

DIEGO M. PAPAYANNIS

**COMPRENSIÓN
Y JUSTIFICACIÓN
DE LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	15
INTRODUCCIÓN	19

CAPÍTULO I

LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD Y LA REDUCCIÓN DEL COSTE DE LOS ACCIDENTES

1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA COEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA	31
2. LOS DAÑOS COMO PROBLEMA SOCIAL	34
3. LOS OBJETIVOS ECONÓMICOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL.....	39
3.1. Los costes primarios	39
3.2. Los costes secundarios	41
3.2.1. La dispersión de daños	41
3.2.2. La distribución de daños	42
3.3. Los costes terciarios	43
4. LA CULPA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	45
4.1. La precaución óptima.....	45
4.2. Diligencia y nivel de actividad	49
4.3. Problemas en la determinación del estándar de conducta y del valor del daño	53
4.3.1. Indeterminación, divergencia y opacidad	53
4.3.2. Incertidumbre sobre el estándar jurídico.....	56

	<u>Pág.</u>
4.3.3. Variabilidad del estándar eficiente. La diligencia del hombre medio.....	58
4.3.4. Errores en la cuantificación de los daños	59
4.4. Investigación y desarrollo	60
4.5. Aversión al riesgo y seguro	64
4.6. Los costes de administración	65
5. LA EFICIENCIA COMO PRINCIPIO ÚLTIMO. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS	68

CAPÍTULO II

CAUSALIDAD, PROBABILIDAD Y EFICIENCIA EN LOS JUICIOS DE RESPONSABILIDAD

1. LA CONCEPCIÓN ECONÓMICA DE LA CAUSALIDAD	79
1.1. Contra la visión unidireccional	79
1.2. La limitación de la responsabilidad	83
2. CULPA, CAUSALIDAD Y EFICIENCIA	91
2.1. La culpa, la causalidad y la fórmula de Hand.....	91
2.2. Hand y no Hand: la inconsistencia de la interpretación económica	96
3. LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA EN LOS JUICIOS DE RESPONSABILIDAD	100
3.1. Causalidad y probabilidad.....	101
3.2. Causalidad probabilística, causalidad económica y fórmula de Hand	105
3.3. La tensión entre las visiones prospectiva y retrospectiva de la responsabilidad extracontractual	107
3.4. Las probabilidades en la prueba de la causalidad	113
4. RECAPITULACIÓN Y PALABRAS FINALES	117

CAPÍTULO III

EL DEBER DE NO DAÑAR Y LA ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1. SANCIÓN, REPARACIÓN, INTERACCIÓN Y DISUASIÓN	122
1.1. El modelo sancionador.....	123
1.2. El modelo reparador.....	126
1.3. El modelo de la interacción.....	129
1.4. El modelo de la disuasión	131

	<u>Pág.</u>
1.5. La estructura normativa de la responsabilidad extracontractual	133
2. ARGUMENTOS CONTRA EL DEBER DE NO DAÑAR.....	135
2.1. El lenguaje del legislador	135
2.2. El deber de no dañar y la inviabilidad de la vida social.....	137
2.3. La práctica judicial no se ocupa de proteger a las víctimas median- te la evitación de riesgos	140
3. LA IDENTIFICACIÓN DEL <i>ALTERUM NON LAEDERE</i>	144
3.1. El argumento de las normas implícitas	144
3.2. El argumento de la inteligibilidad de la práctica.....	149
3.2.1. El concepto de deber jurídico	150
3.2.2. El deber de no dañar en la responsabilidad extracontrac- tual.....	160
4. JUSTIFICACIÓN, LICITUD Y OBLIGACIÓN DE COMPENSAR	174
5. BREVES CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA ANTIJURIDI- CIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD EX- TRACONTRACTUAL.....	183

CAPÍTULO IV

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

1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN: LA DISTINCIÓN ARISTOTÉLICA.	188
2. LA RELACIÓN ENTRE AMBAS FORMAS DE JUSTICIA	194
3. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	203
4. LA JUSTICIA CORRECTIVA Y LA ESTRUCTURA BÁSICA DE LA SOCIEDAD	209

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y LA JUSTICIA CORRECTIVA

1. LA CONCEPCIÓN ANULADORA	218
2. UNA EVALUACIÓN DE LA CONCEPCIÓN ANULADORA	225
2.1. El desajuste con la práctica	225
2.2. La concepción anuladora y la justicia distributiva.....	229
3. LA CONCEPCIÓN RELACIONAL	232
3.1. La estructura bilateral de la justicia correctiva	233
3.2. La fuerza normativa de la justicia correctiva.....	237

	<u>Pág.</u>
3.3. El remedio indemnizatorio y la equivalencia entre las pérdidas y las ganancias injustas	241
3.3.1. Correlatividad y equivalencia	241
3.3.2. Pérdidas y ganancias normativas	245
3.4. Justicia correctiva y responsabilidad objetiva.....	250
4. LA CONCEPCIÓN MIXTA	253
4.1. Responsabilidad e injusticia.....	254
4.2. La concepción mixta y la correlatividad	257
4.2.1. Los dos roles del agente dañador	257
4.2.2. La relatividad de la injusticia	259
4.2.3. La justicia correctiva y los beneficios injustos	261
4.3. Balance crítico de la concepción mixta	264
4.3.1. El fundamento normativo de la concepción mixta y la bilateralidad.....	264
4.3.2. La culpa y la responsabilidad objetiva	267

CAPÍTULO VI

DISTRIBUCIÓN Y RECTIFICACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1. TRES ARGUMENTOS SOBRE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	272
1.1. Los argumentos críticos	272
1.2. Un esquema de distribución local	279
1.3. Reglas de responsabilidad y distribución de derechos.....	286
1.3.1. La elección entre diferentes reglas.....	286
1.3.2. Reglas sustantivas, redefinición de conceptos y proceso judicial.....	291
1.3.3. Distribución de derechos y cargas epistémicas.....	296
2. LA CULPA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	299
2.1. La responsabilidad por culpa como único fundamento de la responsabilidad extracontractual. Remisión	299
2.2. La teoría de la responsabilidad objetiva como único fundamento de la responsabilidad extracontractual	299
2.3. La responsabilidad objetiva como régimen general y supletorio: la Concepción Compensatoria	305
3. DERECHOS Y DEBERES PRIMARIOS Y SECUNDARIOS. JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y JUSTICIA CORRECTIVA	317

