

# FUNDAMENTOS Y RAZONES QUE EXPLICAN LA PRÁCTICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL\*

FOUNDATIONS AND REASONS THAT EXPLAIN THE PRACTICE  
OF CIVIL LIABILITY

*María del Carmen Cerutti\*\**

**Resumen:** La inquietud que motiva este trabajo es presentar dos modelos "bilaterales", los que, con distintos argumentos, ofrecen razones que explican la práctica de la responsabilidad civil: el modelo de los Principios de Justicia, por un lado, y el del Análisis Económico del Derecho, por el otro. Ambos tienen enfoques diferentes, siendo el modelo de los principios de justicia -tanto la distributiva como la correctiva- por las razones que se exponen, el que explica mejor la práctica de la responsabilidad civil y las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil - Sistemas de reparación - Principios de justicia - Normas del Código Civil y Comercial.

**Abstract:** The concern that motivates this work is to present two "bilateral" models, offering reasons that explain the practice of civil liability with different arguments: the model of the Principles of Justice, on one hand, and the Economic Analysis of Law, on the other. Both have different approaches. The model of the principles of justice -both the distributive and corrective action- for reasons which are exposed, better explains the practice of civil liability and the rules of the Civil Code and Commercial of the Nation.

**Keywords:** Civil liability - Repair systems - Principles of Justice - Rules of the Civil and Commercial Code.

\* Trabajo recibido el 11 de marzo de 2019 y aprobado para su publicación el 3 de abril del mismo año.

\*\* Abogada y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Investigadora SECyT, categoría II, Miembro Titular del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Profesora Titular Encargada de Derecho Privado I, Profesora Adjunta por concurso de Derecho Privado VII (Derecho de Daños). E-mail: mariadelcarmencerutti@gmail.com.

**Sumario:** I. Introducción. II. Desarrollo: a. Distintos puntos de vista. b. Sistemas de reparación de daños. c. Estructura normativa de la responsabilidad extracontractual. d. Justicia distributiva y justicia correctiva. Dos modos de ordenar la sociedad. III. Mirada a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

La idea de abordar este tema comienza con el último Proyecto de Investigación presentado en la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba (SECyT-UNC) cuyo tema fue: "Fundamentos y razones para atribuir responsabilidad en la función resarcitoria del derecho de daños". En la investigación nos dedicamos a la función resarcitoria porque el art 1711, última parte, del Código Civil y Comercial (en adelante CC y C), respecto a la función preventiva establece que: "... (n) o es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución" y el proyecto mencionado apuntaba a trabajar los factores de atribución y en especial el subjetivo en razón de lo dispuesto en el artículo 1721 CC y C, última parte: "... (e) n ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa", o sea, la culpa funciona como norma de cierre.

Luego, y avanzando con lecturas de autores que incurren en la responsabilidad civil y con especial referencia a la extracontractual, surge la inquietud de superar el análisis de los factores de atribución, y abordar los distintos análisis que se sugieren en torno a la comprensión y mejor justificación de la práctica de la responsabilidad civil, pero desde el punto de vista de la teoría general y filosofía del derecho. Los aportes -desde esta perspectiva- son abundantes y la pregunta sobre la justificación para atribuir responsabilidad resulta más que atractiva, sea moral, penal o civil. A esta última dedico este aporte y con referencia a la extracontractual, porque en la contractual, la justificación para reparar daños deviene del incumplimiento de un convenio o acuerdo que ligó jurídicamente a las partes.

A diferencia de lo que ocurría con la teoría de la responsabilidad penal y la justificación del castigo, cuyo estudio no se limitaba a los profesores de derecho penal, sino que también llamaba la atención de los teóricos del derecho como Hart y los filósofos en general como Feinberg, el derecho privado era considerado un tema de menor importancia. Por ejemplo, ni la filosofía del derecho, ni el derecho civil, habían estudiado y sacado provecho de las categorías de justicia distributiva y justicia correctiva de Aristóteles. Hasta que Jules Coleman publica en 1992 *Riesgos y daños* y sus insinuaciones sobre el papel de la justicia correctiva en el derecho de daños y sus cambios de postura, generó un debate profundo y esclarecedor e incentivó a muchos teóricos a pensar en estos problemas y ello ha contribuido a refundar la filosofía del derecho privado. En la última parte del libro, Coleman se manifiesta en contra de cualquier interpretación de la responsabilidad extracontractual que tenga que ver con la eficiencia y sostendrá que la reparación

de daños es una cuestión de justicia correctiva. Desde otro punto de vista, Calabresi desarrolla la teoría del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) en 1991, cuyo eje central es el principio de eficiencia y la reducción del coste de los accidentes. En Argentina podemos citar a excelentes teóricos, tal el caso del Profesor Dr. Acciardi que es partidario de las teorías del AED y de los Profesores Dres. Diego Papayannis y Carlos Rosenkrantz que se dedican al análisis de la justificación y de dar razones para atribuir responsabilidad civil extracontractual. De allí que mi inquietud es no situarme en un análisis dogmático de reglas del CCyC, sino en avanzar en cuáles son las razones que mejor justifican la atribución de responsabilidad y luego bajar al CCyC e intentar dar cuenta de que teoría subyace en las normas que atribuyen responsabilidad.

