



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de
México
México

Papayannis, Diego M.

Teorías sustantivas de la responsabilidad extracontractual y la relevancia de la metodología
Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 37, octubre, 2012, pp. 61-97

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363633424004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

TEORÍAS SUSTANTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y LA RELEVANCIA DE LA METODOLOGÍA*

Substantive Theories of Tort Law and the Relevance of Methodology

Diego M. Papayannis

Universidad de Girona (España)

Resumen

Tradicionalmente se ha entendido que la mejor teoría de la responsabilidad extracontractual es aquella que mejor explica los rasgos centrales de la práctica. En este sentido, los defensores de las teorías deontológicas, basadas en principios de justicia, han rechazado el poder explicativo del análisis económico del derecho. Han sostenido que no logra reconstruir la práctica dando sentido a sus conceptos centrales, ni al modo en que están relacionados. Por lo tanto, no puede explicar la pauta de inferencias que llevan a un juicio de responsabilidad. En este trabajo me propongo mostrar que ambas teorías son capaces de explicar aspectos diferentes de la práctica. En contra de lo que se asume generalmente, el análisis económico del derecho y las teorías deontológicas no son teorías rivales, sino compatibles, puesto que tienen por objeto responder a preguntas distintas.

Palabras clave

Eficiencia, justicia correctiva, justicia distributiva, explicación conceptual, explicación funcional.

Abstract

It has been typically understood that the best theory of tort law is the one that better explains the core features of the practice. In this sense, defenders of deontological theories, based on principles of justice, have rejected the explanatory power of economic analysis of law. They have argued that it is unable to reconstruct the practice making sense of its core concepts and the way they are related. Thus, economic analysis cannot account for the pattern of inferences that leads to a responsibility judgment. In this article I try to show that both theories explain different aspects of the practice. Against of what is generally assumed, economic analysis of law and deontological theories are not rival, but compatible, given that their purpose is to answer different questions.

* Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto DER2010-21331-C02-02, del Ministerio de Ciencia e Innovación (España). Agradezco los comentarios y sugerencias de dos evaluadores anónimos, que me han servido para mejorar este trabajo en varios puntos importantes.

Keywords

Efficiency, corrective justice, distributive justice, conceptual explanation, functional explanation.

I. Introducción

En la mayoría de las sociedades liberales la compensación de daños es gestionada por un sistema que ha sido llamado “bilateral”, en tanto quienes participan del litigio (la víctima y el agente dañador) son los mismos que intervinieron en la interacción dañosa. En estos sistemas, las reglas de responsabilidad definen dos cuestiones básicas. En primer lugar, especifican qué conductas pueden realizar los individuos sin estar sujetos a responsabilidad de ningún tipo y, como contrapartida, qué clases de perjuicios deben tolerar por las acciones de terceros.¹ En otras palabras, las reglas de responsabilidad dan forma a un esquema que regula los límites de la libertad de acción a fin de lograr un equilibrio razonable con la seguridad personal. Tanto la posibilidad de actuar como la protección ante las interferencias de otros son igualmente importantes en estas sociedades para que cada uno pueda desarrollar el plan de vida elegido. En segundo lugar, las reglas de responsabilidad establecen consecuencias normativas para el caso en que algún individuo, excediendo su propia esfera de libertad, interfiera con la libertad ajena. Estas consecuencias normativas son la obligación de indemnizar y el derecho a ser compensado.

Lo mismo puede explicarse en términos de derechos y deberes primarios y secundarios. El esquema de libertades se establece imponiendo simultáneamente un deber de no dañar, y un correlativo derecho a no ser dañado, en las circunstancias especificadas por las reglas de responsabilidad. La regla de la culpa, por ejemplo, consagra un deber de no dañar a terceros, y un derecho a no ser dañado, mediante actos negligentes. La regla de responsabilidad objetiva hace lo propio con las conductas que aun estando permitidas superan el umbral de riesgo

¹ L. Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 43. Véase también el desarrollo de P. Salvador Coderch y M. T. Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 103-105.

convencionalmente estipulado; y así con cada regla de responsabilidad. Estos derechos y deberes son primarios. Establecen los términos que la sociedad considera equitativos para regular las interacciones privadas de los particulares. En cambio, la obligación de indemnizar y el derecho a ser compensado sólo nacen una vez que los derechos y deberes primarios son vulnerados. En este sentido, son secundarios.

