

SOBRE FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*

ON THE FOUNDATIONS OF EXTRA CONTRACTUAL LIABILITY

*Ernesto Abril***

Resumen: La Teoría y la Filosofía del Derecho determinan, en gran medida cierta sistematización en las prácticas jurídicas vinculadas a la legislación y a la jurisprudencia, relativas a los fundamentos de la responsabilidad extracontractual, ambas actualmente sometidas a fuertes tensiones. Una de ellas, resulta de la propia vida social y la forma de entender ambas cuestiones cuando son afectadas por modificaciones en su ideología y otras ideas dominantes. Otra importante causa de tensión es producida por cambios en sus conceptos y en los principios que fundamentan su doctrina y jurisprudencia. En el presente me interesa abordar el análisis de problemas vinculados a esa determinación de los fundamentos de ese tipo de responsabilidad. Al efecto, propongo hacerlo respecto de dos teorías monistas y actualmente dominantes en ese ámbito, tales como el Análisis Económico del Derecho y aquellas que apoyan una idea deontológica de la justicia correctiva, cuyo propósito parece limitarse a su tratamiento dentro de la administración de la justicia y de aquellos que litigan en casos individuales de daños, haciéndolo en forma retroactiva. Finalmente, propongo introducir al conocimiento de otra teoría que posee una orientación jurídica instrumental o funcional de carácter plural y prospectivo que observa ese particular derecho, como instrumento para promover no sólo varios fines sino también, para establecer una mayor atención a las consecuencias ocasionadas por la distribución de bienes y, al mismo tiempo, apuntar a una mayor equidad y poder respecto de aquellos grupos de la sociedad particularmente desfavorecidos.

Palabras-clave: Fundamentos - Responsabilidad extracontractual - Análisis Económico del Derecho - Justicia correctiva, precautoria y distributiva - Orientaciones monistas y pluralista - Principio correctivo y distributivo.

*Trabajo recibido el 5 de marzo de 2018 y aprobado el 27 del mismo mes y año.

**Doctor en Derecho, Titular Cátedra "C" Introducción al Derecho, Departamento Estudios Básicos y Director Categorizado por CONEAU como docente investigador Cat I. Director desde hace varios años del proyecto de investigación con subsidio de SECYT en el período 2016-2017, sobre el tema "Fundamentos y Razones para atribuir responsabilidad en la función resarcitoria del Derecho de Daños".

Abstract: The Theory and Philosophy of Law determine, to a great extent, certain systematization in the legal practices linked to the legislation and to jurisprudence, related to the foundations of extracontractual liability, both of which are currently subject to strong tensions. One of them results from social life itself and the way of understanding both issues when they are affected by changes in their ideology and other dominant ideas. Another important cause of tension is produced by changes in their concepts and in the principles that support their doctrine and jurisprudence. In the present I am interested in addressing the analysis of problems related to the determination of the fundamentals of this type of responsibility. To this effect, I propose to do so with respect to two monistic theories and currently dominant in this area, such as the Economic Analysis of Law and those that support a deontological idea of corrective justice, whose purpose seems to be limited to its treatment within the administration of justice and those who litigate in individual cases of damages, doing it retroactively. Finally, I propose to introduce to the knowledge of another theory that has an instrumental or functional juridical orientation of a plural and prospective nature that observes that particular right, as an instrument to promote not only several purposes but also to pay greater attention to the consequences caused by the distribution of goods and, at the same time, aim at greater equity and power with respect to those groups of society that are particularly disadvantaged.

Keywords: Fundamentals - Extracontractual responsibility - Economic analysis of law - Corrective, precautionary and distributive justice - Monistic and pluralist orientation - Corrective and distributive principle.

Sumario: I. Introducción.- II. Aludiendo al análisis económico del derecho de daños.- III. Exponiendo posiciones deontológicas.- IV. Destacando relaciones entre las teorías descriptas.- V. Análisis de una teoría que privilegia la justicia distributiva.

I. Introducción

Abordar el análisis de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual implica determinar uno o varios criterios que permitan aludir a su autonomía, como parte integrante del ámbito jurídico del Derecho de Daños. También consiste en establecer su justificación o bien, realizar críticas a principios que pueden subyacer a tales regulaciones dentro de ese específico ámbito jurídico. Finalmente, se trata de explicar sus relaciones y diferencias respecto de otras áreas jurídicas y al mismo tiempo, comprender sus conexiones con otros ámbitos de la regulación jurídica de la vida social.

Respecto de esta cuestión son conocidas las dificultades de la tarea de los juristas para delimitar el marco teórico-práctico de este tipo de responsabilidad sea en orden a la culpa extracontractual y también, respecto de aquella que posee característica contractual. En muchas ocasiones, esas complicaciones tienen relación con la circunstancia de que un mismo hecho dañoso puede configurar tanto un supuesto normativo como otro o determinar -en términos procesales- un concurso de normas que coincide

respecto de una misma pretensión, fijada en lo sustancial por cierta unidad de acontecimientos históricos que justifican la pretensión resarcitoria como suele suceder, por ejemplo, en supuestos de mala praxis médica.

Por este motivo, se suele sostener que sólo es un contrato aquello expresamente pactado y esa sería la órbita estricta en la que opera la responsabilidad contractual en la medida que el hecho que la genera se produce dentro de los términos pactados. Esto se suele contraponer con aquella responsabilidad que se califica como extracontractual en tanto que es su característica definitoria la ausencia de relación previa entre las partes (1). Algunos autores y determinadas sentencias se han inclinado en favor de unificar ambos bloques de responsabilidad, en tanto sostienen que esa distinción carece de sentido porque en cualquier caso se persigue el resarcimiento del daño. Sin embargo, a su tiempo y al respecto, Díez-Picazo consideró que esa interpretación de las normas vigentes sólo proporcionaba un sentido que no tenía en cuenta los cambios producidos en la sociedad con el desarrollo de la ciencia, la tecnología y sus efectos en la vida social y de la propia práctica jurídica (2). Es por eso, que la jurisprudencia comenzó a producir cambios interpretativos en las normas vinculadas con esa disputa, que se caracterizó por flexibilizar tales criterios, introduciendo un nuevo sistema vinculado a la idea de que la víctima siempre debía ser indemnizada aun cuando no se haya verificado culpa del autor del daño, es decir, la responsabilidad por riesgo (3).

Con este nuevo orden, es decir, la posible desaparición de los requisitos de culpa y del nexo causal en tanto los presupuestos del deber de indemnizar constituyen una obligación propia del seguro. Bajo esta circunstancia se advierte una posición preferente de la víctima al ser, en último término, el asegurador quien deberá afrontar el coste del daño con lo cual, por la existencia de seguro, la figura del responsable tiende a desaparecer.

En los estudios de Teoría y Filosofía del Derecho vinculados con daños ocasionados dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, se presentan en la actualidad dos grandes orientaciones que lideran el tratamiento de estas cuestiones y cuyas líneas fundamentales trataré de describir a continuación, haciendo presente que lo haré en

(1) El estudio de la responsabilidad contractual se encuadraba dentro de la disciplina del Derecho de Obligaciones, si bien funcionaba de manera distinta a los contratos o cuasicontratos.

(2) La concepción clásica de la culpa se apoya invariablemente en la omisión de la diligencia exigible al agente. Por el contrario, concepciones más actuales caracterizan la culpa por notas distintas de esa falta de diligencia y se llega a hablar de culpa social o culpa sin culpabilidad. En la culpa el elemento intelectual del dolo (previsión efectiva) se sustituye por la posibilidad de prever, y se reemplaza el elemento volitivo por una conducta negligente: no se ha creído efectivamente el efecto, pero se ha debido mostrar mayor diligencia para evitarlo. La diligencia exigible, en principio, se determina conforme a la clase de actividad que se desarrolla y según la cual sea exigible a una persona normalmente razonable y sensata, según la esfera técnica del caso individual, conforme lo previó el anterior CC en su art. 902 y actualmente, se plasma en el art. 1725 del CCC actual.