	<u>Pág.</u>
3.1. Los derechos de indemnidad como bienes primarios de segundo orden	318
3.2. Indemnidad y compensación.....	323
3.2.1. La vinculación institucional entre la justicia distributiva y la justicia correctiva en las sociedades liberales	323
3.2.2. ¿Derivan los derechos y deberes secundarios de los primarios?.....	329
3.3. Los presupuestos de la obligación de compensar	332
3.4. Justicia correctiva y eficiencia	336
4. CORRELATIVIDAD Y EQUIVALENCIA ENTRE LAS GANANCIAS Y LAS PÉRDIDAS INJUSTAS.....	340

CAPÍTULO VII

**COMPRENSIÓN Y EXPLICACIÓN
DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

1. DOS PREGUNTAS DIFERENTES SOBRE EL MISMO OBJETO DE ESTUDIO	350
2. LA EXPLICACIÓN CONCEPTUAL Y EL CRITERIO DE TRANSPARENCIA.....	351
3. EL AED Y LA EXPLICACIÓN FUNCIONAL	361
3.1. El modelo de explicación funcional.....	362
3.2. El significado de la atribución de función.....	366
3.3. El AED como explicación funcional.....	370
3.4. Evaluación en la adscripción de funciones	375
4. COMPRENSIÓN Y EXPLICACIÓN DE LAS PRÁCTICAS JURÍDICAS.....	378
BIBLIOGRAFÍA.....	381

AGRADECIMIENTOS

Como es natural, en el proceso de escribir un libro cuya investigación se prolonga durante un buen tiempo, se adquieren incontables deudas académicas y personales.

Aunque ha quedado muy poco del texto original, este libro tiene como antecedente lejano mi tesis doctoral. Las ideas allí forjadas conservan su fuerza en este escrito. Por ello, debo un primer reconocimiento a quienes fueron mis directores, José Juan Moreso y Carlos F. Rosenkrantz, y al tribunal que la evaluó, cuyos comentarios me llevaron a modificar sustancialmente la manera de presentar el argumento. Ellos fueron Miquel Martín-Cals, Pierluigi Chiassoni, Juan Carlos Bayón, Jordi Ferrer Beltrán y Marisa Iglesias.

En segundo término, este libro fue escrito en distintas latitudes al amparo de varias instituciones: la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad de Girona y la Universidad de Yale. En todos estos lugares me he beneficiado de la generosidad de amigos y colegas. En orden alfabético, excluyendo a los ya mencionados: Sebastián Agüero San Juan, Marcelo Alegre, Arturo Bárcena Zubieta, Raúl Calvo, Alberto Carrio, Marcela Chahuan, Jules Coleman, Luis Duarte D'Almeida, Sebastián Figueroa Rubio, Pedro Haddad Bernat, Jorge Malem, José Luis Martí, María Guadalupe Martínez Alles, Leticia Morales, Nicola Muffato, Maribel Narváez, Pablo Navarro, Patricio Nazareno, Iñigo Ortiz de Urbina, Ezequiel Páez, José Luis Pérez Triviño, Ricardo Rabinovich-Berkman, Lorena Ramírez Ludeña, Pablo A. Rapetti, Giovanni Battista Ratti, Jorge L. Rodríguez, Janaina Roland Matida, Carmen Vázquez Rojas, Tobías Schleider, Jorge Sendra Moll, Adrian Sgarbi, Scott Shapiro, Neus Torbisco y José María Vilajosana; adicionalmente, fruto de las relaciones académicas con otras ins-

tuciones, he recibido comentarios, en diversos contextos académicos, de Federico Arena, Stefano Berteza, Damiano Canale, Ignacio Cofone, Álvaro Núñez Vaquero, Verónica Rodríguez Blanco y Giovanni Tuzet.

Una mención especial merece Jordi Ferrer Beltrán. En el plano personal, es un amigo. Ha sido en estos años un apoyo fundamental y un consejero extraordinario. En el plano académico, no solo ha discutido el contenido de este libro desde su gestación, sino que también se ha preocupado por generar un espacio en el cual mi línea de investigación se ha potenciado mucho más de lo que hubiese imaginado al incorporarme al Grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona.

En los años 2012 y 2013, tuve la oportunidad de exponer algunas ideas que son centrales en el libro en tres eventos académicos que me gustaría destacar particularmente. En septiembre de 2012, presenté una versión previa del capítulo II en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Mi argumento resultó fortalecido por los comentarios y sugerencias de Arturo Bárcena, Jorge Cerdio, Raymundo Gama, Juan Carlos Marín, Alberto Puppó y Luis Raigosa. En diciembre de 2012, la Universidad de Girona organizó un *workshop* sobre el tema «Derecho de daños, principios morales y justicia social». Durante esa semana, pero también en correspondencia anterior y posterior al evento, me beneficié mucho del intercambio de ideas con Carlos Bernal, Jules Coleman, John Gardner, Martín Hevia, Tsachi Keren-Paz y Carlos Rosenkrantz. Finalmente, en abril de 2013 fui invitado a la Universidad EAFIT para participar en el «Primer seminario de temas selectos de responsabilidad civil» y en una sesión de discusión con profesores y estudiantes de máster. En el primer evento presenté las implicaciones de algunas ideas del capítulo VI sobre la distinción público/privado. Agradezco los comentarios de los numerosos asistentes que intervinieron en mi ponencia. En el segundo evento, expuse una versión muy preliminar de las ideas contenidas en el capítulo III. En esa ocasión, encontré una resistencia muy fuerte a muchas tesis que hasta entonces había considerado plausibles. Al momento de redactar el capítulo, no obstante, ya me había persuadido de que algunas ideas debían ser abandonadas. Agradezco a Maximiliano Aramburo Calle, Juana Flores Peláez, Fernando Moreno Quijano y Manuel Oviedo-Vélez por haberme obligado a reconsiderar mis puntos de vista. Supongo que la versión actual tampoco les resultará plenamente convincente, pero en cualquier caso yo estoy mucho más conforme con ella.

Debo mencionar también las sugerencias de un evaluador anónimo designado por la colección «Filosofía y Derecho». Su dictamen es un ejemplo de seriedad académica, pues evidencia un conocimiento profundo de mi texto al señalar sus fortalezas y, en especial, sus debilidades. Me ha sugerido cambios que he realizado en su gran mayoría. Entre otras cosas, he escrito

una introducción complemente nueva y he reducido en dos tercios la extensión del último capítulo. También he suprimido un capítulo entero, por su estrecha vinculación temática con otras partes eliminadas. La obra en su estado actual es mucho mejor de lo que era, por lo cual le estoy agradecido.