## II. Desarrollo

Papayannis -autor a quien más he seguido en su vasta producción- en *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, comienza diciendo: "La pregunta más básica de la filosofía de la responsabilidad extracontractual es: qué explica el deber de compensar los daños que causamos a otros. Esta cuestión ha sido abordada desde dos perspectivas bien diferentes. Por un lado, los partidarios del AED adoptan una visión instrumental de las prácticas jurídicas y adscriben a la responsabilidad civil el objetivo de reducir hasta un nivel razonable el coste de los accidentes. Por otro lado, los teóricos de la justicia correctiva, en cambio, sostienen que la práctica cobra su mayor sentido cuando se la interpreta a la luz de la rectificación de las interacciones injustas. La moral interna de la práctica está asociada a la justicia entre particulares y no al logro de objetivos sociales"<sup>1</sup>. Papayannis realiza "una evaluación crítica de ambas teorías (AED y justicia correctiva) y defiende un enfoque plural, de acuerdo con el cual el derecho de daños implementa un conjunto de consideraciones *distributivas* y *correctivas* que solo pueden comprenderse totalmente cuando se advierte la importancia conceptual de los derechos y deberes de indemnidad en la regulación y la rectificación de las interacciones privadas"<sup>2</sup>. Y esta es la postura por la que me inclino, porque bajando luego a las reglas del CCyC entiendo que este enfoque plural de principios distributivos y correctivos son los que subyacen y mejor justifican la atribución de responsabilidad. Ahora para arribar a esta conclusión, previamente es necesario tratar varias cuestiones.

### a) Distintos puntos de vista

La pregunta es: ¿Qué teorías explican y comprenden mejor la justificación de la práctica de la responsabilidad civil? Por un lado, las teorías del AED y, por el otro, teorías basadas en principios de justicia, cada una con distintas variantes. La primera aclaración es entender que el AED y las teorías basadas en principios de

---

(1) PAPAYANNIS, Diego M. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2014, portada.

(2) PAPAYANNIS, Diego M. Ob. cit.

justicia, no tienen por qué ser rivales, sino que pueden convivir pacíficamente, porque se trata de explicaciones de distinto tipo o con otro enfoque. El AED es una explicación externa funcional, mientras que las teorías de justicia distributiva y de justicia correctiva son explicaciones conceptuales que privilegian el punto de vista del participante. O sea, se centran en dimensiones diferentes de las prácticas sociales.

Así las teorías de justicia correctiva pretenden explicar el fenómeno de la responsabilidad extracontractual, atendiendo a la perspectiva de los participantes, el punto de vista interno de Hart (tomar a las reglas como guía o pauta de conducta). Vale recordar que las reglas de la responsabilidad civil extracontractual son no optativas para Hart, su incumplimiento deviene en sanción, distinto a las reglas que confieren facultades que si no se cumplen no generan sanción sino que no producen efectos. En cambio, el AED puede ser interpretado como un tipo de explicación diferente, no toma en cuenta el punto de vista interno del participante de la práctica, sino el *sentido económico* que la práctica pueda tener, o sea apunta a una de las funciones del derecho, 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, se puede argumentar que la mejor explicación de la perspectiva del participante está dada por la justicia correctiva, sin que ello implique negar que la responsabilidad extracontractual reporte ciertos beneficios para la comunidad, medidos a partir de su tendencia al principio de eficiencia, y reducir el coste de los accidentes.

Ambas teorías pretenden dar sentido a distintos aspectos de la responsabilidad: *los principios de justicia dan sentido normativo al patrón de la práctica*, mientras que *el AED llama la atención sobre sus efectos positivos externos*. O sea, el AED no explica -incluso sería desorientador que lo hiciera- el punto de vista interno a la luz del principio de eficiencia<sup>3</sup>. Ya adelante que *compensar* es un término que puede tener diversas acepciones, así algunos entienden que podemos *compensar* a los efectos de proveer a la gente con iguales medios para perseguir los mismos fines. Por otro lado, podemos *compensar* para ayudar a la gente a efectos que persiga otros fines de una manera que los deje en la misma situación en la que estarían si no hubiesen sufrido ningún daño. Se sugiere que la justicia correctiva debe satisfacer el segundo concepto. El AED adopta una concepción económica de la justicia correctiva, siguiendo un criterio eminentemente económico para decidir qué daños deben ser soportados por las víctimas y cuales compensados por quienes los han causado. Sostienen que las reglas de la responsabilidad extracontractual deben ser concebidas como instrumentos al servicio de la eficiencia, postura de Posner y Calabresi y, en Argentina, de Jorge Eduardo Bustamante ("Análisis Económico de la Responsabilidad Civil", en *Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*).

---

(3) Estas ideas son expuestas por Papayannis en ob. cit., pp. 21-22.

En cambio, los principios de justicia y una concepción de la justicia correctiva *compensatoria* disocia la obligación de compensar de la culpa del agente, y "sólo afirma que debemos compensar aquellos daños que causamos"; o sea se inclinan por otra explicación del patrón justificatorio que subyace en la responsabilidad extracontractual y este es el aspecto al que me dedico, dejando la concepción basada en el principio de eficiencia y los beneficios que pueda reportar a la comunidad.

En base a lo hasta aquí expuesto, asumo la postura que tiene en cuenta el punto de vista interno de los participantes de la práctica y una concepción de la justicia correctiva *compensatoria*, por lo tanto, no adhiero al principio de eficiencia y una concepción de la justicia correctiva de carácter económico. Si bien pueden convivir, se trata de enfoques diferentes.

### ***b) Sistemas de reparación de daños***

En la reparación de los daños tenemos sistemas "bilaterales" en los que, a efectos de la reparación, existe un vínculo normativo entre el agente dañador y la víctima. El AED y la concepción del principio de justicia correctiva son sistemas bilaterales. Pero también las sociedades se pueden decidir por un esquema diferente, por ej. el neozelandés, en el cual determinadas clases de daños (sobre todo las consecuencias de los accidentes) son asumidos directamente por el Estado, valiéndose de fondos comunes de compensación creados con ese propósito. En este sistema el fundamento del reclamo al Estado es distinto al razonamiento que la víctima esgrime contra el agente dañador en los sistemas bilaterales. En esta práctica -como la neozelandesa- seguramente apelan a principios diferentes, y no a la justicia correctiva.