(3) Sistema de responsabilidad cuyo fundamento es la existencia de actividades que tienen capacidad de generar precaución ante las acciones con capacidad de provocar daños.

términos generales, con el fin de permitir una propuesta novedosa sobre el tratamiento del mismo tema.

II. Aludiendo al análisis económico del derecho de daños

La primera que se encarga de determinar la existencia de un fundamento respecto de la responsabilidad extracontractual, es decir, la conocida como Análisis Económico del Derecho (en adelante **AED**), resulta ser aquella que considera la responsabilidad extracontractual destacando su concreto y específico patrón de justicia. Los más destacados expositores de esta línea de pensamiento parecen coincidir en sustentar que tal patrón se caracteriza de conformidad a su justificación. Esto así en la medida en que los esquemas constitutivos de la justicia correctiva y la relación entre victimario y víctima respecto del daño fuerzan a considerar que aquello constituye la racionalidad que poseen los elementos y peculiaridades de esa relación con el fin de determinar el método apropiado que corresponde usar ante la presencia de daños. Es común a estas concepciones destacar que esa relación es bilateral y, por ello, las proposiciones respecto de la misma no pueden soslayar esa característica; es decir, aquella que configura el tipo de daño que altera la situación del damnificado y que siempre, es anterior a la alteración debido a la presencia de daños. De otro modo, resulta importante precisar que se trata de una visión de la responsabilidad extracontractual que torna razonable la necesidad de recomponer la situación respecto de aquella anterior a la existente entre quienes participaban de ella. Asimismo, la respuesta debe circunscribirse a superar la alteración de la relación en la medida que sea materialmente accesible. Esto no sólo es parte del punto de vista de la justicia correctiva, sino que también lo es respecto de la justicia distributiva, si es que, con esta última, se hace alusión a los parámetros de justicia.

Esta orientación fundamenta el derecho de daños y en especial, parte de la responsabilidad extracontractual aun cuando se corresponde mejor con doctrinas que habitualmente son calificadas de instrumentales. Su característica distintiva es que el daño que importa dentro de la responsabilidad extracontractual sigue siendo el que un sujeto provoca a otro y ello es lo único que, según las corrientes instrumentales, hace peculiar el derecho de daños en tanto su elemento constitutivo. Consecuencia de ello, es que no formen parte del mismo todo aquello que derive de eventos naturales, desgracias o accidentes que puede ocurrir sin deberse a la acción u omisión de otro que resulte ser concretamente responsable (4).

(4) GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2004). *Calamidades*, Gedisa, Barcelona. El autor distingue dos conceptos usados a diario como sinónimos: catástrofe (desastre provocado por causas naturales) y calamidad (desgracia, desastre o miseria que resulta de acciones humanas intencionales). El libro analiza cinco casos de calamidades, entre ellas la corrupción política, las intervenciones humanitarias armadas y el terrorismo de estado, y desmonta las “estrategias de justificación” políticas y teóricas de sus autores para “eludir la condena moral o jurídica”.

A su vez, lo que resulta específico de las corrientes caracterizadas como instrumentales o funcionales es proporcionado por el tipo de enmiendas que se proponen respecto del daño que un sujeto padece como resultado de una conducta relevante de otro. Esto puede determinar dos consecuencias que, a menudo, suelen presentarse combinadas, a saber:

- a) Que, a la hora de determinar quién, cómo y en qué medida se ha de reparar o compensar el daño, resulta decisiva la situación de los sujetos en un contexto social global.
- b) O bien, que la medida de reparación y la asignación de su forma o valor se determine dependiendo de algún objetivo social, independiente del contexto de la situación en que intervienen individualmente los sujetos.

La primera de ellas conduce a establecer una relación estrecha entre responsabilidad extracontractual y la idea de justicia distributiva. La bilateralidad resulta alterada cuando se tiene en cuenta ya no la relación entre quien daña y quien resulta dañado, sino el específico contexto de la situación de cada uno de ellos respecto del conjunto social; respecto de los demás ciudadanos, por tener cierta forma de distribución colectiva. Así, para establecer cuándo y cuánto corresponde afrontar en la reparación del daño no cuenta únicamente aquello que no disponía con relación al otro con anterioridad al evento dañoso y después del daño, sino cómo estaba y cómo queda cada uno respecto de todos los demás o al conjunto social. Sobre este papel cabe, por ejemplo, sostener que, bajo esa perspectiva global o distributiva, la situación del que daña y aquel que resulta dañado, deberá ser menos justa antes de la acción dañosa del primero y más justa, después de producido el daño, respecto de la posición de cada uno dentro del conjunto social.

Asimismo, una segunda alternativa deja de contemplar la cuestión de modo comparativo respecto a la situación de los sujetos implicados antes y después del daño, sino que presta atención a la funcionalidad o utilidad de las medidas que, con ocasión del daño, pueden implementarse conforme con algún objetivo o fin social. De este modo, el daño pasa a constituir el factor desencadenante para una medida que debe producir un resultado social que se estima beneficioso. Este es el planteamiento del conocido *Análisis Económico del Derecho* (en adelante AED) que resulta instrumental por antonomasia. El fin social en cuestión se suele relacionar con la eficiencia en orden a maximizar los recursos sociales disponibles. También se pueden observar como una forma de producir el máximo ahorro en los costes ocasionados en daños producidos por accidentes y desgracias imputables a la conducta de alguien. Tal posición no ocasiona cambio alguno, en el caso de Posner, expositor que introduce ese matiz como objetivo rector, que es maximizar la riqueza (5).

(5) POSNER, Richard A. (1998). *El análisis económico del derecho*, FCE, México, pp. 28 y ss.

Si se asume, como lo destaca la filosofía del derecho de daños, que atender a la justicia distributiva también constituye, en alguna medida, una doctrina instrumental que es conveniente diferenciar dentro de esta misma tendencia del pensamiento (6). Visto de esta forma, tanto las teorías distributivas como la del propio AED, tienen este carácter, pero a este último, en modo alguno le es relevante alguno de los efectos distributivos ni del daño ni de las soluciones normativas para el mismo, y frente a ello, las doctrinas distributivas no serían eficientistas en idéntico sentido. Dicho de otro modo, al AED no le interesa que sea más o menos justa -en términos globales o distributivos- la situación de los sujetos implicados, sea antes o después del daño y de su eventual compensación, lo que cuenta para ellos es el balance económico colectivo. Por su parte, para las doctrinas distributivas lo relevante no es que finalmente los recursos económicos que existen en la sociedad sean más o menos importantes, sino que distributivamente sea más o menos justo respecto de la situación de los sujetos directamente comprometidos.

De este modo, resulta posible comprender que, en general, para el AED y más allá de puntuales matices de algún expositor, no cuenten los principios de justicia en sentido estricto. Lo que esta corriente de pensamiento persigue es que la regulación jurídica dentro de este ámbito ayude para que una situación social mejore, pero todo limitado a entender que la situación social mejor es aquella en la que se maximizan los recursos económicos de los que globalmente se dispone para un objetivo que, al fin y al cabo, trata del crecimiento económico, de maximizar la riqueza y la utilidad global de la misma. No importa cuánto tenga cada uno ni para qué, sino que en conjunto se tenga como lo posible y se use de la mejor manera para generar cada vez más beneficios. Las regulaciones jurídicas son vistas como incentivos para los individuos cuyo valor se mide bajo ese parámetro de maximizar la eficiencia económica colectiva. De este modo, el AED define para cada uno de estos casos genéricos uno óptimo y efectúa un análisis de la medida en que las reglas de responsabilidad del sistema jurídico, puedan conducir a las partes a una situación social que se estima como óptima. El óptimo social refiere al nivel de precaución y cuidado que maximiza el beneficio social, pero sólo refiere a minimizar el coste social de los accidentes. En estos casos, se hace mínima la suma de daños esperables más el coste de aquellas medidas adoptadas en favor de la precaución, es decir, hacer mínimas las partidas para la sociedad.