Asimismo, desde que comencé esta investigación he disfrutado de la amistad de Rosana Alija y José Luis González Rodríguez, que me recibieron en Barcelona con una copia de *La Ciudad de los Prodigios*; de Sofia El Fakir (indudable encarnación de Sherezade); de Mateo Bermejo y Juan Pablo Montiel, ahora en distintas partes del mundo, con quienes nos reíamos en nuestro «idioma»; y de Miguel Lamadrid, con quien hemos discutido de chaquetas y otras prendas una tarde muy fría caminando por Dr. Trueta desde Marina hasta la Rambla de Poblenou. Las memorables tertulias y cenas con Claudio Simosono, Aránzazu Pérez Blanco y Alex Pérez Blanco ocupan un lugar indeleble.

En Buenos Aires he dejado muchos amigos, a quienes por fortuna veo regularmente aquí y allí: Cristina Adén, Enrique Alonso Regueira, Lucas Barreiros, Sergio Brodsky, Santiago Eyherabide, Diego Freedman, Santiago García Mele, Gabriela Haymes, Federico Lavopa, Pablo Lepere, Daniel Levi, Romina Pezzot, Luciana Ricart y Shunko Rojas. A Alejandro Turyn lo extrañaré en cada visita a Buenos Aires.

Recientemente advertí la importancia de las discusiones que, siendo jóvenes estudiantes de derecho, mantuvimos con Alejandro Wulff y Ricardo Centeno sobre la responsabilidad de los socios en las sociedades civiles. Su metodología realista, clara y directa, debió influirme mucho antes. Un reconocimiento también para ellos.

Finalmente, quisiera agradecer a mi familia: a mis padres, Juan y Ana María; a mis hermanos Mario, Mariela y Juan Manuel; a *la meva dona*, Lorena Ramírez Ludeña, porque cada día es mejor que el anterior y el primero ya fue muy bueno; y a Willote, que me miraba (y admiraba) pacientemente mientras escribía el capítulo VI, esperando las cinco de la tarde para salir a pasear.

INTRODUCCIÓN

Cuando comencé a desarrollar el argumento de este libro, me veía a mí mismo indagando sobre los fundamentos últimos de la responsabilidad extracontractual. El objeto de esta empresa me parecía claro: se trataba de racionalizar la práctica, de encontrarle un sentido. ¿Por qué tenemos un derecho de daños como el que tenemos? La literatura desde la cual me aproximé inicialmente al tema parecía confirmar esta impresión sobre la naturaleza del análisis filosófico de una rama del derecho positivo. En poco tiempo, fui capaz de identificar a los dos grandes adversarios.

Por un lado, toda una corriente de pensamiento afirmaba que la racionalidad (o el sentido) de la responsabilidad extracontractual radica en la necesidad social de reducir el coste de los accidentes. Las normas de la responsabilidad extracontractual funcionan de modo tal que los agentes reciben los incentivos adecuados para controlar de manera eficiente las externalidades negativas de sus actividades. Así, el análisis económico del derecho (AED) prometía explicar la mayoría de las características de los sistemas de reparación de daños mediante 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 ventajosos¹.

Del otro lado, estaban los teóricos de la justicia correctiva. Entre otros, Richard EPSTEIN, George FLETCHER, Jules COLEMAN y Ernest WEINRIB sostenían que la mejor explicación de la responsabilidad extracontractual re-

¹ POSNER, 1990: 361.

quería entender las normas que regulan la rectificación de las interacciones (o la compensación de las pérdidas) injustas. Estos y otros autores habían revivido el principio de justicia correctiva, en general reaccionando contra la popularidad ganada por el AED en los años sesenta y setenta. Excepto WEINRIB, ninguno fue muy fiel a la tradición aristotélica, y sus teorías difieren en puntos tan importantes que difícilmente puedan ser englobados dentro de una misma corriente. De todas formas, era incuestionable que había surgido una alternativa para la cual el sentido de la práctica no tenía que ver con el logro de objetivos sociales sino con los derechos de las partes en sus relaciones privadas. Estos trabajos se alineaban con las posturas tradicionales, a las cuales pretendían dotar de un fundamento filosófico-normativo más profundo.

El AED contaba con la ventaja de ser sumamente atractivo por su simplicidad y elegancia. Los modelos formales, las demostraciones matemáticas y la aparente precisión del lenguaje empleado situaban a la teoría económica algunos peldaños por encima de las explicaciones rivales que acudían a nociones morales controvertidas, afectadas por una gran vaguedad. A pesar de ello, el AED enfrentaba problemas conceptuales serios en el momento de reconstruir las características más prominentes del razonamiento que lleva a un juicio de responsabilidad. Asimismo, distorsionaba el contenido de muchos de los conceptos centrales del derecho de daños a tal punto que los hacía ininteligibles para los propios participantes de la práctica. El derecho, como fenómeno normativo, incluye un conjunto de estándares para la guía y evaluación de la conducta. Es empleado por los participantes como pauta de comportamiento, y ello significa que los individuos utilizan las normas jurídicas para justificar sus propias acciones y para criticar la inobservancia de otros. La responsabilidad extracontractual, que impone la obligación de indemnizar a los agentes causales del daño, está estructurada sobre un patrón de inferencias específico. Esas inferencias se realizan apelando a ciertos conceptos, como el daño, el deber de diligencia, el riesgo, la causalidad y la indemnización, entre otros. Pues bien, el AED mostraba ser incapaz de preservar el significado que estas nociones tienen para cualquier persona familiarizada con la práctica, y también de explicar la importancia que estos conceptos tienen en el discurso justificatorio de la responsabilidad civil.

Las críticas de COLEMAN y WEINRIB eran sin lugar a dudas muy poderosas, pero todavía me parecía extraño que el AED no tuviese nada que aportar a la explicación del derecho de daños. Después de todo, su influencia entre los teóricos había crecido de manera exponencial en los últimos años. Ni siquiera cuando logré profundizar las críticas apuntando que el AED ofrecía una reconstrucción incoherente del patrón de razonamiento de la responsabilidad civil (véase el capítulo II) me convencí plenamente de que este enfoque carecía de valor. Ello me llevó a preguntarme cómo podía encontrar

atractiva una teoría de cuyas falencias era consciente. ¿Sería tal vez que la interpretación económica del derecho de daños era interesante porque sus «defectos» nos señalan el camino a seguir para lograr una comprensión plena de la práctica? No, no era solo eso. Si hubiese sido eso, no hubiese considerado justificado estudiarlo y enseñarlo autónomamente, ni ahondar en el tema o mejorar sus modelos. El AED, llegué a aceptar, debía tener un genuino valor explicativo, pero ¿dónde radica ese valor?