En los sistemas "bilaterales", argumentan que en la reparación de los daños subyacen principios de justicia correctiva; es fundamental que en la práctica los participantes vean o tomen a las reglas como guía o pautas de conducta y esto es lo que no puede explicar el AED. Si bien, mediante el argumento de atribuciones de responsabilidad -que impone 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. Ahora la responsabilidad extracontractual bajo la lupa de la concepción de principios de justicia, tiene otra dimensión que escapa al AED, porque las reglas no son solo un mecanismo para asignar pérdidas, sino que cumplen una función de guía de conducta y la distinción entre acciones correctas e incorrectas es fundamental. El AED, que también es un sistema bilateral, pero funciona con el binomio eficiente/ineficiente y la concepción de justicia que asumen es económica, reemplaza el binomio correcto/incorrecto por eficiente/ineficiente lo que distorsiona el carácter normativo de la práctica.

En cuanto a los factores de atribución, en los sistemas bilaterales existen varias alternativas para explicar la coexistencia de ambos, esto es, la culpa como factor subjetivo y los factores objetivos fundados en su mayoría en el riesgo. La culpa o negligencia se refiere a la violación de un estándar de comportamiento establecido jurídicamente (artículo 1724, CCyC). 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. En tanto, conforme con las reglas de responsabilidad objetiva, la obligación del agente no se funda en el incumplimiento de un estándar de conducta. Los fundamentos pueden basarse en el riesgo propio de la actividad que realiza el agente o en la peligrosidad de los objetos de que se sirva. Los autores toman partido por uno u otro y las razones para explicar la coexistencia de ambos factores son distintas. Existen varias alternativas: que la responsabilidad civil se fundamenta en la culpa del agente y la responsabilidad objetiva es una extensión de la regla de la culpa. Para otros la responsabilidad objetiva es algo distinto de la culpa, pero entienden que la culpa es el factor de atribución principal y la objetiva una excepción justificada (Orgaz, 1970<sup>4</sup>). Para otros es a la inversa: afirmar por un lado que toda la responsabilidad es objetiva y que la culpa es una forma particular de causación (Epstein 1973). Por su parte Rosenkrantz se inclina por el principio de la responsabilidad estricta, que a su entender es el pivote de la responsabilidad civil, en tanto nos obliga a hacernos responsables de las consecuencias de todas nuestras acciones, independientemente de que ellas hubieran sido o no reprochables<sup>5</sup>. Otra estrategia es la *integradora*, propuesta por Papayannis, en este sentido sostiene que la culpa y la responsabilidad objetiva encajan en un esquema coherente de justificación de la responsabilidad civil sin reducir una forma a la otra, entiende que la regla de la culpa y la de responsabilidad objetiva son dos maneras de delimitar, con algún criterio de justicia distributiva, los derechos y deberes de indemnidad de las partes. Expresa que la responsabilidad extracontractual no está organizada en la noción de culpa, ni en la de responsabilidad objetiva. En lugar de ello, tiene como concepto central la violación de derechos y deberes de indemnidad y su rectificación mediante la justicia correctiva<sup>6</sup>. Si bien el CCyC en el artículo 1721 establece que: "... (e)n ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa". O sea, la culpa funciona como factor de atribución de cierre, o regla de cierre del sistema.

En tanto los *reduccionistas* intentan mostrar que tanto la culpa como la responsabilidad objetiva derivan de la aplicación de otro principio más fundamental y el AED adopta esta estrategia y explica las reglas de responsabilidad en términos de *eficiencia* (Posner). Así, las reglas de 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

---

(4) Idea expuesta por Alfredo ORGAZ en *La culpa (actos ilícitos)*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1981, pp. 27-30, luego de un exhaustivo análisis de la evolución de la doctrina de la responsabilidad.

(5) ROSENKRANTZ, Carlos F. "En defensa de la responsabilidad estricta. Una revisión crítica del Tratado de Responsabilidad Extracontractual de Enrique Barros Bourie", *Estudios Políticos* 112, primavera 2008 (www.cepchile.cl), consultado el 28 de septiembre de 2018.

(6) PAPAYANNIS, Diego M. (Ed.). *Derecho de Daños, principios morales y justicia social, Cap. IV Justicia correctiva, bienestar y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp.123-124. También del mismo autor, *Comprensión y justificación...*, ob. cit., p. 22.

el *objetivo social* de reducir el coste de los accidentes a un nivel razonable. El AED cambia el foco de la discusión: los daños ya no son un problema privado, respecto del cual el Estado cumple una función subsidiaria, o sea cuando las partes involucradas en la interacción dañosa no logran solucionar su conflicto, el Estado -mediante el sistema judicial- interviene para hacer respetar los términos adecuados y justos que regulan las relaciones entre particulares. Esto porque los partidarios de la postura del AED entienden que la producción de daños es un problema social. De esto se sigue la distribución de pérdidas y el principio de eficiencia y el problema social que debe resolver el Estado es si deben privilegiarse los intereses de uno o prevalecer los intereses del otro. Socialmente corresponde evitar el daño más grave y para ello se debe determinar qué se gana y qué se pierde. Aunque el AED puede dar cuenta del aspecto asignativo de las reglas de responsabilidad, no es capaz de captar la dimensión reguladora de la conducta como guía o pauta a seguir.