Respecto de todo lo expuesto subyace la suposición de que los tribunales tienen capacidad para conocer el daño y saber cómo valorar el comportamiento de quien lo causa. Ahora bien, al respecto corresponde tener en cuenta que las normas sobre responsabilidad son diversas. En primer término, porque existen reglas que indican cuándo el causante no responde por daños causados a la víctima. También concurren reglas que adjudican responsabilidad objetiva, es decir, que quien causa el daño responde frente al mismo con absoluta independencia del nivel de cuidado efectivamente

(6) FABRA ZAMORA, Jorge Luis (2015). "Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual: Un llamado al Debate", Capítulo 67 del Tomo III de la *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro. 214, UNAM, México, p. 2533.

adoptado. Estas reglas promueven que se adopte un comportamiento que socialmente se presume esperado. Finalmente, hallamos normas que establecen responsabilidad por culpa y que resultan ser las más complejas en tanto de ellas depende una asignación fundamentada en un enjuiciamiento de la conducta en términos de culpa o negligencia.

En el fondo de toda esta teoría funciona la idea de un puro liberalismo económico que, en un contexto de interacciones se desarrolla bajo la ley del mercado, en tanto puede generar que la situación del todo acabe siendo mejor de la que se conseguiría por medio de políticas de justicia distributiva establecida por el Estado o que fuesen jurídicamente establecidas por los tribunales. Así, en los casos de la regla de responsabilidad por culpa, los tribunales requieren elaborar un patrón de diligencia debida para poder comparar el comportamiento del causante del accidente y su relación con una diligencia exigible. El modelo económico que suele proponerse respecto de la negligencia adoptado por el AED, se conoce como fórmula o regla de *Hand* (*Learned Hand*). Ella constituye un intento de brindar una explicación económica de la negligencia que no tiene la pretensión de explicar el proceso que siguen los tribunales para establecer en qué medida la diligencia es exigible, sino sólo indicar factores relevantes para su tratamiento. Esos factores dentro de la indicada fórmula son tres, a saber: i) La probabilidad de que suceda el daño - **P**; ii) La magnitud del daño o pérdida - **L**; y iii) El coste de precaución omitida necesaria para evitar el daño - **B**. De este modo, existirá negligencia si el coste de la precaución que se omite resulta menor que la probabilidad multiplicada del daño ($B < P \times L$). Se verifica diligencia si el coste de la precaución omitida resulta mayor o igual que la probabilidad multiplicada por la del daño ($B > P \times L$).

En otros términos, la citada fórmula pretende inducir comportamientos considerados eficientes en orden a la precaución y las medidas de cuidados. Básicamente intenta incentivarlas mediante medidas precautorias cuyo coste resulte inferior al daño esperado y que deja de hacerlo, si las medidas de cuidado cuestan más en términos sociales respecto del daño que se desea evitar. Por su parte, se sostiene que los tribunales carecen de competencia y tampoco se les exige que realicen cálculos precisos de tales elementos. Sin embargo, al analizar decisiones sobre juicios de negligencia, en los factores que ellos tienen en cuenta se afirma que incorporan tal fórmula con matices, aun cuando no hagan referencia a ellas o se destaque cierta deferencia hacia el legislador y les da igual que la precaución omitida sea impuesta legalmente o no, sino que les resulta fundamental el propio coste.

Finalmente, es importante destacar que respecto de esta fórmula se han efectuado diversas críticas, de las cuales sólo destaco las siguientes: En primer lugar, que existen problemas respecto de la determinación de **B**, como **P** y **L**, en tanto resultan difíciles de establecer. A ello se responde que la citada fórmula simplemente muestra los factores que se deben ponderar al tiempo de fijar un estándar de diligencia sobre el que no resulta posible despreciar un valor aproximativo. En segundo término, se alude a valores medios, cuando en verdad, sería mejor hablar del coste marginal y no del total, como pasa en el caso de **B** y **P**. Por último, la actitud frente al riesgo se torna importante

donde existe incertidumbre sobre cuál es el estado que se producirá en la sociedad, cuando el resultado no es cierto. Esto elimina valor explicativo a la fórmula indicada. Se trata de un factor de esmero del modelo, pero el cambio no es radical y simplemente se requiere la necesidad de añadir factores como el seguro.

III. Exponiendo posiciones deontológicas

Si soslayamos las teorías del AED y ceñimos ahora el análisis a la filosofía de la responsabilidad extracontractual, que entiende sobre los principios de justicia, afirmando que al respecto concurren: la justicia retributiva, correctiva y distributiva.

Respecto de la justicia retributiva se sostiene que es la que establece el patrón para que los sujetos afronten y retribuyan, aquellas acciones que sean moralmente reprochables, acciones que pueden tildarse como inmorales, en particular de cara a otros sujetos. El campo jurídico propio de la justicia retributiva sería el del derecho penal, al margen del debate entre penalistas sobre cuál sería respecto de la retribución el fin que justifica la pena y cuánto y con qué límites debe el derecho penal atender a otros objetivos de carácter personal o social, ante todo los de prevención especial o general y de prevención tanto negativa como positiva.

En el derecho de daños puesto que la base de la responsabilidad es el daño y no la acción inmoral o reprochable del sujeto; que no se responde sin daño y, por consiguiente, no hay responsabilidad por mera tentativa o por cosas tales como la mera organización o conspiración para dañar, todo lo cual sí se presenta en el derecho penal. Por razón de la esencialidad del daño, tampoco existe en el derecho de daños un equivalente a lo que serían los delitos de peligro, sean ellos de peligro abstracto o concreto.

Entre los filósofos del derecho interesados en la responsabilidad extracontractual existe cierta coincidencia a la hora de hacer ver que la retribución no resulta el componente decisivo y definitorio de este ámbito de lo jurídico. Entre las razones más reiteradas al respecto, se encuentran, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

- a) En derecho penal y bajo ese patrón retributivo, requerir culpabilidad no es posible ni la responsabilidad por el obrar de otro (sin culpabilidad propia o sin que la conducta del que responde penalmente encaje en un tipo delictivo) ni la suscripción de seguros de responsabilidad, lo cual sí es perfectamente normal en el derecho de daños. Bajo el prisma retributivo, la responsabilidad es estrictamente personal, pero no así en el derecho de la responsabilidad extracontractual.
- b) En el mismo tipo de derecho, con arreglo a la justicia retributiva, lo que cuenta de modo prioritario junto con el tipo y grado de culpabilidad del autor, es el atentado al bien jurídico protegido, pero no así la reparación de la víctima, cuando hay víctima individualizada, lo que no sucede en toda clase de delitos. En derecho de daños es ineludible la existencia de daño efectivo, pero también

lo es la reparación de la víctima. Es la magnitud del daño para la víctima lo que precisamente brinda el criterio para la reparación, Y tanto más es así a tenor de los enfoques de justicia correctiva.

Las relaciones de independencia o continuidad entre la justicia correctiva y la distributiva dentro del derecho de daños resultan mucho más problemáticas y ello es lo que contribuye a que su determinación constituya el centro del debate (7). La primera cuestión es cómo se definen justicia correctiva y justicia distributiva. Pero la pregunta fundamental y seguramente más difícil de responder es aquella que versa sobre los motivos por los cuales la justicia correctiva impone la independencia plena del derecho de daños frente a la justicia distributiva.