Este es el contexto de descubrimiento que me llevó a elaborar el argumento que expongo en el último capítulo del libro —y aquí anticipo— según el cual el AED y las teorías deontológicas, aquellas basadas en principios de justicia, no tienen por qué ser rivales. Aunque en la literatura se presentan como los grandes antagonistas en la moderna teoría y filosofía del derecho privado, ambas aproximaciones pueden convivir pacíficamente. De hecho, abogo por una comprensión más amplia que preste atención a las dos perspectivas. Las teorías de la justicia correctiva pretenden explicar el fenómeno de la responsabilidad extracontractual atendiendo a la perspectiva de los participantes. Intentan ofrecer una reconstrucción que sea reconocible por los individuos que adoptan lo que Herbert HART llamó «el punto de vista interno»; este es el punto de vista de quienes entienden que el derecho constituye un estándar público y justificado de conducta². Por ello, la incapacidad de articular una teoría que guarde alguna continuidad conceptual con el discurso jurídico ordinario y el esquema de pensamiento por él expresado es un defecto insalvable.

El AED, en cambio, puede ser interpretado como un tipo de explicación diferente. El sentido económico que la práctica pueda tener no figura en una explicación que toma en consideración el punto de vista interno, sino en una de las funciones del derecho. Las explicaciones funcionales en las ciencias sociales prescinden de los discursos explícitos o las reconstrucciones racionales en términos familiares. Por el contrario, intentan determinar qué función satisfacen o qué servicio proveen las instituciones, las prácticas o patrones de conducta en una determinada sociedad, al margen del entendimiento que los individuos tengan de ellas. Así, argumentaré en el capítulo VII, puede ser verdad que la mejor explicación de la perspectiva del participante esté dada por la justicia correctiva sin que ello implique negar que la responsabilidad extracontractual reporta ciertos beneficios para la comunidad, medidos a partir de su tendencia a reducir el coste de los accidentes. Una buena explicación funcional revelará no solo cuáles son esos beneficios sino cómo es exactamente que la institución en cuestión tiene la capacidad de producirlos.

² HART, 1994: 89-90 y 116.

Ahora puede verse que tanto el AED como las teorías de la justicia correctiva pretenden dar sentido a *distintos aspectos* de la responsabilidad extracontractual: los principios de justicia dan sentido *normativo* al patrón de inferencias de la práctica, mientras que el AED llama la atención sobre sus efectos positivos externos y, de esa manera, nos muestra por qué la institución podría ser valiosa para la comunidad. Por desgracia, el debate parece ignorar esta distinción y se embarca en una lucha en la cual ambas corrientes se disputan la posición dominante, cuando en realidad no hay ninguna razón para que una prevalezca sobre la otra.

Advertido esto, pude finalmente concentrarme en lo que más me interesaba: explicar el patrón justificatorio que subyace en la responsabilidad extracontractual. Con más confianza, pude asumir que el AED no explicaba este aspecto del derecho de daños y que incluso sería muy desorientador interpretar el punto de vista interno a la luz del principio de eficiencia. Restaba todavía evaluar si las explicaciones basadas en la justicia correctiva eran plenamente satisfactorias. Las teorías más sofisticadas —las de COLEMAN y WEINRIB— me resultaban muy esclarecedoras, aun con sus diferencias irreconciliables. Después de trabajar intensamente sobre el material de estos autores, fui capaz de identificar algunos puntos débiles en sus respectivos argumentos. No obstante, el proyecto de mejorar alguna de estas teorías me parecía insuficiente. El problema de la justicia correctiva no estaba en las particularidades de cada concepción, sino que era más general. La justicia correctiva solo da cuenta del aspecto subsanador o rectificatorio de la práctica, y no de su aspecto distributivo. Puesto en términos sencillos, si la justicia correctiva ordena rectificar las interacciones injustas, ¿qué define la injusticia de una interacción? Como la operación de la justicia correctiva requiere que las normas que regulan las relaciones entre particulares estén dadas de antemano, por definición, ella no puede tomar parte en su explicación. Existen diversas opiniones sobre qué determina la injusticia de una interacción. En mi caso, he defendido que el derecho de daños contribuye a definir los términos equitativos de interacción mediante las reglas de responsabilidad, como la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, y sus respectivas excepciones de culpa de la víctima, entre otras. La decisión de adoptar un esquema de culpa para ciertas actividades o uno de responsabilidad objetiva pertenece al ámbito de la justicia distributiva, teniendo en cuenta sus efectos sobre la indemnidad y la libertad de acción de las partes. De esta manera, sostengo que la responsabilidad extracontractual no solo rectifica las interacciones injustas, sino que da contenido a lo que denomino «derechos y deberes de indemnidad», es decir, derechos a no sufrir ciertos daños y deberes de no causarlos, lo cual constituye un ejercicio de justicia distributiva.

Antes de exponer el plan del libro con referencia a cada capítulo, viene al caso realizar dos aclaraciones. Hasta aquí he hablado de la responsabi-

lidad extracontractual como si fuera un fenómeno perfectamente definido en la teoría. En realidad, aunque mi investigación es general, me ocupo de los sistemas de reparación de daños que tienen ciertas características. Dejar en claro cuáles son las características que considero fundamentales permite evaluar el rendimiento de mi propia propuesta y también juzgar el acierto de las críticas que dirijo a otras concepciones. En primer lugar, resulta esencial identificar el patrón de inferencias que distingue el tipo de sistemas que tengo en mente. En estos ordenamientos, la obligación de compensar depende de que el demandado haya causado un daño mediante una de las conductas señaladas por el sistema como susceptible de generar responsabilidad. Entonces, hay básicamente tres presupuestos: *a)* la víctima tiene que haber sufrido un menoscabo en sus intereses legítimos; *b)* el demandado debe haber realizado una acción u omisión sujeta a responsabilidad, y *c)* debe existir una relación causal entre el menoscabo o la pérdida sufrida por la víctima y la acción u omisión del agente dañador. Estos tres elementos son *presupuestos* en el sentido de que no hay responsabilidad, ni indemnización para la víctima, si no se verifica un daño, un factor de atribución y un nexo causal entre los dos primeros.

