las *causas* del comportamiento social, si no las *razones* de dicho comportamiento.

Si bien son muchos los argumentos a favor de esta clase de teoría jurídica positiva, este libro no realiza predicciones ni deduce teorema alguno y, en

---

<sup>1</sup> GAUTHIER, 1992.

términos generales, no se interesa por este tipo de explicación. Sí se propone brindar una explicación de nuestras prácticas o de aspectos importantes de ellas; pero apunta a explicaciones que den sentido a la práctica a la luz de aquellas normas que sostiene que le son inherentes. Y estas normas, a su vez, deben superar la prueba de la reflexión racional. Se trata de un tipo de explicación que se centra en la dimensión argumentativa o normativa de las prácticas sociales. Nuevamente, siguiendo a HART, estas explicaciones son especialmente relevantes tanto para quienes adoptan el punto de vista interno, como para los observadores externos que pretenden comprender una práctica, no como una mera conducta convergente, sino como una conducta regulada por normas, en la que éstas forman parte de la explicación de la conducta convergente.

También podemos distinguir, al menos, dos formas de aproximación a este tipo de investigación explicativa. La primera clase de enfoque explicativo adopta una estrategia que llamaré «descendente» (*top-down*). En las explicaciones descendentes el teórico comienza con un conjunto de normas que considera que aceptaríamos reflexivamente, al menos aquellos participantes que adoptamos el punto de vista interno. Luego examina la rama del derecho que pretende comprender e intenta reconstruirla plausiblemente como una expresión de esas normas. Aquellos aspectos del derecho que no puedan ser reconstruidos plausiblemente pueden entonces ser calificados como errores y se sugieren reformas. Los teóricos que adoptan un enfoque descendente enfrentan dos tareas importantes. La primera es argumentar que los principios identificados satisfacen una caracterización adecuada del test de aceptación reflexiva. La segunda es explicar el sentido en que la práctica es una expresión de esas normas.

En contraste con el enfoque descendente, es posible partir desde el medio en sentido ascendente. Llamo a esta teoría «de nivel medio» (*middle level*). En la teoría de nivel medio, el teórico se sumerge en la práctica y se pregunta si ésta puede ser organizada fructíferamente de manera que refleje un compromiso con uno o más principios razonables. Este enfoque busca identificar los principios que son candidatos y los aspectos de la práctica que los reflejan. Otros teóricos pueden sugerir otros principios o un mapa diferente de principios referidos a aspectos de la práctica. En ocasiones, los teóricos discreparán acerca de la formulación adecuada de los principios que, por lo demás, consideran que están reflejados en la práctica jurídica. Otras veces, habrá un desacuerdo sobre qué principios, del conjunto de candidatos admisibles, ofrece la mejor explicación.

Las preguntas acerca de qué principios ofrecen la mejor explicación pueden ser complejas. Un principio puede tener un ámbito de aplicación explicativa presuntamente más amplio, pero menores probabilidades de obtener una aceptación reflexiva; puede que consiga su dominio al coste de su implausibilidad, etcétera. Por ejemplo, ésta es mi opinión sobre los méritos relativos de la justicia correctiva y la eficiencia económica como explicaciones de la es-

estructura de la responsabilidad extracontractual. El análisis económico afirma tener un ámbito de aplicación más amplio, pero esta afirmación se sustenta, según creo, en una explicación inaceptable de por qué los agentes dañadores y las víctimas están vinculados a través del litigio; y no es seguro que la eficiencia como tal sea la clase de norma que podría despertar la aceptación reflexiva entre los participantes de la práctica.

Tanto la teoría descendente como la teoría de nivel medio brindan explicaciones de la dimensión normativa o argumentativa de las prácticas sociales. Los partidarios de cada uno de estos enfoques enfrentan obstáculos sustanciales y los desafíos planteados por el escepticismo. La teoría descendente puede verse tan comprometida en debates fundacionales sobre la aceptabilidad reflexiva de un conjunto de principios que podría nunca descender al nivel de la práctica que esos principios deberían explicar. O los principios podrían tener un descenso imperialista produciendo una reconstrucción conceptual de la práctica a la luz de la idea fundacional. La mayoría de las veces, resultará en una imagen de la práctica irreconocible para aquellos familiarizados con ella. Por último, los teóricos que adoptan este enfoque enfrentan la crítica escéptica consistente en señalar que los principios fundacionales no están siendo formulados realmente en abstracto o con independencia de la práctica, sino teniendo en cuenta dicha práctica, viciando de circularidad al intento.