Sobre la definición de justicia correctiva y distributiva no se verifica un gran desacuerdo y en la base, parece mantenerse vigente el clásico esquema aristotélico. Así, la justicia correctiva se ocupa nada más que de la relación entre sujetos en particular. Supongamos que los sujetos implicados son únicamente dos: **A** y **B**. En un momento temporal determinado, T^1 , cada uno de esos dos sujetos está en una situación de alguna manera cuantificable. En T^1 **A** tiene **x** y **B** tiene **y**, como consecuencia, de una conducta imputable a **A**, en un momento considerado T^2 se produce una alteración o bien de **x** (lo que tenía **A**) o de **y** (lo que tenía **B**). El componente de bilateralidad viene dado por esa imputabilidad a uno de ellos de la modificación de lo que tenía el otro. Prescindamos de supuestos de enriquecimiento ilícito de uno, sin que ese tipo de daño se verifique para el otro, cuestión de la que se ocupó especialmente Weinrib al desarrollar su teoría de la justicia correctiva (8).

Puede pasar que, como consecuencia de la conducta dañosa imputable a **A**, por comparación con lo que cada uno tenía en T^1 , y puesto que para que obre el derecho de daños ha de existir daño para **B** y con ello, la situación queda en alguna de las siguientes maneras:

- (i) Que los **A** y **B** hayan perdido y ambos estén peor de lo que antes se encontraban.
- (ii) Que **A** no haya ganado ni perdido nada y por su parte, que **B** haya perdido, porque caso contrario no existiría daño.
- (iii) Que **A** haya ganado algo, sea tanto como **B** o más de lo que **B** terminó perdiendo.

La justicia correctiva manda razonar sobre la situación anterior a la acción que provoca el daño y prescindir que, en términos de justicia distributiva, sea la situación de cada sujeto relativamente más o menos justa. Además, manda considerar su restauración de la forma y en la medida que sea posible. Pero tal restauración, material o por

(7) WEINRIB, Ernest J. (2017). *La idea del derecho privado*, Marcial Pons, Buenos Aires, pp. 94 y ss.

(8) WEINRIB, Ernest J. (1991). "Corrective Justice", *Iowa L V*, 77, p. 403 y (2017) *La idea de derecho privado*, "Capítulo III Justicia Correctiva", pp. 89 y ss., Marcial Pons, Buenos Aires.

equivalencia de la situación previa (básicamente económica), se encuentra sometida a matices inmediatos.

En primer lugar, se presenta de nuevo un elemento con forma retributiva pese a todo lo que antes se indicó. En efecto, en la situación **(i)** tanto **A** como **B** han tenido un perjuicio. Supongamos que ha sido un choque del automóvil de **A** con el de **B** provocado por **A** y que los dos automotores sufrieron daños y sean equivalentes o superiores los daños de uno o de otro. La conducta imputable a **A** cambió la situación previa de ambos y lo hizo porque empeoró las consecuencias para los dos. Pero por ser la acción relevante imputable a **A**, lo que la justicia correctiva exigirá será que quien reciba compensación equivalente al perjuicio sea **B** y no **A**. Por tanto, cuando habitualmente se afirma que la justicia correctiva impone el restablecimiento del equilibrio quebrado con anterioridad, se impone precisar que aquello que importa no es propiamente la situación anterior (que **A** vuelva a tener **x** y **B** vuelva a tener **y**), sino la situación anterior (*ex ante*) del dañado por la conducta imputable a **A** (que **B** vuelva a tener **y**).

Si la responsabilidad de **A**, en **(i)**, es por su culpa, el trasfondo retributivo que continuamente se presenta parece que se fundamentaría en términos de la justicia correctiva. Pero el gran problema se presenta cuando la responsabilidad es objetiva. La justicia correctiva no forzaría a restablecer un equilibrio afectado (la situación relativa anterior entre **A** y **B**), sino procurar o recomponer únicamente la situación de la víctima del daño. La cuestión que se presentaría en la forma descrita en **(i)**, el que ha de pagar es **A** pese a que él también sufrió un perjuicio y más aún, si es que su acción no puede justificar reproche moral ni tampoco incumplimiento de ningún estándar de debido cuidado.

De este modo, puede que los expositores de esta postura no coincidan en la solución cuando se presenta una situación como la que se ha descrito. Así, en opinión de Weinrib no existe compatibilidad entre justicia correctiva y responsabilidad objetiva. Si la acción de **A** carece culpa y nada respecto de su conducta fue desviado, **A** no tendrá razón alguna para reparar a **B**, y si lo hace, no podrá ser por un imperativo de justicia correctiva. En Weinrib, aunque la justicia correctiva y la retributiva se consideren independientes, de este modo siempre queda una inclinación retributiva en la primera de ellas.

En el caso de Coleman (9), las soluciones propuestas difieren según las etapas de desarrollo de su teoría. Bajo la concepción anuladora anterior a 1992, la justicia correctiva dispone que deban ser corregidas tanto ante pérdidas injustas como en el caso de ganancias injustas. En esa etapa del pensamiento de Coleman está ausente el requisito de la bilateralidad. Las pérdidas injustas deben ser corregidas, anuladas; y

(9) COLEMAN, Jules L. (2010). *Riesgo y daños*, Marcial Pons, Madrid y también (2003): "Los fundamentos del bienestar", traducción de "The Grounds of Welfare", publicado en *The Yale Law Journal*, Vol. 112, pp. 1511-1543.

del mismo modo actuar respecto de las ganancias injustas. Pero con una nueva noción de la justicia correctiva, ella no dispone la obligación de que las pérdidas injustas sean reparadas por el que dañe, ni siquiera que la conducta de éste sea injusta o culpable. En el supuesto **(i)**, ante pérdidas del que produce el daño y quien lo sufre, la justicia correctiva sólo ordena que se anulen las pérdidas de la víctima, sea con cargo al que daña (que también sufrió daños y su pérdida sea superior si tiene que indemnizar), aun en el caso de que el coste sea con cargo a un tercero. Incluso en un caso como el descrito en **(iii)**, en la que quien daña obtuvo ganancia con su conducta dañosa, la justicia correctiva demanda que se anule tanto la ganancia de **A** como la pérdida de **B**, pero no necesariamente provendrá de **A** la indemnización de **B**; sino que pueden ir por vías independientes tanto la anulación de la ganancia de uno como la pérdida del otro.

Cuando Coleman expone una nueva concepción mixta de la justicia correctiva, en su teoría se incluye la bilateralidad. Según la concepción anuladora, se invalidaban las pérdidas y ganancias injustas, pero la anulación o rectificación de unas y otras quedaban abiertas. Esto último, implica que no necesariamente tenía que ser con cargo al que daña la anulación de la pérdida del damnificado. Del mismo modo, tampoco la anulación de una ganancia ilícita tendría que ser en favor del que sufrió el daño; ni siquiera cuando se corresponda la pérdida injusta de uno con la ganancia injusta del otro, aunque el sentido común respaldaría una solución “bilateral” en esta situación. Con la nueva concepción mixta de Coleman, la relación de responsabilidad por el daño es ya bilateral, se trata de una relación entre quien daña y quien resulta dañado y como consecuencia, el derecho debe arbitrar sus soluciones sobre esa base bilateral. Sin embargo, en esta etapa de la evolución de la teoría de Coleman, la responsabilidad por daño extracontractual es una de las soluciones posibles en una relación bilateral, pero no es la única posible o aquella que se requiere de modo racional. Esto significaría que la solución para un daño producido bajo esas circunstancias, la cuestión pasará a depender de aquellos parámetros políticos y morales que resultan imperantes que se opte por la solución que disponga el derecho de daños y se mande reparar a quien daña, o bien, se lo haga por otras vías de indemnización para quien lo sufre. Sin embargo, para este expositor sólo se estará en el ámbito del derecho de daños cuando se mande reparar al que causó el daño, pues el componente de bilateralidad resulta definitorio para el mismo. Sin embargo, racionalmente nada determina en ese ámbito la preferencia política y jurídica el uso de esa herramienta para cumplir con el fin de reparar el daño, porque tal función puede quedar en manos de fondos de indemnización o cualquier tipo de ayuda estatal de que se disponga.