Por lo expuesto hasta ahora, asumo el siguiente marco teórico: 1) Nos referimos a un sistema "bilateral" de responsabilidad, donde compiten para justificar la atribución de responsabilidad, por un lado, la postura que argumenta en base a principios de justicia y por otro lado se argumenta en base al principio de eficiencia (AED). 2) Quienes nos inclinamos por los principios de justicia, entendemos que el AED no logra captar la dimensión que las reglas influyen en la conducta como guía o pauta, porque diluye la distinción entre corrección e incorrección de las acciones. 3) Para atribuir responsabilidad sabemos de los elementos que deben darse: causar daño, realizar una acción u omisión sujeta a responsabilidad, relación causal y *factor de atribución explicados de una manera integradora*.

### ***c) Estructura normativa de la responsabilidad extracontractual***

En los ordenamientos modernos, además de los derechos y deberes relativos a la compensación del daño sufrido, en general se incorpora un deber de no dañar a otros en ciertas circunstancias (artículo 1716 CCyC). Ese deber consiste -por un lado- en no causar daños a otros y -por el otro lado- en un derecho a no sufrir ciertos daños, son *derechos y deberes primarios*. El AED puede explicar bien la estructura correlativa de los derechos y deberes de compensación, pero no los derechos y deberes primarios. Ahora la pregunta es si tal deber de no dañar existe en la práctica.

Para argumentar si tal deber existe, conviene recordar que en la segunda mitad del siglo XX se produjo un cambio de paradigma en la disciplina, evolucionando desde "una deuda de responsabilidad hacia un crédito de indemnización". Expresa Papayannis<sup>7</sup> que el modelo sancionador, articulado en torno a la culpa del agente dañador, mutó hacia un modelo reparador que se preocupa centralmente por la

---

(7) PAPAYANNIS, Diego M. en *Comprensión y justificación...*, ob. cit., pp. 122-123.

compensación a la víctima, más allá de la calificación que merezca la conducta del causante del daño. *El modelo sancionador se centra mucho más en la noción de acción incorrecta que el modelo reparador, para el cual es más relevante la noción de daño.*

Según Papayannis, si bien es evidente que la responsabilidad civil evolucionó mucho, nunca fue solamente sancionadora, ni es ahora puramente reparadora. Esta diferencia es tomar ciertos rasgos de la responsabilidad, pero distorsiona la imagen general de la práctica, que es el centro de la escena<sup>8</sup>. Es así que delinea otro modelo que llama de la **interacción** y expone su pensamiento acerca del deber de no dañar. Considero que este modelo (de carácter bilateral) es el que mejor explica la práctica de la responsabilidad civil. Las ideas centrales, siguiendo al autor mentado, son:

- a) Los dos modelos se centran: el *sancionador* en el castigo por la acción incorrecta realizada por el agente, a su turno el *reparador* en eliminar la pérdida injusta de la víctima. O sea, son unilaterales y en este sentido, en el sancionador podría castigarse mediante multas civiles para recaudar fondos e indemnizar, también en el reparador se podría recurrir a un fondo común. Ambos son incapaces de dar cuenta del carácter relacional o bilateral del derecho de daños.
- b) *El carácter relacional o bilateral del remedio indemnizatorio establece una vinculación entre las razones que justifican la obligación de indemnizar y el derecho a ser compensado.* El fundamento de la pretensión de la víctima no es distinto del fundamento de la obligación del demandado. Los modelos sancionatorios y reparador son unilaterales. En cambio, el modelo de la interacción establece un vínculo normativo entre las facultades de la víctima para reclamar una indemnización y la obligación del agente dañador de brindar dicha indemnización. El modelo de la *interacción* refleja mejor la estructura normativa de la responsabilidad civil: la reparación del daño subsana o rectifica una interacción que fue injusta. La injusticia no se predica del daño, ni de la acción realizada, aisladamente consideradas, sino de la causación del daño en ciertas circunstancias que definen la injusticia de la interacción. El modelo de la interacción recupera el principio del *alterum non laedere*, ya que toda responsabilidad del agente se basa en la infracción de su deber de no imponer pérdidas injustas a la víctima.
- c) Los modelos bilaterales explican mejor la estructura normativa de la responsabilidad extracontractual y el deber de no dañar es fundamental porque incluye dos pares de derechos y deberes correlativos, esto es: "existe un deber de no dañar en ciertas circunstancias, correlativo con un derecho a no ser dañado (deberes y derechos primarios) y un deber de compensar

---

(8) PAPAYANNIS, Diego M. *en Comprensión y justificación...*, ob. cit., expone las objeciones que encuentra en cada modelo, pp. 123-128.

el daño causado, correlativo con un derecho a ser indemnizado (deberes y derechos secundarios). En tanto el modelo del AED prescinde del *alterum non laedere*, ya que en el paradigma económico no existe un genuino deber de no dañar, ni un derecho a no ser dañado, sino solo un deber de compensar y un derecho a ser compensado, teniendo en cuenta el principio de eficiencia. O sea, la idea de derechos y deberes primarios se torna prescindible, como elemento analítico, cuando se concibe al derecho de daños como un sistema orientado a brindar incentivos para la conducta eficiente.

*Deber de no dañar:* Retomando la pregunta de si el deber de no dañar existe en la práctica, se postulan argumentos en contra de la existencia de un deber de no dañar y argumentos a favor. Por mi parte asumo que un deber de no dañar es necesario para acomodar toda la práctica del derecho de daños. A continuación, se mencionan sucintamente dichos argumentos<sup>9</sup>.