La teoría de nivel medio confronta problemas similares. Puede involucrarse con la práctica hasta el punto de perderse en ella. Si se torna tan nominalista y particularista, puede fracasar en la identificación de principios con suficiente grado de generalidad como para estructurar y organizar coherentemente la práctica. Cuando la teoría de nivel medio descubre las normas que organizan la práctica, siempre persistirá la sospecha de que los principios descubiertos son propuestos, no tanto por ser inherentes a la práctica, sino porque reflejan el punto de vista fundacional al que se adhiere el teórico<sup>2</sup>. Desgraciadamente, este tipo de crítica es inevitable.

---

<sup>2</sup> La teoría de nivel medio es, en varios aspectos, el tipo de intento más satisfactorio y también el menos. Es el más satisfactorio, desde el punto de vista filosófico, porque se compromete completamente con la práctica, y no lo hace al micronivel de los casos, sino al macronivel de intentar entenderla como una práctica, como una dimensión de la vida social, en su relación con otras prácticas. Por otra parte, la teoría del nivel medio carece incluso de la promesa de determinación que uno puede obtener de una teoría social predictiva de micronivel. Es probable que, en ese nivel, algunas teorías ofrezcan mejores predicciones que otras, eso es todo. La teoría de nivel medio también carece del poder que supone el compromiso con una idea fundacional. Por ejemplo, si yo creyese que el utilitarismo es la teoría política correcta, entonces contaría con una herramienta para abordar las prácticas que pretendo comprender y avalar. Ello me daría un poder que alguien que se adscribe a una teoría de nivel medio simplemente no posee.

Por otra parte, estar comprometido con una teoría de nivel medio supone estar involucrado de lleno con la práctica y no ignorar por completo la posibilidad de realizar investigaciones fundacionales o predictivas. En efecto, en cierto punto, a fin de que la propia explicación de la práctica de nivel medio sea plenamente satisfactoria y completa, el teórico debe argumentar que las normas identificadas en la práctica podrían ser aceptadas por los individuos razonables que participan de ella, o debe indicar qué dirección debería tomar un argumento para llegar a esa conclusión.



Este libro ofrece una explicación de nivel medio del derecho de los accidentes y una explicación descendente del derecho de los contratos. ¿A qué se debe la diferencia en la metodología? No respondo esta pregunta directamente hasta el capítulo XXI. Además, en última instancia, la única defensa convincente será el propio intento. El enfoque es defendible en tanto sea esclarecedor, de lo contrario no lo es. Quisiera exponer de todos modos dos razones preliminares para el enfoque que he adoptado.

En primer lugar, sé mucho más de responsabilidad extracontractual que de contratos. Por tanto, es fácil para mí observar al derecho contractual desde la elevada posición del filósofo y a la responsabilidad extracontractual desde la confusión en que se encuentra un profesor de derecho de daños. En segundo lugar, recordemos que mi objetivo en la parte primera es brindar una teoría moral o política sobre la cual pueda apoyarse cómodamente el análisis económico del derecho. Nadie, y yo menos que cualquiera, niega los conocimientos predictivos que pueden lograrse aplicando el análisis económico en el micronivel. Algunos podrían aceptar su plausibilidad como explicación de la práctica jurídica en el nivel medio. Sin embargo, salvo los economistas y los juristas-economistas, la mayoría de los observadores han considerado que la interpretación económica de nuestras prácticas, tomada en su conjunto, no es convincente. Ello es así en parte, como DWORKIN y yo hemos señalado, entre otros, porque la eficiencia no es el tipo de «principio» que es reflexivamente aceptable en sus propios términos, desvinculado del rol que podría tener en la consecución de otros valores o como una dimensión de ellos.

Nuestras prácticas jurídicas son normativas. Si el análisis económico pretende proveer una explicación satisfactoria de ellas, requerirá de un fundamento normativo. Con ese fin, presento el paradigma del mercado. Su propósito es ofrecer el tipo de defensa normativa del análisis económico que intentó POSNER. Además, el paradigma del mercado es una defensa descendente del análisis económico del derecho. Si para estar justificado, el derecho debe dar respuesta a los problemas del fracaso del mercado, la única interpretación plausible de nuestras prácticas jurídicas es la económica. No habrá necesidad de complicarse con una teoría de nivel medio. En el capítulo II rechazo el paradigma del mercado, pero no la idea de que puede articularse una defensa normativa del análisis económico. En este sentido, presento el liberalismo de la elección racional. La principal diferencia entre el paradigma del mercado y el liberalismo de la elección racional es que el primero, a diferencia del segundo, promete una defensa de la eficiencia económica. El liberalismo de la elección racional argumenta que lo central en el liberalismo son los mercados, no la eficiencia. Defiende a los mercados por su capacidad de contribuir a la estabilidad social racional en una amplia serie de circunstancias que probablemente se presenten en las culturas liberales. Por tanto, resta importancia tanto a la eficiencia de los mercados como a su dimensión

*laissez-faire*. Se trata de una defensa liberal, no económica ni libertaria, del mercado.