Según la concepción anuladora de Coleman, deberían anularse las pérdidas y las ganancias injustas. Según su nueva concepción sólo importan las pérdidas injustas y si es que se emplea el derecho de daños, ya no tendrá obligación de reparar por quien daña y no obtuvo con su acción ningún beneficio. El elemento que en ambas instancias del desarrollo de la teoría de Coleman se mantiene es la pérdida causalmente injusta que deriva de la acción de quien produce el daño. Es esto último lo decisivo de su doctrina en sus dos etapas de desarrollo vinculado con la pérdida injustamente causada.

Conforme a la teoría anuladora corresponderá que la pérdida injusta sea anulada y su reparación se encuentre a cargo del que daña u otro; por el contrario, con la teoría mixta, será quien daña el que debe compensar o anular la injusta pérdida de quien fue dañado, pero únicamente si políticamente se opta por la vía de lo establecido por el derecho de daños.

Una diferencia decisiva entre Weinrib y Coleman, radicaría en que mientras este último, pone el acento en la justicia correctiva respecto de la forma de tratar la pérdida injusta, Weinrib lo sitúa en lo que es injusto en sí mismo, al que se alude con el término *wrong*. Para él, resulta la conducta indebida del agente lo que ocasiona el daño y sin tal elemento de injusticia o ilicitud, no estaremos ante un daño de aquellos que determinan y deben primar en la responsabilidad. Si hay daño estamos frente a alguna forma de pérdida, pero lo determinante no resulta ser la pérdida en sí misma, sino que el daño sea producto causal de la conducta del agente. Quien dañó realizó algo indebido, "*wrong*". No se trata de "castigarlo" por el mero hecho de hacer algo injusto, lo que nos llevaría al ámbito de la justicia retributiva, sino que afronte su reparación porque su "*wrong*" fue lo que causó el daño (10).

Ésta es la explicación y constituye la razón por la cual para Weinrib la responsabilidad objetiva no forma parte del derecho de daños. El derecho de daños (y todo el derecho privado) tiene su sentido y razón de ser en la justicia correctiva, y ella no actúa -según este teórico- donde no se verifica la existencia de una acción "desviada", que tendrá que ser al menos una acción culposa. Si alguien tiene que responder por el daño que causó sin culpa de ningún tipo, obrando de modo para nada ilícito ni reprochable, no solo estará más allá de la responsabilidad extracontractual, sino que se vulnerarían principios propios de una justicia correctiva.

Para Coleman es una opción política que ya no estaría regida por la justicia correctiva sino por algún otro tipo de justicia. Conforme piensa Weinrib, se presenta injusto por vulnerar la justicia correctiva. En Coleman el legislador puede elegir entre tipos de justicia para articular la reparación de daños que son pérdidas injustas del dañado, y esa elección cabe también cuando el daño lo causó con su obrar una persona concreta. En Coleman, aunque haya relación bilateral entre el que daña y el que resulta dañado, la justicia correctiva y el derecho de daños a ella sometido, constituyen una opción más, entre otras. En Weinrib, cada tipo de relación social acontece dentro de un ámbito de relaciones presidido por un tipo de justicia. Si el daño nace de una relación bilateral, no cabe más solución justa y racional que la que ofrece la justicia correctiva y, con ella, el derecho privado: que se haga cargo de reparar el agente causante que obró injustamente.

Mientras que en Coleman (11) el injusto elemento radica en la pérdida de la víctima, sin que importe que sea injusto el hacer del causante, en Weinrib el elemento de

(10) WEINRIB, Ernest J. (2017). Ob. cit., pp. 107 y ss.

(11) COLEMAN, Jules L. (2010). Ob. cit., pp. 85 y ss.

injusticia se integra en la propia acción del que produce el daño, aun cuando se requiera que exista daño para que se presente la bilateralidad y como consecuencia, actúe la justicia correctiva y no simplemente la retributiva. De ahí que la descripción del *wrong* del agente, termine siendo lo que produce la diferencia entre los dos expositores,

Coleman puede admitir la responsabilidad objetiva porque la injusticia, el *wrong*, se objetiva en el caso de tal tipo de responsabilidad. Siempre el elemento de injusto del agente está en una puesta en riesgo de un derecho o un interés protegido de la víctima. Si la responsabilidad es por culpa, resulta fundamental la actitud del agente para hacer indemnizable el daño derivado de esa puesta en riesgo de los bienes de la víctima; pero si se trata de responsabilidad objetiva se responde por la creación de un riesgo consumado en daño, aun cuando sea perfectamente legítima y nada rechazable la acción del agente que produjo tal riesgo para consumarlo. Y, de nuevo, para Coleman son decisiones sociales y políticas no sometidas a lazos conceptuales ni ontológicos las que determinan, por un lado, qué derechos e intereses han de estar protegidos frente al daño y, por otro, cuándo por los efectos del riesgo creado se responde nada más que con culpa, aunque pueda suceder sin culpa.

El más importante interrogante para estas teorías no instrumentales es: ¿por qué debemos asumir que la justicia correctiva sea definida siempre dentro del viejo patrón aristotélico que delimita aquello que define los límites del derecho de la responsabilidad extracontractual? En otros términos: ¿por qué tenemos que pensar que un derecho de daños que se guíe por cualquier tipo de instrumentalismo pueda, de algún modo, vulnerar la naturaleza de las cosas o una pauta básica y constitutiva, racionalmente necesaria, de la organización social que se considera justa?

Una respuesta a esos interrogantes es proporcionada por el formalismo de Weinrib. Este tipo de teoría conduce a pensar que las cosas son como son y que, aunque en los hechos puedan ser de otra manera, racionalmente no pueden ser admitidas. A diferencia de Coleman, Weinrib no busca un criterio definitorio para establecer el específico ámbito del derecho de daños, tal como es aquí y ahora o en un determinado sistema jurídico o en una familia de sistemas jurídicos. En Weinrib no es posible observar un mínimo componente de relativización. Para él, el mundo y las reglas tienen sus compartimentos necesarios en la medida en que ontológicamente se encuentran siempre predeterminados.

De este modo, ciertas cosas podrán existir o no, pero si existen tendrán una determinada configuración. Y si no la tienen, ya no son esas cosas, serán otras y merecerán una designación diversa. El formalismo de Weinrib no es un formalismo lógico ni tampoco semántico o normativo. Es un formalismo ontológico, si así se lo puede caracterizar. Para este tipo de formalismo existen estructuras de las cosas indispensables para delimitar y definir el ser específico de ellas. Así, la justicia correctiva no constituye un criterio axiológico de valoración de ciertas normas o relaciones sociales, sino que presentan una cierta estructura que se configura por determinados entes o realidades.

No es que todo el derecho privado y dentro de él, el propio derecho de daños, puedan regirse o no por la justicia correctiva, pero sí debe estar gobernado por ella para ser más racional o justo.