*Argumentos en contra:* 1) El legislador no hace mención al *alterum non laedere*. 2) Un deber de no dañar absoluto haría que el mundo social fuere inviable, un recorte casi total a la libertad. 3) La práctica judicial no se ocupa de proteger a las víctimas mediante la evitación de riesgos. 4) Rosenkrantz<sup>10</sup> también considera que no existe un deber general de no dañar y que la obligación de compensar no se deriva de violar este deber, ni tampoco de otro deber como puede ser "el deber de debido cuidado". Argumenta que la antijuridicidad consistiría en no asumir las consecuencias de nuestros actos, mientras que la culpabilidad consistiría en infringir el estándar de debido cuidado. Sostiene que buena parte de la dogmática civil se ha articulado alrededor de la convicción de que existe una norma primaria y básica que nos prohíbe causar daños, si bien esta convicción no implica que nunca está justificado causar un daño. Para Rosenkrantz el deber de no dañar no es importante para entender la responsabilidad civil. La fuente de la responsabilidad contractual es la convención, pero en la extracontractual la relación de responsabilidad civil no tiene por antecedente un vínculo obligatorio que la anteceda, no existe ninguna obligación distinta a la de compensar el daño causado. Tampoco cree que la obligación de compensar se derive de haber violado el estándar de debido cuidado, ya que, en el derecho civil de casi todos los países, cada vez más casos se encuentran regidos por el principio de responsabilidad objetiva. Rosenkrantz apunta a los principios de responsabilidad estricta: que nos obliga a hacernos responsables de las consecuencias de todas nuestras acciones, independientemente de que ellas hubieran sido o no reprochables, esta responsabilidad nos trata como agentes

---

(9) Un desarrollo acabado de los argumentos a favor y los argumentos en contra lo proporciona Diego Papayannis, en *Comprensión y justificación...*, ob. cit., pp. 135-186.

(10) ROSENKRANTZ, Carlos F. "En defensa de la responsabilidad estricta...", ob. cit. En este trabajo, el autor se refiere especialmente a la culpa, a su objetivización, a la diferencia entre culpa y antijuridicidad, considera que la obligación de compensar no se deriva de la infracción a un deber de cuidado, entiende que la culpa no constituye el régimen "general y supletorio" de la responsabilidad civil, inclinándose por lo que llama responsabilidad estricta.

individuales, y entiende que si existe algún deber es "un deber moral que nos reclama que internalicemos las consecuencias de nuestras acciones o las consecuencias de nuestros actos y nos hagamos responsables por lo que hacemos y de ese modo liberemos a los demás de los costos que nosotros les imponemos".

*Argumentos a favor:* El argumento de las normas implícitas, que sostuve en mi trabajo de tesis, consiste en: el deber de no dañar puede ser afirmado como una norma implícita, a partir de nociones jurídicas como daño, antijuridicidad y deber, desarrolladas por la ciencia del derecho y de las cuales se vale el legislador, que sirven de vínculo conceptual entre las normas explícitas y las que se implican en ellas. *Crítica:* Proviene de Papayannis, que analiza el modelo de afirmar la existencia de una norma implícita que prescribe la obligación de no dañar, que propuse en el trabajo de referencia, y entiende que contiene un problema lógico. En este sentido considera que la obligación implícita es no dañar o en su caso indemnizar. Por lo que establecer un deber de no dañar no es plausible, para el caso que se dañe, reducirlo a una obligación alternativa de resarcir. Un genuino deber de no dañar es correlativo con un derecho a no ser dañado. Papayannis entiende el deber de no dañar (deber jurídico) no como coacción si se lo viola y sustituirlo a una obligación de indemnizar, sino que lo entiende como guía de conducta, o sea no toma a la coacción como definitiva del deber, sino que enfatiza el rol que cumplen las reglas en la guía de conducta y agrega que el principio *alterum non laedere* (más que derivarlo del material jurídico, que es mi propuesta) puede observarse directamente en el razonamiento práctico de los juristas<sup>11</sup>.

Papayannis<sup>12</sup> entiende que la cuestión relativa a la existencia de un deber de esta naturaleza (de no dañar) es interpretativa y que se puede reconstruir la práctica del derecho de daños tanto incluyendo el *alterum non laedere*, como excluyéndolo. Pero la práctica cobra más sentido con su inclusión, expresa que quienes niegan el *alterum non laedere* para explicar el deber de compensar no incurrir en ninguna contradicción, pero realizan una descripción inadecuada de la práctica. El autor mentado encuentra otro camino distinto al de la norma implícita, para afirmar el *alterum non laedere* y ofrece varias razones que deben ser evaluados comprensivamente.

*Razones: 1) Mundo normativamente ideal:* Si existe un deber de no dañar a otros, entonces es incorrecto dañar, asimismo, la producción del daño genera en los demás indignación y exige explicación por esa conducta incorrecta. La existencia de un deber de no dañar establecería que el mundo en que el daño no se produce es

---

(11) PAPAYANNIS, Diego M. en *Comprensión y justificación...*, ob. cit., pp. 144-149, analiza con detenimiento el problema lógico, que consiste en -la postura que asumo- suscribir la concepción kelseniana del derecho como orden coactivo y con ello heredo todas sus dificultades.