No me extenderé aquí sobre los presupuestos. Solo diré que el libro en general asume una noción deliberadamente vaga de daño como afectación de intereses legítimos. Creo que este presupuesto es sumamente controvertido y le dedicaré atención en una investigación ulterior. He procurado que la plausibilidad de mis argumentos no dependa de manera crucial de la concepción del daño que se defiende. La causalidad, a su turno, es un presupuesto complejo que incluye un aspecto *fáctico* y un aspecto *normativo*. Los enunciados relativos a la causalidad en la responsabilidad extracontractual no se limitan a constatar si el resultado dañoso está vinculado con las acciones o actividades del demandado como instancias particulares de leyes causales generales. Este es solo un primer estadio. Luego de esta indagación, se aplican distintos criterios de política jurídica para reducir o ampliar, según el caso, el alcance de la responsabilidad. Por último, respecto de los factores de atribución solo deseo mencionar que ellos pueden ser subjetivos u objetivos. Los factores subjetivos suponen la infracción —ya sea dolosa, negligente o imprudente— de un estándar de cuidado. No se trata de acciones necesariamente reprochables, que evidencian un defecto de carácter en el agente, sino de acciones incorrectas, acciones que simplemente infringen las reglas de comportamiento que establece el sistema. Los factores objetivos pueden ser de diverso tipo, pero el riesgo de la actividad o de la acción realizada es en mi opinión la fuerza motora que ha transformado la responsabilidad civil a partir del siglo XIX; por ello lo tomaré como caso paradigmático.

Es importante señalar que estos presupuestos de la responsabilidad no solo son necesarios para la obligación de indemnizar, sino que también son

conceptualmente *independientes*. Esto significa que puede verificarse un presupuesto sin que estén presentes los demás. Puede que un individuo haya causado un daño a otro, pero que lo haya hecho sin culpa, o que haya obrado con culpa sin que su acción se materialice en un daño. También es posible que alguien vea perjudicados sus intereses legítimos, pero que esto no se deba a la acción de un tercero sino a los efectos de la naturaleza o a sus propias acciones.

Por último, este patrón de inferencias culmina —cuando la víctima presenta su caso con éxito— con la imposición de responsabilidad sobre el demandado. Ello genera una obligación a su cargo de resarcir el perjuicio sufrido por la víctima, y un derecho correlativo para la víctima de ser compensada por el demandado. Nadie más está obligado respecto de la víctima, ni el agente debe una indemnización a ninguna otra persona más que a ella. Estas características que he detallado hasta ahora y las implicaciones que señalaré en los párrafos siguientes son un mínimo que cualquier teoría plausible debe poder explicar.

Luego de describir brevemente el patrón de inferencia que ocupa mi objeto de estudio, el lector puede apreciar que mis reflexiones se refieren a los sistemas que podemos llamar «bilaterales», aquellos en los cuales existe un vínculo normativo a efectos de la reparación entre el agente dañador y la víctima. Evidentemente, 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 con ese propósito³, 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 mera compensación de las víctimas⁴. Un sistema en el cual el Estado se hace cargo del coste de las indemnizaciones, al contrario, parece estar más preocupado por evitar que las víctimas de cierta categoría de accidentes deban soportar ellas mismas las pérdidas que han sufrido.

De la caracterización anterior surge que 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

³ Para una exposición detallada de la filosofía del derecho de daños neozelandés, véase TODD y HUGHES, 1997: 1-61.

⁴ Véase ENGLAND, 1980: 49.

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 básicas. De esta manera, mi objeto de estudio se limita a la estructura bilateral, y ello excluye todos los casos en que no existe un vínculo causal entre el demandado y la víctima.

Este patrón de inferencias, entonces, enfatiza la importancia de la causalidad en la atribución de responsabilidad, de la correlatividad entre los derechos y deberes de las partes y de la convivencia de factores objetivos y subjetivos en el derecho de daños. Como se verá a lo largo del libro, estas características constituirán una parte importante de los criterios con los cuales evaluaré el éxito y el fracaso de las distintas teorías, incluida la que propongo en el capítulo VI.

Ahora sí, veamos el argumento en cada capítulo. El capítulo I aborda la concepción económica del derecho de daños a partir de un estudio de las reglas de responsabilidad como mecanismo de asignación de pérdidas. El argumento es que mediante las atribuciones de responsabilidad —que imponen la obligación de compensar en algunos casos, pero no en otros— el derecho de daños incentiva a las partes a que controlen de manera eficiente los riesgos que están bajo su dominio. Sin embargo, termino concluyendo que la responsabilidad extracontractual tiene otra dimensión que escapa totalmente al AED. Las reglas no solo son un mecanismo para asignar pérdidas, sino que cumplen una función en la guía y la justificación de la conducta para la cual la distinción entre acciones correctas e incorrectas —que el AED es incapaz de acomodar— es fundamental. El reemplazo del binomio correcto/incorrecto por el de eficiente/ineficiente distorsiona gravemente el carácter normativo de la práctica.

Este capítulo es mucho más extenso de lo que se necesita para elaborar el argumento crítico que acabo de resumir. No obstante, hay dos razones para ser tan minucioso. En primer lugar, dado que las tesis del AED serán objeto de crítica, deseo evitar que el lector reciba de mi parte una reconstrucción sencilla o pobre de este enfoque. Al contrario, pretendo criticar un modo de interpretar la responsabilidad extracontractual que es muy sofisticado y contundente. Si me hubiese limitado a exponer un modelo simple tomado de algún manual elemental de AED, podría ser acusado con justicia de enfrentarme a una burda caricatura de esta corriente de pensamiento. Por otra parte, puesto que el argumento del capítulo VII defiende el valor del

AED como explicación funcional, deseaba de inicio mostrar al lector una versión de los modelos económicos que fuese digna de ser valorada.

El capítulo II trata sobre la manera en que el AED ha explicado el requisito de causalidad en la responsabilidad extracontractual. Además de repasar algunas de las críticas usuales, elaboro un nuevo argumento de acuerdo con el cual el reduccionismo del AED hace colapsar los conceptos de culpa y causalidad, pues interpreta ambas nociones a la luz de un juicio de eficiencia contenido en la famosa fórmula de Hand, que compara el valor esperado del daño y el coste de las medidas necesarias para evitarlo. Así las cosas, la dogmática del derecho civil es representada como inconsistente toda vez que los juristas afirman con frecuencia que una acción puede ser culpable sin que cause ningún daño o puede haber causado un perjuicio sin ser culpable. Con la regla de traducción económica, los juristas estarían afirmando que esas acciones satisfacen y no satisfacen, a la vez, la fórmula de Hand. Asimismo, si el AED prescindiese de las categorías tradicionales y adoptase el análisis coste/beneficio como criterio último para atribuir responsabilidad, el desajuste con la práctica se mantendría, ya que la fórmula de Hand incluye conceptualmente un juicio de causalidad probabilística, y esta tiene una naturaleza prospectiva que resulta incompatible con el razonamiento retrospectivo del derecho de daños.