De lo que se trata entonces, es que la justicia correctiva es una estructura de relaciones definitoria del derecho privado, específica de él y que dentro de él y nada más que en él, se realiza y consume. Así pues, un derecho privado que no se atiene a la justicia correctiva, es decir, a ese paradigma ontológico antes que axiológico, no es un mal del derecho privado o un derecho de daños injusto, sino que estaremos en presencia de un derecho que no formará parte del derecho privado. Podrá ser otra cosa; por ejemplo, derecho público. Sin embargo, tratándose de un derecho público no es meramente algo distinto, sino que no será lo que debe ser en tanto no concuerda con la configuración normativa de ese tipo de relaciones sociales debido a su prefiguración ontológica.

Cada tipo de relaciones sociales presenta una estructura específica y cada tipo de relaciones sociales corresponde a un modelo de justicia. En las relaciones entre particulares la justicia que preside es la correctiva y no puede ser de otro modo. Por eso, en Weinrib, ya no se trata de que no sea derecho privado aquello que no coincide con los moldes de la justicia correctiva. Esto no es una pura cuestión clasificatoria. Se trata de un asunto estrictamente moral, porque si las relaciones privadas no se gobiernan por las reglas definitorias de la justicia correctiva, no sólo ocurrirá que se habrá disipado el derecho privado, sino que se lo ha reemplazado por el derecho público; ocurrirá que estaremos ante flagrante injusticia porque las cosas son como deben ser y ese deber ser, no puede considerarse como tal si es que su descripción no concuerda objetivamente con el orden natural de las cosas.

IV. Destacando relaciones entre las teorías descriptas

Hasta aquí he realizado una descripción de dos importantes enfoques monistas diversos. Uno, que hace como de contrapunto continuo, es el de las teorías instrumentales, en particular el **AED** de daños. En orden al análisis económico lo determinante es una postura filosófico-política. Esto quiere decir que se otorga preferencia a un objetivo social unido a la maximización de los recursos económicos globales y la eficiencia en su gestión, en un contexto teórico que liga la justicia y el bienestar colectivo a la interacción entre el libre mercado y ciertas regulaciones, a modo de incentivos para los actores que intervienen en el mercado. El fundamento vendría a estar en una filosofía política y social de corte liberal e individualista. Este tipo de teorías no está atado *a priori* o por axiomas ontológicos o disquisiciones epistemológicas. Sentado que cada ciudadano desea maximizar su bienestar y que la regulación jurídica se justifica para coordinar una forma de convivencia que maximice el bienestar y la riqueza global o del conjunto, no se asumen estructuras ontológicas que hagan depender la racionalidad del orden social de la presencia de determinadas instituciones “naturales” o de la configuración necesaria de algún tipo de relaciones sociales, ni persiguen extraer de las

prácticas sociales vigentes una pauta explicativa o un modelo normativo. El gobierno y la regulación jurídica constituyen una pura ingeniería social, sin más atadura que ese objetivo de maximizar los resultados económicos y la eficiencia de la gestión (12). Bajo tal óptica, nociones como las de justicia correctiva o distributiva no son sino conceptos de contenido aleatorio y valor coyuntural en el marco de las disputas sociales y políticas. No hay esencias que vinculen ni esquemas relacionales que no resulten plenamente fungibles. Establecido aquel objetivo de eficiencia y bienestar global, los conceptos jurídicos o políticos y las regulaciones pertinentes sólo valen como herramientas y en función de sus resultados. En el fondo todo viene a ser política, aunque la mejor política sea la que procure colectivamente más riqueza.

El segundo enfoque es el representado por Coleman. Su directriz no es ontológica, sino epistemológica. Coleman no pretende hallar y explicitar estructuras necesarias del ser o esquemas necesarios del orden del mundo o de la naturaleza de las cosas. No en vano se proclama antirealista filosófico. Coleman no arranca de unas estructuras ontológicas de las relaciones humanas que sitúe como molde con el cual medir la adecuación o pertinencia de las regulaciones jurídicas. No hay un orden necesario o “natural” del mundo y de las sociedades. El liberalismo político de Coleman le lleva a admitir que son las interacciones sociales libres las que, en un contexto de protección de las personas y de respeto de sus libertades básicas, determinan el contenido de las regulaciones jurídicas y el modelo de organización social que ha de prevalecer. Se trata de resolver problemas prácticos de convivencia, y entre esos problemas está el de los accidentes, las desgracias y los daños debidos a la acción causal de otros. El derecho de daños, tal como lo conocemos hoy en el sistema continental o en los sistemas del *common law*, es uno de esos medios posibles para solucionar esa clase de problemas sociales.

Puesto que el derecho de daños y en especial la cuestión de la responsabilidad extracontractual existen acá o allá con unos u otros perfiles y características, Coleman trata de reconstruir su coyuntural e histórica naturaleza. Y lo que -en su opinión- descubre es que, tal como existe y lo conocemos, el derecho de daños tiene una estructura interna y ciertos elementos definitorios. Ese patrón interno básico es el que Coleman llama de justicia correctiva, a medias entre la descripción aristotélica y la innovación terminológica por obra del mismo Coleman.

No es que el derecho de daños tenga que existir necesariamente como tal, ni que tenga que existir así, conforme con los esquemas de la justicia correctiva. Lo que Coleman quiere explicar es que, aquí y ahora, en nuestros sistemas jurídico-políticos, el

(12) PAPAYANNIS, Diego M. (2009). *Fundamentos Económicos de la Responsabilidad Extracontractual*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 36 y ss., Capítulo II, “La Eficiencia”, en la cual distingue con precisión de la eficiencia que como término genérico y abstracto es ambiguo, modo que explicita cuatro posibles sentidos, es decir, cuando se alude a la productiva, a la optimalidad y la superioridad de Pareto, el criterio de Kaldor-Hicks y describir la maximización de la riqueza social como un intento de abandonar el utilitarismo del análisis económico.

derecho de daños existe y existe así. La justificación de su existencia y modo de existencia según la justicia correctiva es, en Coleman, de carácter pragmático.

Damos, pues, con el pragmatismo de Coleman. No es instrumentalismo, en cuanto a que sus fines estén prefijados y se trate de una herramienta para esos fines; este pragmatismo significa que el derecho de daños constituye un instrumento práctico y que, como todo instrumento social y político, debe depender y depende de decisiones políticas. El único límite, de tipo epistemológico, vendría a estar en esto: si el derecho de daños que tenemos y conocemos es así y se explica con los esquemas de la justicia correctiva, no podremos actualmente llamar derecho de daños a lo que no sea así y no se explique en su estructura y elementos según esos parámetros de la justicia correctiva. Pero este derecho de daños que se atiene a esquemas de justicia correctiva no forma parte de los elementos necesarios del mundo ni del orden necesario de cualquier organización social.

El de Coleman constituye un pragmatismo que puede considerarse analítico. Dada la práctica existente y hoy conocida del derecho de daños, Coleman descompone sus piezas, las examina y describe, mira cómo se interrelacionan y nos viene a contar que, si ahora el derecho de daños es así, lo que no sea de ese modo no será, hoy, derecho de daños. Podrá ser otra cosa, podrá tener como principio rector otro modelo de justicia u organización y gozar de la misma legitimidad siempre que sea el resultado de una decisión social y política en una sociedad libre que trate de proteger a las personas y sus derechos e intereses principales. Así se explica que el rechazo de Coleman al análisis económico del derecho de daños que -según opina- ofrece una mala explicación de lo que hay, no en razón de que con la filosofía política que subyace a la misma sea sólo una la necesaria condición: aquella de maximizar beneficios sociales.

V. Análisis de una teoría que privilegia la justicia distributiva

Aunque es posible afirmar que el AED es un referente del instrumentalismo dentro de la filosofía del derecho de la responsabilidad extracontractual, es concebible un instrumentalismo o funcionalismo diverso en tanto presenta una mayor orientación vinculada con axiomas filosófico-políticos distintos. En ello, y contrariamente al carácter monista de las dos teorías anteriores, la propuesta se caracteriza por una versión pluralista, contextual y progresiva con un específico enfoque prospectivo al observar al derecho como medio para alcanzar determinadas metas sociales y morales.