(12) PAPAYANNIS, Diego M. en *Comprensión y justificación...*, ob. cit., pp. 160-173, expone su pensamiento y argumentación, del cual ahora sólo se expresan las ideas centrales. Asimismo, las referencias a normas del CCyC me pertenecen.

normativamente ideal. 2) *Refuerzo del derecho penal*: Si dañar no estuviera prohibido, sino que lo injusto se configurara con la omisión de compensar el daño causado, ¿cuál sería el propósito de castigar penalmente muchas de las conductas que están abarcadas por la responsabilidad extracontractual? El derecho penal castiga ciertas conductas dañosas para evitar que los individuos traten el derecho a no ser dañado como si fuera un derecho a ser indemnizado. 3) *La prevención en el derecho de daños*. Es la nueva tendencia (artículos 1710 a 1713 CCyC). En caso que se concedan medidas cautelares o inhibitorias antes de que el agente infrinja su deber de no dañar, hay situaciones en que es difícil justificar su concesión sin vulnerar la libertad de acción. En casos difíciles, los jueces deben verificar la verosimilitud del posible daño. *Dilema que intenta abordar el derecho*: cómo proteger eficazmente a la víctima antes de que ocurra el daño, sin incurrir en una tasa de error judicial que coarte de manera injustificada la libertad de acción de los potenciales agentes dañadores. Ahora si sólo existe un deber de compensar los daños causados, ¿qué sentido tiene impedir ciertas actividades antes que el daño se produzca? Si no se asume el deber de no dañar es ininteligible la explicación. 4) *Razones subyacentes del deber de diligencia*: Ser diligente significa obrar con miras a satisfacer el estándar de diligencia, exige tomar ciertas medidas con miras a que no se produzcan daños a otros. El derecho puede brindar una guía explícita enunciando medidas *concretas* que contribuyen a la evitación de los daños (artículo 1724). En otros casos ordena genéricamente obrar como lo haría una persona razonable (buen hombre de negocios, buen padre de familia). En general se alude a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, que es una directiva genérica que requiere que el agente obre según un juicio al que arribeteniendo en cuenta diversas razones. El deber de diligencia guarda coherencia mayor con la existencia de un deber de no dañar, que con su inexistencia.

Se expusieron razones en contra (para negar) y razones a favor (para afirmar, sea por la vía de las normas implícitas o por inferirlo del razonamiento práctico de los juristas) la existencia de un deber jurídico de no dañar.

Por lo expuesto en el desarrollo del ítem precedente, asumo: la estructura normativa de la responsabilidad extracontractual está compuesta por un conjunto de derechos y deberes primarios y secundarios. Los primarios confieren a sus titulares la pretensión de no ser dañados por conductas negligentes, imprudentes, dolosas, o por exposición al riesgo en ciertas actividades. Estos derechos encuentran su correlato en el deber de no dañar mediante esas conductas. Por otra parte, una vez que los derechos y deberes primarios son vulnerados nace el derecho a ser indemnizado correlativo con una obligación de compensar a cargo del agente dañador. Si esto es así y la obligación de reparar siempre deriva de la vulneración de un derecho primario de la víctima correlativa con la infracción de un deber de no dañar, entonces siempre hay antijuridicidad, siempre está presente al infringir el deber de no dañar. Pero ¿qué pasa en casos de daños que se causan mediante una actividad lícita o en casos de daños justificados? ¿Podemos seguir afirmando que está presente la antijuridicidad porque se infringió el deber de no dañar?

En muchos casos de responsabilidad objetiva se condena al pago de una

indemnización por daños causados por el desarrollo de una actividad lícita. En estos supuestos no es antijurídico desenvolver una actividad lícita, aun cuando sea riesgosa, pero existe una exposición de riesgo. El CCyC dispone en el artículo 1757 que toda persona responde por los daños causados por actividades que sean riesgosas o peligrosas, que la responsabilidad es objetiva y que no son eximentes la autorización administrativa, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. O sea, no es antijurídico el desarrollo de la actividad, pero existe una exposición de riesgo y si se causa daño, se infringe el deber de no dañar y los únicos eximentes estarían en la ruptura del nexo causal. Pensemos por ejemplo en la diferencia entre conducir y atropellar: conducir es una actividad lícita y permitida y no está sujeta a responsabilidad, pero si el agente atropella infringe el deber de no dañar y esa acción de atropellar puede ser considerada antijurídica.

*En los daños justificados. Caso estado de necesidad. Razones no derrotadas.* Cuando el agente obra en estado de necesidad, el derecho le permite ponderar los distintos intereses en juego y decidir su acción con base al resultado de esa ponderación. Las razones para no dañar, no desaparecen por el hecho de ser superadas. Cuando las razones para no dañar a otro resultan derrotadas por las razones para dañarlo, la razón para no dañar fue derrotada, pero no se cancela. La pretensión de la víctima todavía conserva su fuerza y esto muestra que los derechos pueden ser vulnerados también con acciones justificadas. En CCyC en el artículo 1718 refiere a hechos justificados que causan daños y en el inciso c establece que los hechos que causan daños para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable (estado de necesidad) son justificados, pero el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

El estado de necesidad elimina la antijuridicidad, pero el deber de no dañar no desaparece, que puede ser incumplido cuando se obra con dolo, con culpa, con actividades riesgosas y por último con acciones justificadas.

*Conclusión:* La antijuridicidad no es presupuesto necesario de la responsabilidad extracontractual, ya que hay casos, como el estado de necesidad, en los cuales no se predica la antijuridicidad de la acción cometida, si bien subyace el deber de no dañar. Por ello para quienes suscribimos a la existencia del *alterum non laedere*, éste es el elemento necesario, conforme a ello puede separarse la antijuridicidad del deber de no dañar, ya que como se expresó, aun cuando las razones para no dañar a otro resultan derrotadas por las razones para dañarlo, la razón para no dañar no se cancela.

#### ***d) Justicia distributiva y justicia correctiva. Dos modos de ordenar la sociedad***

La *justicia correctiva* sólo da cuenta del aspecto subsanador o rectificatorio de la práctica, pero no de su aspecto distributivo. La *justicia correctiva* requiere que las normas que regulan las relaciones entre particulares estén dadas de antemano. Por definición, la *justicia correctiva* no puede dar explicación de esas normas.