El capítulo III desempeña un papel muy relevante en mi argumento. Es tal vez la parte que mayores implicaciones conlleva para la doctrina del derecho civil. A diferencia de los dos anteriores, en este capítulo no me ocupo directamente del AED, pero las tesis que aquí defendiendo tienen incidencia sobre la capacidad explicativa del enfoque económico. La cuestión central que intento determinar es si existe un deber de no dañar en la responsabilidad extracontractual. El punto es relevante porque define la estructura normativa de la práctica. La existencia de un deber de no dañar traería aparejado, al menos según la tesis de la correlatividad, un derecho de la víctima a no ser dañada. A la vez, la infracción de este deber de no dañar (y la correlativa vulneración del derecho a no ser dañado) activaría otro par de derechos y deberes correlativos referidos a la compensación del perjuicio. En cambio, de negarse la existencia de un deber de no dañar, la responsabilidad extracontractual incluiría solo un derecho a ser compensado y un correlativo deber de indemnizar. ¿Cuál es la mejor caracterización de la práctica? Tal como intento mostrar en este capítulo III, la teoría más consistente con el resto de las características de la práctica asume la existencia de un conjunto de derechos y deberes primarios y secundarios, relacionados de la manera recién mencionada. Sostener esta concepción de la estructura normativa no supone todavía brindar una *explicación* de la práctica. Todavía quedará pendiente revelar el sentido de esta estructura. Es cierto que si esta es la descripción más adecuada de la práctica, el AED nuevamente se queda corto

en su explicación, ya que los supuestos derechos y deberes primarios son absolutamente irrelevantes para brindar incentivos eficientes a las partes. El único trabajo motivacional es realizado por el deber de indemnizar y el derecho a ser compensado. Solo una vez que se justifica la descripción del derecho de daños en términos de derechos y deberes primarios y secundarios la omisión de explicar los derechos y deberes primarios puede contar como una limitación teórica.

En el capítulo IV comienza la exposición de la justicia correctiva y la justicia distributiva. Este es el capítulo más breve del libro, y solo se propone introducir al lector las nociones necesarias para comprender los argumentos de los partidarios de la justicia correctiva y los que yo mismo ofreceré en el capítulo VI. No obstante, aunque las ideas contenidas aquí son bastante estándar, no me limito a reproducir ninguna teoría en concreto sino que realizo un *análisis* de la cuestión, intentando resolver algunos de los problemas que enfrentan los planteamientos canónicos. En particular, me ha interesado mostrar cómo debe concebirse la justicia correctiva si ha de ser un principio conceptual y normativamente *independiente* de la justicia distributiva. Como resultado final, este capítulo presenta el esbozo de una concepción global de la justicia en un Estado liberal que creo útil para explicar la responsabilidad extracontractual.

El capítulo V, dedicado a las teorías de la justicia correctiva en el derecho de daños, se centra en las tres concepciones más influyentes de este principio: la concepción anuladora, la visión relacional y la concepción mixta. Tanto la concepción anuladora como la mixta han sido defendidas en distintos momentos por COLEMAN. La visión relacional, cuyo máximo exponente es WEINRIB, se ubica expositivamente entre ambas, pues ello también ayuda a explicar la evolución en el pensamiento de COLEMAN. En mi análisis de las teorías de la justicia correctiva me propongo señalar sus defectos y resaltar los aspectos sobre los cuales construiré mi propia interpretación del derecho de daños. El principal problema de las teorías de la justicia correctiva es que ignoran la importante tarea distributiva que desempeña el derecho de daños mediante sus reglas sustantivas de responsabilidad. Además de las dificultades propias de cada teoría, sostengo que ninguna de ellas es capaz de explicar perfectamente la responsabilidad objetiva, ni la estructura normativa de la responsabilidad extracontractual. Pese al énfasis que han puesto en esta cuestión, ni COLEMAN ni WEINRIB pueden fundamentar adecuadamente la relación entre el injusto cometido por el agente dañador y la respuesta del derecho de daños, dada por el remedio indemnizatorio bilateral. Sin perjuicio de ello, como en su momento notará el lector, mi propia reconstrucción debe mucho a estos autores.

El capítulo VI, ya anticipé, contiene mi propuesta interpretativa. Comienzo considerando otras dos maneras alternativas de introducir argumen-

tos distributivos en el análisis de la responsabilidad extracontractual. Primero examino los argumentos críticos, conforme a los cuales la responsabilidad extracontractual bilateral es profundamente regresiva en tanto, por una serie de factores, termina perjudicando en mayor medida a los sectores menos favorecidos de la sociedad. Estos argumentos son perfectamente compatibles con el mío. Al interpretar el derecho de daños como una plasmación de la justicia correctiva y la justicia distributiva no realizo ningún juicio valorativo u aprobación de la práctica. Estos principios de justicia son dos formas de regular las relaciones sociales presentes en el discurso liberal. Mi tarea de análisis conceptual se limita a mostrar cómo el discurso y el razonamiento del derecho de daños se ajustan al discurso y el razonamiento de la distribución y corrección de las injusticias en la tradición liberal⁵. Que esta tradición o los principios y formas de ordenación social que la integran sean justos es una cuestión diferente.

En segundo lugar, analizo un modelo distributivo muy popular en la dogmática de los últimos años. No son pocos los juristas que creen que en el litigio de responsabilidad extracontractual los jueces reparten el daño entre el actor y el demandado aplicando diferentes criterios de justicia, que se plasman en las reglas de responsabilidad. Esta tesis, afirmo, debe ser rechazada. Por un lado, asume la controvertida premisa de que los daños son males en *condominio*; por el otro, concibe de manera inconsistente los supuestos criterios de distribución.