Al igual que el paradigma del mercado, el liberalismo de la elección racional enuncia la posibilidad de un enfoque descendente para comprender las prácticas jurídicas, al menos aquellas que son esenciales para la creación y el desarrollo de los mercados. A diferencia del paradigma del mercado, que nos invita a analizar las prácticas jurídicas teniendo en miras su contribución a una asignación eficiente de los recursos, el liberalismo de la elección racional exige prestar atención al papel que juegan en la creación y el mantenimiento de los mercados. Si el liberalismo de la elección racional es una teoría política defendible, entonces, puede aportar un fundamento normativo para el análisis económico, que enfatice la importancia de los mercados en lugar del atractivo de la eficiencia como ideal moral independiente.

El capítulo II no postula al liberalismo de la elección racional como teoría política completa. No abordo este tema sino hasta el capítulo XXI, donde me enfrento a la necesidad de articular las premisas normativas de las partes primera, segunda y tercera. El capítulo II expone el argumento a favor del liberalismo de la elección racional mostrando que es compatible con los puntos de partida del paradigma del mercado —racionalidad y mercado— sin ser vulnerable a las objeciones que han sido funestas para dicho paradigma. No obstante, el capítulo II propone que nos aproximemos a las diversas prácticas jurídicas desde una perspectiva que las comprenda a la luz de su función vinculada a la creación y el mantenimiento de los mercados. Empleo este enfoque descendente de la comprensión jurídica en la discusión sobre el derecho contractual que se desarrolla en la parte segunda. A los partidarios del análisis económico del derecho tradicional se les sugiere que lean la parte segunda como una invitación a reconceptualizar el contrato en términos económicos que enfatizan la coordinación, la cooperación y la estabilidad, además de la eficiencia. Esto explica el sentido en el que este libro aplica una perspectiva descendente del derecho contractual. No aplica el mismo tipo de enfoque a la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué razón?

La respuesta es simple. Creo que al aplicar el liberalismo de la elección racional a la responsabilidad extracontractual se perderá mucho de lo que es relevante acerca de la práctica. Recordemos que la diferencia entre el liberalismo de la elección racional y el paradigma del mercado es que el segundo concibe al derecho exclusivamente en términos de su función en la promoción de la eficiencia, en tanto el primero afirma que ciertos aspectos del derecho posibilitan la creación y el mantenimiento de las condiciones bajo las cuales los mercados pueden prosperar y contribuir a la estabilidad. Mi opinión es que la responsabilidad extracontractual no es ante todo una institución diseñada con el propósito de crear y mantener los mercados. Por tanto, cualquier intento de comprender la responsabilidad extracontractual desde esta perspectiva

obviará o malinterpretará tantas cuestiones como las que esclarecerá. Por otra parte, si observamos la responsabilidad extracontractual desde su interior, en su núcleo veremos que persigue reparar las pérdidas injustas. La responsabilidad extracontractual implementa la justicia correctiva, al menos eso es lo que sostendré. La parte tercera trabaja desde la práctica misma hacia los principios relevantes que le son inherentes. Con tal propósito, el argumento intenta analizar los componentes centrales de la justicia correctiva, a saber, la pérdida injusta y la responsabilidad por ella. Dado que éste es un libro sobre teoría liberal, el texto intenta expresar claramente la relación entre estas dimensiones de la justicia correctiva y la teoría política liberal.

La parte primera esboza una variante de liberalismo, el liberalismo de la elección racional para ser precisos. La parte segunda lo aplica al derecho contractual. La parte tercera avanza desde la responsabilidad extracontractual hasta el principio de justicia correctiva, y desde este principio hasta los ideales liberales. Pero, ¿son compatibles los ideales liberales expresados en la parte tercera con aquellos expuestos en las partes primera y segunda? Las partes primera y segunda parecen enfatizar la estabilidad; la parte tercera la autonomía, la responsabilidad y el bienestar. Tal vez estos ideales liberales no se correspondan unos con otros. Las distintas áreas del derecho podrían nutrirse de diferentes ramas del liberalismo. El libro concluye en el capítulo XXI con un intento netamente preliminar y elemental de vincular estas ramas del liberalismo. Afortunadamente, el desarrollo profundo de la teoría esbozada en el capítulo XXI excede el propósito de este libro. El argumento que se expone en dicho capítulo debe ser leído como el primer paso en el desarrollo de una teoría política más profunda sobre la que se apoyen finalmente los compromisos normativos de las distintas partes del libro. Éste es un extenso trabajo que no ha concluido aún. Veamos de qué modo podemos avanzar. Para ello, comenzamos con la formulación y el desarrollo del paradigma del mercado.