Estas normas previas a subsanar los daños causados, son las que establecen

las reglas de responsabilidad: sea por culpa o responsabilidad objetiva y las excepciones como culpa de la víctima y otras, esta decisión de que reglas se establecen, pertenecen al ámbito de la *justicia distributiva*.

Tenemos entonces dos principios de justicia que subyacen en la responsabilidad extracontractual: por un lado, rectificar las interacciones injustas (justicia correctiva), y por otro lado, el contenido de las normas que establecen "derechos y deberes de indemnidad", es decir derechos a no sufrir ciertos daños y deberes de no causarlos, lo que constituye un ejercicio de justicia distributiva.

Para que opere la reparación, sabemos que deben darse ciertos presupuestos: a) que la víctima haya sufrido un menoscabo en sus intereses legítimos (daño: noción que puede tener una acepción amplia o más restringida); b) que el causante o demandado haya realizado una acción u omisión sujeta a responsabilidad; c) relación causal. La causalidad sabemos que supone un aspecto fáctico y otro normativo que depende de política jurídica que puede ampliar o reducir el alcance de la responsabilidad; d) factor de atribución que pueden ser de carácter subjetivo u objetivo. Estos últimos comprenden diversos tipos, si bien el *riesgo* de la actividad realizada es el que ha transformado la responsabilidad civil a partir del siglo XIX.

La distinción entre justicia correctiva y justicia distributiva la introdujo Aristóteles en *Ética a Nicómano*. La *distributiva* se aplica a "distribución de honores, dinero o cualquier cosa *compartida* entre los miembros de una comunidad". El objeto es repartir algún bien entre las personas que integran un colectivo según un determinado criterio<sup>13</sup>.

La *correctiva* "establece los tratos en las *relaciones entre individuos*". El objeto es regular las interacciones privadas de las personas.

La responsabilidad extracontractual puede ofrecer una interpretación según la cual se trata de *una práctica que articula dos formas de regular la vida social*. Por un lado, tiene un carácter distributivo, ya que las reglas de responsabilidad pueden ser evaluadas por sus efectos sobre la *distribución de ciertos derechos y deberes que definen los términos equitativos de las interacciones privadas y estos derechos y deberes son primarios: establecen el marco para las relaciones entre particulares*. Por otro lado, el aspecto más estudiado de la responsabilidad extracontractual es eminentemente *subsancador*: reparar los daños que nos causamos unos a otros. Para ello establece derechos y deberes de compensación, que se activan cuando se vulneraron los derechos y deberes primarios. Por eso *son secundarios* y esta rectificación es la llamada *justicia correctiva*. Rosenkrantz entiende que la justicia correctiva puede tener tres concepciones: La económica que es la que sostiene el AED, la retributiva (Fletcher, MacCormick, Weinrib) sostiene que debemos compensar las consecuencias de nuestras acciones incorrectas, es decir las consecuencias de las acciones que todas las cosas consideradas no deberíamos haber realizado, mientras que las

---

(13) PAPAYANNIS, Diego M. en *Comprensión y justificación...*, ob. cit., p.188.

víctimas deben soportar las consecuencias dañosas de nuestras acciones correctas. Rosenkrantz analiza los problemas y atractivos de cada concepción y formula las bases para elaborar una tercera concepción de justicia correctiva, compensatoria, basada en el principio de que la sociedad debe adscribir las consecuencias dañosas de una acción a aquel que causó dichas, independientemente de si actuó con culpa. Se inclina por la relevancia de nuestras acciones que es la piedra angular de toda concepción de la justicia correctiva<sup>14</sup>.

En la justicia *distributiva* se requieren al menos dos individuos a quienes se les asignan porciones a distribuir. Lo que ahora importa es el *criterio* con el cual se distribuye, por un lado, y otra cosa es que el *criterio esté justificado*. Expresa Papayannis<sup>15</sup> que la justificación dependerá de que el criterio pueda ser defendido en el marco de una teoría política. La justicia distributiva tiene 3 elementos: 1) el beneficio o la carga que es objeto de distribución (¿qué se distribuye?); 2) las personas entre quienes se distribuye (¿destinatarios de la distribución?); y 3) criterio (¿cómo se distribuye?).

A la justicia *correctiva* sólo le interesa la manera en que el daño altera la igualdad entre las partes, el criterio distributivo es irrelevante para la justicia correctiva. Esta justicia correctiva se aplica a las interacciones privadas, los intercambios contractuales. Son un ejemplo de interacciones voluntarias, mientras que los daños que un sujeto causa a otro son un caso de interacción involuntaria.

*Diferencias*<sup>16</sup>: 1) *Ámbito de aplicación*: *Distributiva* se ocupa de las relaciones entre el individuo y la comunidad. Lo relevante es la posición del individuo como miembro del grupo social. *Correctiva*: regula las relaciones privadas de las personas, lo relevante es lo que hizo el individuo. 2) *Son formas de justicia que se aplican en situaciones distintas*. *Distributiva*: presupone la existencia de algún recurso a repartir. *Correctiva*: presupone que los recursos con que cuentan los individuos les corresponden y pueden emplearlos para desarrollar su plan de vida.