En concreto, cabe establecer que su objetivo es formular un modelo de justicia social que permita propiciar y consolidar un ideal más equitativo. Para ello, formula una importante crítica a la concepción actual de los efectos distributivos en los estudios caracterizados precedentemente respecto del derecho de daños. Como siempre, en términos generales, quienes participan de estas ideas relativizan los conceptos jurídicos y también, sus regulaciones como instrumentos para alcanzar ese logro.

Bastaría sostener que el objeto de sus propuestas no radica tanto en la eficiencia o en la necesidad de maximizar ciertos resultados económicos globales, sino más bien dirigirse a la forma de modelar una sociedad que pueda guiar sus acciones mediante criterios de repartición efectivos y más equitativos respecto en la forma de distribuir la riqueza, los bienes u oportunidades, así como el grado de bienestar que efectivamente se logre con ello. Tal es la vía de análisis que eligen teóricos recientes e importantes, como el caso de Tsachi Keren-Paz (13).

Este teórico muestra con precisión la existencia de un reflexivo debate respecto a la forma de determinar el marco teórico-conceptual de la responsabilidad extracontractual. Esto así, porque esa cuestión no se presenta de igual modo con relación a otras áreas del derecho al presentar no sólo estudios específicos de Filosofía del Derecho, sino también la influencia de desarrollos importantes de la Teoría Social (14). Afirma que la causa que produce esta situación radica en que, en parte, en el derecho de daños persisten diversos valores en sus enunciados de responsabilidad usados para describir objetivamente el tipo de sociedad en la que se prefiere vivir (15). De este modo, se indica la necesidad de establecer un cierto equilibrio entre esos valores que sirven de fundamento y resguardo a la autonomía de las personas y otros, que la contraponen con la necesidad de lograr un mayor altruismo que tenga en cuenta a todos los demás.

Estos debates provocan que el ámbito de relevancia para los casos de responsabilidad extracontractual termine siendo más extenso, porque el adjetivo calificativo que se agrega a esa expresión, se ajusta mejor al uso habitual de ella, es decir, para indicar que el evento dañoso se produce en una interacción social en la cual no opera la misma lógica de los eventos que se producen dentro de un ámbito estrictamente contractual.

Se indica en la exposición de Keren-Paz que, desde la definición de la justicia distributiva formulada por Aristóteles, ella se apreció como una forma de distribuir beneficios y cargas entre quienes integran un grupo y que ella tenía que determinarse conforme a determinados criterios, tales como el mérito, las necesidades, la igualdad y el *status*, entre otros (16). El problema es que Aristóteles no se comprometió en tal tipo de jus-

(13) KEREN-PAZ, Tsachi (2016). *Derecho de Daños, Igualdad y Justicia Distributiva*, Marcial Pons, Buenos Aires.

(14) Ver al respecto PROSSER, W. L. (1971). *Handbook of de Law of Torts*, 4ª edición, St. Paul, pp. 14-15.

(15) Ver: MAGALIT, Avishai, (2010). *La sociedad decente*, Paidós Ibérica, en la cual se construye con un sentido filosófico moral que tal tipo de sociedad resulta ser aquella cuyas instituciones no humillan a las personas sujetas a la autoridad y cuyos ciudadanos no se humillan entre sí. Requiere para ello, establecer una vía contraria al ideal de sociedad que sólo busca el equilibrio entre libertad e igualdad, sino más bien, que se proponga superar el actual tipo de sociedad en las que priman indignantes humillaciones que hacen difícil o imposible la convivencia.

(16) ARISTÓTELES, (2001). *Ética a Nicomaco*, Introducción, Traducción y Notas de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid, pp. 18-19 y Libro I, pp.47 y ss. y Libro III, pp. 94 y ss. Al respecto, también: MACINTYRE, Alasdair, (2001). *Justicia y Racionalidad - Conceptos y Contextos*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, pp. 10-27 y 336-371.

ticia y simplemente expresó que toda forma de distribuir dependía de la concepción política de lo bueno que cada uno pudiera tener. Tal vez por esto, actualmente se siga deliberando sobre cuál puede ser la estructura social que determinan quienes en ella participan y del mismo modo, cuál puede ser su objeto y cuál el criterio que corresponde establecer para servir de guía en las distribuciones de bienes que se estime correcta.

No se presenta en esta teoría ninguna proposición que considere concluido tal debate, en orden a la existencia de cierta sensibilidad frente a la equidad dentro del derecho de la responsabilidad extracontractual. Claramente se admite que esta teoría se encuentra en sus primeras etapas de conformación y que el argumento de que exista una distribución equitativa de los bienes, es de carácter normativo y no descriptivo. Esto es así, porque su objetivo no es mostrar ni refutar aquello que, en la actualidad, tienen en cuenta los tribunales sobre ese tipo de sensibilidad como un propósito específico del derecho de daños; y tampoco, la importancia por asumir tal compromiso. Sólo se adjudica una defensa de tal postura normativa citando cuatro habituales argumentos contrarios a promover la igualdad por medio del derecho privado, es decir, concretamente: su falta de legitimidad, su aleatoriedad, el coste excesivo y la ineficacia de la propuesta.

En forma simplificada, respecto de la primera crítica ellas expresan cuatro argumentos para que fracase. En primer término, ellos sostienen que corresponde *evitar tal tipo de redistribución por ser neutral y apolítica*. Frente a este planteo, se responde que la naturaleza política del establecimiento de reglas por parte del Poder Judicial resulta inevitable y que la modificación legislativa, constituye lo adecuado para las normas de responsabilidad extracontractual cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia. Ella también satisface que se evite toda dificultad relacionada con la ausencia de rendición de cuenta por parte del Poder Judicial y, para finalizar, que toda deficiencia en la distribución judicial, se puede también llegar a compensar, mediante un posible resultado superior en la distribución, conforme a una justicia de carácter sustantivo (17). Así, se afirma que, conforme a esta idea, “el Poder Judicial y el Poder Legislativo conforman un diálogo, lo cual es suficiente defensa contra la acusación mayoritaria para la práctica de la revisión judicial” (18).

En orden a su *aleatoriedad* aun cuando se reconoce que “la redistribución integral progresiva de la sociedad es deseada, el análisis busca responder a quienes, debido a la aleatoriedad, rechazan el uso de la responsabilidad extracontractual o de un modo más amplio, el derecho privado, como medio adecuado de redistribución” (19). Si

(17) Estas críticas que se le han formulado a la teoría en cuestión, encuentran refutaciones específicas para una defensa de asignar a su teoría una postura normativa (V. KEREN-PAZ, Tsachi, ob. cit., pp. 44 y ss.).

(18) V. HOGG, P. W. - BUSHELL, A. A. (1997). “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures”, 35 *Osgoode Hall JL*, 75.

(19) KEREN-PAZ, Tsachi, (2016). Ob. cit., p. 56.

bien se admite esa dificultad, se asume que la medida es progresiva, y que la deseable distribución con esa característica, también debería ser considerada como un objetivo específico del derecho de daños.

Otros aspectos de las críticas formuladas a esta postura y que aluden al *eventual coste excesivo* de esta propuesta, no resultan convincentes en tanto el equilibrio entre lograr con ella determinadas metas y llegar a una mejor, resulta inevitable. Esto así, porque *a priori* no hay certeza de que, con esta última, se logre un mayor grado de igualdad, y finalmente, se reconoce como convincente la crítica por su supuesta ineficacia, en tanto “(l)as limitaciones estructurales de las normas del derecho privado, como la sobre-inclusión y la sub-inclusión generada por las normas y la posibilidad de que sus destinatarios eludan el resultado deseado, solamente limitan, mas no impiden el logro de dicho resultado distributivo” (20).