Hechas estas consideraciones, explico finalmente en qué medida la responsabilidad extracontractual es una cuestión de justicia distributiva. En pocas palabras, el derecho de daños es en parte un esquema de distribución de derechos de indemnidad. Estos derechos integran el conjunto de lo que John RAWLS denominó «bienes primarios», es decir, bienes útiles para llevar adelante cualquier plan de vida razonable. Cualquiera que sea el plan de vida elegido, el individuo requiere algún nivel de indemnidad ante las interferencias de terceros para poder desarrollarlo. En su faz correctiva, la responsabilidad extracontractual rectifica las interacciones que infringen los derechos y deberes de indemnidad. Este esquema, una vez se expone la manera en que la justicia correctiva y la justicia distributiva están relacionadas en la práctica de la reparación de daños, es capaz de explicar la estructura normativa de la responsabilidad extracontractual, incluyendo la correlatividad entre los derechos y deberes de las partes, el requisito de causalidad y la coexistencia de factores de atribución objetivos y subjetivos. En definitiva,

⁵ Sobre la importancia de *sistematizar* y *unificar* la práctica mostrando de qué modo está conectada con otras prácticas e instituciones relevantes en la cultural general, véase LEITER, 1995: 46-47.

todas las características prominentes de los sistemas que me he propuesto explicar encajan coherentemente en la teoría de los derechos y deberes de indemnidad.

El capítulo VII, como ya dije al inicio de esta introducción, recupera el valor del AED como explicación funcional de la responsabilidad extracontractual y defiende que una comprensión amplia de esta práctica requiere estudiar el fenómeno desde ambas perspectivas. En lugar de ser antagónicas, como muchas veces se asume, son complementarias.

Finalmente, deseo despejar algunas dudas que podrían surgir en cuanto al título del libro. Aunque muchas veces me pregunto qué *explica* la responsabilidad extracontractual, o si el AED o la justicia correctiva ofrecen la mejor *explicación* de la práctica, en sentido estricto, la tarea aquí desarrollada es fundamentalmente de *comprensión*. A veces se afirma que la explicación está relacionada con las causas y las leyes generales (y también las funciones), mientras que la comprensión se vincula con la inteligibilidad de las acciones en términos de razones, motivos o propósitos⁶. Puesto que me avoco a reconstruir conceptualmente la responsabilidad extracontractual siendo fiel al significado que las acciones tienen para los propios participantes, resulta más apropiado hablar de comprensión antes que de explicación. Sin embargo, en el uso ordinario no suele hacerse esta distinción y, por ello, no me he preocupado por usar los términos de manera diferenciada, salvo en contadas ocasiones. A la vez, no me gustaría decepcionar a ningún lector que, llevado por el título del libro, espere encontrar una *justificación* de la responsabilidad extracontractual aquí. Mi argumento es conceptual, no normativo. Honestamente, creo que mi interpretación del derecho de daños resultará atractiva a los lectores de tendencia liberal, mas mi propósito no es fundamentar o defender este modo de gestionar los daños. En lugar de ello, me conformo con realizar un análisis preciso, luego del cual puede afirmarse que el derecho de daños bilateral es claramente una institución liberal. La referencia a la justificación en el título tiene que ver con la idea de que es imposible comprender una práctica jurídica (o cualquier fenómeno normativo) sin atender a cómo funciona el patrón justificatorio en ella. Tal como concibo mi propia tarea, si se desea comprender el derecho de daños, se debe identificar la estructura de las justificaciones ofrecidas en la práctica y después se la debe analizar intentando preservar el significado de sus conceptos, descubriendo sus relaciones mutuas y su vínculo con otros principios o normas más fundamentales. Ahí se agotan, en lo que respecta a este libro, las relaciones entre la comprensión y la justificación.

⁶ Para el contraste entre explicación y comprensión, véase VON WRIGHT, 1971.

CAPÍTULO I

LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD Y LA REDUCCIÓN DEL COSTE DE LOS ACCIDENTES

En este capítulo me centraré en la explicación económica de la reglas de responsabilidad para mostrar de qué manera ellas pueden contribuir a la reducción del coste de los accidentes y, por tanto, a la maximización de la riqueza social. Luego de exponer las virtudes explicativas del análisis económico del derecho (AED) en cuanto a los efectos de las reglas de responsabilidad sobre la distribución de la riqueza, los incentivos que reciben las partes para tomar precauciones y regular su nivel de actividad, y el coste de administrar los distintos sistemas de compensación por daños, intentaré en el apartado 5 marcar los límites conceptuales del análisis económico y enfatizar la necesidad de recurrir a las categorías tradicionales para una adecuada comprensión de la práctica jurídica. La reconstrucción conceptual de la responsabilidad extracontractual como instrumento para la reducción de costes desdibuja la distinción entre las acciones correctas e incorrectas, que ocupa un lugar fundamental en nuestro esquema de razonamiento normativo.

1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA COEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA

Uno de los rasgos más prominentes de los sistemas de responsabilidad civil contemporáneos es la coexistencia de reglas de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva. Según el criterio de la culpa, el agente

dañador es responsable, es decir, tiene el deber de reparar los daños sufridos por la víctima, cuando los hubiere causado con una conducta negligente, imprudente o dolosa. En cualquier caso, hablaré de culpa o negligencia para referirme a la violación de un estándar de comportamiento establecido jurídicamente. La conducta culpable es aquella que infringe un deber, genérico o particular, de adoptar ciertas precauciones. Existe un deber genérico de diligencia cuando las normas del sistema imponen el deber de obrar con el cuidado y la prudencia que exigieren las circunstancias de persona, tiempo y lugar; o como se afirma en el ámbito anglosajón, cuando se tiene el deber de actuar como lo haría un *hombre razonable*¹. Por su parte, existe un deber particular de diligencia cuando las normas ordenan la realización de una conducta específica, como conducir a menos de una determinada velocidad, o la adopción de medidas concretas, como la construcción de una salida de emergencia de ciertas dimensiones. En este último caso, la infracción de la norma concreta permite afirmar que el agente fue negligente o culpable. En el primer caso, cuando el estándar es genérico, afirmar la culpa del agente supone realizar un juicio más complejo sobre las expectativas de cada comunidad relativas al nivel de seguridad y precaución en las interacciones con otros.

Conforme con la regla de responsabilidad objetiva, en cambio, la obligación del agente no se funda en el incumplimiento de un estándar de conducta. Existen en los distintos ordenamientos jurídicos diversos fundamentos para la responsabilidad objetiva. La obligación de compensar puede basarse en el riesgo propio de la actividad que realiza el agente o en la peligrosidad de los objetos de que se sirve. También podría fundarse en el beneficio que el agente obtiene de la actividad generadora de daños. Lo relevante aquí es comprender que la responsabilidad objetiva no se activa por la violación de ningún estándar de conducta. Solo requiere la existencia de un nexo de causalidad (en el próximo capítulo veremos de qué tipo) entre el riesgo que introduce la actividad y el daño.