Por estas diferencias se dice que ambas formas de justicia son *excluyentes*. La reparación de un daño no se sustenta en las circunstancias particulares de los involucrados. Tal vez por esas diferencias se asocia a la justicia *distributiva* con las instituciones de *derecho público* y a la *correctiva* con las de *derecho privado*. Sin embargo, la justicia distributiva cumple una función central en la interpretación del derecho privado. Por ejemplo, nadie puede reclamar la propiedad de un bien

---

(14) ROSENKRANTZ, Carlos F. "Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual", *Lecciones y Ensayos*, 67/68, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999 ([www.derecho.uba.ar/.../tres-concepciones-de-la-justicia-correctiva-y-de-la-responsabilidad-extracontractual.pdf](http://www.derecho.uba.ar/.../tres-concepciones-de-la-justicia-correctiva-y-de-la-responsabilidad-extracontractual.pdf)).

(15) PAPAYANNIS, Diego M. en *Comprensión y justificación...*, ob. cit., p.191.

(16) PAPAYANNIS, Diego M. en *Comprensión y justificación...*, ob. cit., pp.192-193, donde el autor desarrolla las diferencias principales.

si no tiene derecho a él, y la asignación de derechos sobre los bienes es tarea de justicia distributiva. O sea, una cosa son las normas que distribuyen derechos y deberes y otra las normas que ordenan la reparación de los daños causados.

*El principio de justicia correctiva (concepción compensatoria) entiendo que justifica y subyace en el actual sistema del CCyC (y también en el de Vélez Sarsfield), que apunta a reparar o subsanar los daños causados, más que a la gravedad de la falta que los causó.*

Vale recordar que otra concepción o principio de justicia es la *retributiva* que apunta a la necesaria proporción entre el castigo y la falta cometida, que es justificatoria en el derecho penal.

### III. Mirada a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación

Normas que *distribuyen* "derechos y deberes de indemnidad": Entiendo que, en la función *preventiva*, la regla de los artículos 1710: "Deber de prevención del daño", 1711 y 1712: "Acción preventiva y legitimación", subyace un principio de justicia distributiva, en el sentido que distribuyen deberes y derechos de indemnidad. En la función *resarcitoria*, el artículo 1718: "Hechos que justifican el daño causado": También distribuye porque se refiere a qué daños debe soportar la víctima, o sea que no tiene derecho a reclamar y el causante no tiene el deber de indemnizar, en los casos de ejercicio regular de un derecho y legítima defensa ejercida en las condiciones que lo establece el inciso b. En cuanto al inciso c (estado de necesidad, al que casi todos los autores se refieren) entiendo que hay una distribución distinta, ya que, si bien hay razones, que todas las cosas consideradas, derrotan el deber de no dañar, este no desaparece y se distribuye el derecho de la víctima a ser indemnizado, con el deber de hacerlo quien actuó en ese estado. La norma establece la distribución y es el juez quien evalúa y aplica justicia correctiva.

También entiendo que la regla del artículo 1719: "Asunción de riesgos", es distributiva. En la primera parte la víctima tiene *derecho* a ser indemnizada, salvo que su hecho irrumpa en el nexo causal. En la segunda parte también tiene *derecho* a ser indemnizado (quien se expone a una situación de peligro para salvar la persona o bienes de otro y resulta dañado) por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación, son quienes tienen el *deber* de indemnizar. Cuando establece que la reparación en caso del beneficiado por el acto de abnegación sólo procede en la medida del enriquecimiento obtenido, entiendo que es un principio de justicia correctiva, artículo 1720: "Consentimiento del damnificado": si no constituye una cláusula abusiva, no otorga derecho a reclamar indemnización por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles. Asimismo, entiendo que hay una distribución de derechos y deberes respecto a reparar los daños causados en el artículo 1728: "Previsibilidad contractual". En el artículo 1729: "Hecho del damnificado". Artículo 1731: "Hecho de un tercero". Artículo 1732: "Imposibilidad de cumplimiento" y artículo 1733 que establece los casos en que el deudor es responsable y tiene el deber de indemnizar.

Normas que aplican o subyace un *principio de justicia correctiva*, entendida como subsanadora y compensatoria y no como lograr la eficiencia o sólo reparar las acciones incorrectas. En la función *resarcitoria*: Artículo 1716: "Deber de reparar el daño causado conforme a las disposiciones de este Código". Así, las reglas que disponen que daños reparar y que consecuencias son de justicia correctiva. Artículo 1738: Indemnización de los distintos tipos de daños y que rubros comprende. Artículo 1740: Establece la reparación plena (es la regla de oro de la justicia correctiva). Entiendo que las reglas de los artículos 1745: Indemnización por fallecimiento y 1746: Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, subyace también principios de justicia correctiva, estableciendo que se debe indemnizar en el caso del 1745 y cómo se evalúa la indemnización en el caso del 1746.

#### IV. Conclusiones

1. Nos referimos a un sistema "bilateral" de responsabilidad, donde compiten para justificar la atribución de responsabilidad, por un lado, la postura que argumenta en base a principios de justicia y por otro lado se argumenta en base al principio de eficiencia (AED). Si bien pueden convivir, se trata de enfoques diferentes.

2. Quienes nos inclinamos por los principios de justicia, entendemos que el AED no logra captar la dimensión de las reglas y cómo influyen en la conducta como guía o pauta (que se conoce como el punto de vista interno), porque diluye la distinción entre corrección e incorrección de las acciones.

3. Para atribuir responsabilidad sabemos de los elementos que deben darse: causar daño, realizar una acción u omisión sujeta a responsabilidad, relación causal y *factor de atribución explicados de una manera integradora*.

4. Se asumió el "deber de no dañar", por eso se considera que: *La estructura normativa de la responsabilidad extracontractual está compuesta por un conjunto de derechos y deberes primarios y secundarios*.

5. Se deslindó la justicia distributiva y la correctiva. Se considera que, bajando a las normas del CCyC, tanto los principios de justicia distributiva, como los de justicia correctiva son los que mejor explican y justifican la práctica de la responsabilidad civil.