Respecto del enfoque de la justicia correctiva de Weinrib y Coleman al afirmar que la normatividad de la responsabilidad extracontractual que en ella se funda debe ignorar motivaciones y consecuencias distributivas e incluso, toda cuestión vinculada al principio de igualdad, termina constituyendo un modo de enfocar ese tipo de justicia en una correlación entre el deber de quien actúa y el derecho de quien lo sufre. Que todo ello, encuentra fundamento en la agencia e imponen responsabilidad conforme a la actividad que provocó la interacción de las partes, haciéndolo en el estatus previo al acto dañoso (21). De allí, que cuestionar al presupuesto de aleatoriedad tiene la característica de comparatividad que puede aceptar que una redistribución generada por las normas de responsabilidad extracontractual sea aleatoria. Por eso, al responder al planteo normativo de que el *status quo* resulta más justo que una distribución progresiva parcial, se sostiene que “el interés de quienes participan en una distribución carente de identificación aleatoria -interés en una igualdad horizontal-, es más deseable que una redistribución parcial en sí misma - el logro de la igualdad vertical-” (22).

De modo que, en breve síntesis, la estructura básica de tal justicia distributiva se conformaría: i) Quiénes participan en la distribución; ii) Cuál será el objeto a distribuir, y finalmente, iii) Cuáles serán los criterios de distribución.

Con relación a la primera cuestión en el contexto de la responsabilidad extracontractual se acredita que, desde una perspectiva correctiva, ella se involucra con quienes son litigantes en la forma de un proceso bilateral. Ahora bien, si se la

(20) KEREN-PAZ, Tsachi (2016). Ob. cit., p. 98.

(21) PORAT, A. T. - STEIN, A. (2001). *Tort Liability Under Uncertainty*, 2ª edición, Boston, p. 197.

(22) KEREN-PAZ, Tsachi (2016). Ob. cit., pp. 60-61, donde el expositor indica el siguiente argumento: “Así como los redistributivistas consideran injusto que algunas personas se hagan ricas por tener buena suerte, deben aceptar que sería injusto que solo algunos, y no todos, sean privados de la riqueza no merecida por tener la mala suerte “de ser víctimas no indemnizadas de accidentes o lesiones”. V. GOODIN, Robert E., (1991). “Compensation and Redistribution,” en J.W. Chapman (ed.), *Compensatory Justice Nomos XXXIII*, Nueva York, p. 162.

describe desde una perspectiva instrumental, es decir, respecto de los efectos de la norma sobre los litigantes, incluye a todos los individuos que son afectados por la norma y también es posible, que involucre a terceros. En este nivel se acredita una tendencia a considerar, como un aspecto importante, revisar los efectos distributivos que las normas jurídicas específicas deberían tener en cuenta respecto a la identidad del grupo, de las personas físicas que participan y pueden ser afectados por ella. Un enfoque que privilegie la igualdad requiere considerar las maneras en que esas normas afectan a los integrantes del grupo menos privilegiado.

En orden al tema del objeto de distribución cabe tener en cuenta que las normas específicas también distribuyen bienes que no son tangibles; que ella puede afectar la distribución de uno o varios bienes; y finalmente, que determinados bienes a distribuir pueden derivar de otros cuya distribución puede ser más evidente. En este último sentido, se indica que este tipo de distribución de bienes puede incluir a la libertad negativa o positiva, a un trato digno y, además, respecto de cierto estatus y poder social, de control como seguridad individual respecto de riqueza y responsabilidad social.

El principal motivo dentro del ámbito de la justicia distributiva consiste en determinar cuál o cuáles son los criterios que deberían guiarla. Así, los enfoques monistas acentúan los derechos, la igualdad, las necesidades y el merecimiento. Por su parte, los enfoques igualitarios comparten la idea de que quienes participan en la distribución deberían obtener cada beneficio con fundamento en el concepto de igualdad. Todas ellas comparten un compromiso hacia un tipo de distribución que pueda reducir la desigualdad en lo que refiere a la titularidad del derecho en cuestión por parte de quienes participan.

A su vez, programas fundamentados en las necesidades otorgan prioridad a proveer a los individuos ciertas necesidades básicas -como alimento, refugio y un mínimo nivel de dignidad- más allá de la satisfacción de preferencias de otro tipo, que algunos expositores incluyen también como preferencias de aquellos más necesitados.

Posturas en favor del merecimiento parten de la premisa de dar a cada uno lo que merece, pero se advierten diferencias en orden a la extensión, origen y detalles del merecimiento. Así, por ejemplo, existen diferencias de enfoques como tomar de referencia el esfuerzo, el talento o el resultado y son muchos los que consideran que debe encontrarse fundado en decisiones autónomas del sujeto.

Por último, el enfoque pluralista y contextual estima que el criterio aplicable a la distribución resulta contextual y contingente. No existe para ellos un solo criterio aplicable en cualquier circunstancia y su procedencia, en parte, depende, de la naturaleza de los objetos a distribuir y del reparto que puede encontrarse controlado por una síntesis de diversos criterios. Si se observan las teorías comprometidas con la igualdad todas suponen que la igualdad y la necesidad son criterios importantes a la hora de la distribución. Por el contrario, los enfoques pluralistas suponen que estos criterios tienen que alcanzar cierto equilibrio respecto de otros criterios, entre los que se destaca

el merecimiento, el que, en la responsabilidad extracontractual, resulta paralelo al concepto de culpa.

Los dilemas de quienes proponen un trato igualitario se presentan con la necesidad de promover, en primer lugar, la igualdad; y en su caso, cuál es el concepto de igualdad que se promueve y sus motivos. Respecto del primer problema, existe una distinción básica en la tipología de distintos enfoques entre lo que se conoce como *igualdad de oportunidades* e *igualdad de resultados*. La primera se ocupa de asegurar la igualdad de los que participan en el punto de partida, mientras que la segunda, se concentra en asegurar iguales resultados finales.

Otra distinción que se advierte en la literatura sobre la igualdad es la que se observa entre *nociones formales* y *sustantivas* de la igualdad. La primera de ellas se define como aquella sensible a distintos puntos de partida de quienes participan y como consecuencia, priorizan tener en cuenta las diferencias al tiempo de distribuir los derechos en cuestión. Otra distinción, como señala Nancy Fraser, se advierte entre la *injusticia socio-económica* (distribución injusta de la riqueza social) y la *injusticia cultural* que alude al reconocimiento y el estatus de los miembros de los grupos menos privilegiados de cada sociedad (23). Pese a ello, se piensa que el derecho de la responsabilidad extracontractual sólo puede ser un componente parcial de la agenda progresiva y, a su vez, que no puede jugar un rol principal en el desarrollo del objetivo del igualitarismo.

Es obvio que para concluir el presente se impone destacar que todo este desarrollo que he efectuado tiene el sentido de poner a consideración de quien se encuentre interesado, sobre la diversidad de propuestas respecto del fundamento que cabe otorgar al instituto de la responsabilidad extracontractual y para ello, hacerlo teniendo en cuenta los más importantes desarrollos teóricos tanto de la Teoría como de la Filosofía del Derecho, cuestión que dejo abierta para su evaluación crítica y para un ulterior debate respecto de esta relevante forma de argumentar sobre la mejor justificación para esta importante esfera del derecho privado de daños.

(23) FRASER, N. (1997). *Interruptus de la justicia: reflexiones críticas sobre la condena postsocialista*, Nueva York.