Podría decirse que la culpa y la responsabilidad objetiva son *factores de atribución de responsabilidad*, y que junto con el resto de los elementos mencionados, la causalidad y el daño integran el conjunto de presupuestos necesarios para que nazca la obligación de resarcir. Por lo tanto, la ausencia

¹ En muchos ordenamientos la culpa está definida en términos similares. Así, por ejemplo, el art. 1.104 del Código Civil español establece que «[l]a culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». En el párrafo siguiente dispone que si la obligación no expresase «la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia». Para una antigua referencia al hombre razonable en el *Common Law*, véase HOLMES, 1881: 107; para una referencia moderna, véase el Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 3 (2010).

de alguno de estos elementos impide que el demandado pueda ser obligado a compensar las pérdidas sufridas por la víctima. Asimismo, la presencia de otros elementos, como la culpa de la víctima, son susceptibles de reducir la cuantía del reclamo contra el agente o incluso de extinguirla, cuando su propia negligencia haya sido la causa exclusiva del perjuicio sufrido. De ahí que pueda decirse que las reglas más comunes incluyen la culpa y la responsabilidad objetiva, ambas con una excepción de culpa de la víctima.

Existen varias alternativas para explicar la coexistencia de estas dos reglas de responsabilidad. Solo para sugerir algunas, podríamos pensar que la responsabilidad civil se fundamenta principalmente en la culpa del agente y que la responsabilidad objetiva es una extensión de la regla de la culpa². Otra posibilidad es reconocer que la responsabilidad objetiva es algo distinto de la culpa, pero entender que la culpa es el factor de atribución principal y la responsabilidad objetiva una excepción justificada de algún modo³. Obviamente, también están disponibles las alternativas opuestas: afirmar por un lado que toda la responsabilidad civil es objetiva, por ejemplo, por causación de daños, y que la culpa es una forma particular de causación⁴; o reconocer que la negligencia no es una forma de responsabilidad objetiva, pero que ésta última es el fundamento principal de la responsabilidad civil y la regla de culpa una excepción justificada⁵. Finalmente, pueden intentarse otras dos estrategias: las integradoras y las reduccionistas. Las integradoras afirman que la culpa y la responsabilidad objetiva encajan en un esquema coherente de justificación de la responsabilidad civil sin reducir una forma de responsabilidad a la otra, ni considerar que una sea principal y la otra excepcional⁶. Las reduccionistas intentan mostrar que tanto la culpa como la responsabilidad objetiva derivan de la aplicación de otro principio más fundamental. El AED adopta esta estrategia al pretender explicar las reglas de responsabilidad en términos de eficiencia⁷. Desde este punto de vista, las

² Véase WEINRIB, 1995: 188-190.

³ Entre otros tratadistas tradicionales, Alfredo ORGAZ (1970: 27-28) ha defendido que la irrupción de la responsabilidad objetiva no constituyó un intento de suplantar la noción de culpa, que es el principio ordenador de la responsabilidad civil, sino de establecer una excepción limitada a sectores específicos. Pensaba que el principio de la culpa consagraba una injusticia en aquellos casos en que el peligro se genera para obtener un beneficio económico, en tanto la víctima expuesta sistemáticamente a los riesgos de actividades lícitas lucrativas quedaba en total desamparo frente a los daños sufridos. La doctrina del «riesgo beneficioso» o de la «garantía» vino a corregir esa situación.

⁴ Véase EPSTEIN, 1973.

⁵ ROSENKRANTZ, 1997; 2005; 2008.

⁶ Defenderé este enfoque en el capítulo VI.

⁷ Véase POSNER, 2011: 29 y 32. También hay autores que siguen estrategias reduccionistas no-económicas. George FLETCHER, por ejemplo, sostiene que los dominios de la responsabilidad objetiva y la culpa están demarcados por el principio de reciprocidad de riesgos. Véase FLETCHER 1972: 547-549; más adelante, en el apartado VI.2.3, explicaré en qué consiste este principio de reciprocidad.

reglas de la responsabilidad civil son un mecanismo para asignar o distribuir las pérdidas generadas por las interacciones dañosas de modo que los agentes reciban los incentivos necesarios que nos permitan lograr el objetivo social de reducir el coste de los accidentes a un nivel razonable. Veamos de qué manera exactamente el principio de eficiencia podría figurar en una explicación de las reglas más comunes del derecho de daños.

2. LOS DAÑOS COMO PROBLEMA SOCIAL

Un mérito indiscutible del AED es haber cambiado el foco de la discusión en materia de derecho de daños. Tradicionalmente, se consideraba que los daños eran un problema privado, un problema respecto del cual el Estado cumplía una función subsidiaria: allí donde las partes involucradas en la interacción dañosa no lograban solucionar su conflicto, el Estado intervenía para hacer respetar los términos adecuados o justos que regulan las relaciones entre particulares. Tal vez, el paradigma tradicional haya dado por sentado la existencia de cierto *orden natural* en las interacciones privadas. Si Axileas daña a Xenofonte mediante una acción incorrecta, Axileas debe compensar a Xenofonte. Por su parte, si Xenofonte sufre una pérdida en sus relaciones con Axileas, sin que Axileas haya obrado con culpa, entonces, corresponde a Xenofonte soportar los costes. Estas reglas no solo obedecen al sentido más básico de justicia sino que son normas prudentes, pues tanto una ausencia de responsabilidad como una responsabilidad más amplia —no limitada por la regla de la culpa— harían imposible la convivencia y, por consiguiente, la conformación de una comunidad.

El AED rompe con esta concepción de las interacciones privadas y entiende que la producción de daños o de externalidades negativas —el impacto perjudicial que unas actividades tienen sobre otras— es un problema social. Entre otras cosas, la visión tradicional no advierte que en las relaciones entre Xenofonte y Axileas no hay un sentido natural y unidireccional de la causalidad. Las restricciones que el Estado impone a la conducta de Axileas, al obligarle a compensar a Xenofonte, son ellas mismas un perjuicio para Axileas. Si los humos y olores que Axileas genera en la cocina de su casa son considerados un daño para Xenofonte y una razón para que Axileas pague una indemnización, Axileas sufre un perjuicio. En cambio, si se considera que el humo y los olores que genera Axileas no son un daño, ya que impera una regla de normal tolerancia entre vecinos, Xenofonte debe soportar el malestar que le produce la actividad de Axileas. Cualquiera que sea la decisión del Estado —aplicar una regla de normal tolerancia o imponer el deber de indemnizar—, habrá alguien que resulta perjudicado. Las interacciones privadas no son tan «privadas» como parecía en un comienzo.