En los sistemas bilaterales, los derechos y deberes primarios y secundarios, como he mencionado, son correlativos. Por lo tanto, un juicio concreto sobre el contenido de los derechos o deberes de un individuo siempre hace referencia a los deberes o derechos de otro. Cuando se afirma que Xenofonte tiene derecho a no ser dañado por Axileas, se está afirmando a la vez que Axileas tiene el deber de no dañar a Xenofonte. Las condiciones de verdad de ambas proposiciones son idénticas. Y lo mismo se mantiene para los derechos y deberes secundarios. El derecho de Xenofonte a ser compensado no tiene un contenido distinto del deber de Axileas de indemnizarlo. Expuesta muy sucintamente, ésta es la estructura normativa que caracteriza a la responsabilidad extracontractual y que da lugar a una particular práctica de reparación de daños. El objeto fundamental de la filosofía del derecho privado es esclarecer el sentido de esta práctica, determinar qué la explica racionalmente.

Desde la década del 60 y, principalmente, desde comienzos de los años 70 del siglo XX, la literatura se ha dividido en dos grandes corrientes. Por un lado, están quienes entienden la responsabilidad extracontractual como un instrumento para la maximización de la riqueza social. Los sistemas de reparación de daños, al minimizar el coste de los accidentes, contribuyen a incrementar el bienestar de la comunidad haciendo que los recursos sean destinados a sus usos más valiosos. De acuerdo con esta visión, el discurso jurídico con el cual se justifican los juicios de responsabilidad es mejor explicado por el principio de eficiencia que por el significado a él atribuido en la dogmática tradicional. Así, la culpa, que es el factor de atribución general y supletorio, aunque está habitualmente asociada con las acciones incorrectas, es reinterpretada como un análisis coste-beneficio según el cual el agente dañador podía haber evitado el accidente adoptando medidas preventivas a un coste inferior al valor esperado del daño. La omisión de tomar

esas precauciones justificadas por sus costes constituye la base para afirmar que el agente obró con culpa.

A esta visión económica se contraponen una interpretación de la práctica que enfatiza la importancia de los conceptos morales que la articulan tal como son comprendidos por los participantes. Estas interpretaciones rechazan la propuesta reduccionista del análisis económico del derecho (AED), y sostienen que la responsabilidad extracontractual no es más que la plasmación institucional de la justicia correctiva. Este principio exige rectificar las interacciones injustas; para ello, impone a los agentes dañadores el deber de compensar los daños que causan y reconoce a las víctimas un correlativo derecho a ser indemnizadas. En realidad, la cuestión no es tan simple, dado que el principio de justicia correctiva ha recibido diversas formulaciones.² No me ocuparé de discutir cada una de ellas aquí. Me contentaré con presentar una versión que, combinada con consideraciones de justicia distributiva, pueda ofrecer una explicación completa de la responsabilidad extracontractual. Asimismo, intentaré elaborar un argumento sólido a favor del AED, para luego reflexionar sobre el alcance explicativo de cada teoría. Comenzaré por la visión económica.

II. La reducción del coste de los accidentes y la maximización de la riqueza social

1. Derechos y costes de transacción

La mera existencia de una regla no garantiza que los individuos vayan a incluirla en sus razonamientos prácticos como una razón para actuar según lo que ella prescribe y para ignorar otras razones que recomienden un curso de acción distinto. De hecho, la existencia de una regla que impone el deber de no dañar mediante conductas riesgosas es muy a menudo un dato menor en la toma de decisiones de los agentes dañadores. Ellos se motivan más por las reglas secundarias que por las primarias. La decisión de generar un determinado riesgo depende exclu-

² Para la evolución del concepto, véase I. Englund, *Corrective and Distributive Justice. From Aristotle to Modern Times*, Oxford et al., Oxford University Press, 2009.

sivamente del beneficio obtenido por la actividad y de los costes que deberán afrontarse en términos de indemnizaciones para las víctimas. Si el saldo es positivo, el agente realizará la actividad riesgosa. Esto nos sugiere que más allá de cuál sea la caracterización usual de la responsabilidad extracontractual, ella funciona en la práctica como un sistema de incentivos: establece distintos precios para distintas actividades.³

Al igual que lo que ocurre en el mercado, donde la disposición a pagar un precio por un bien nos indica que el comprador obtiene un beneficio más alto que los costes en los que incurre, la decisión de emprender una actividad que acarrea el riesgo de tener que pagar una indemnización indica que este coste esperado para el agente dañador es menor que los beneficios que obtiene de esa actividad. Sin embargo, parece que el argumento de la eficiencia de las transacciones voluntarias no puede ser aplicado sin más a la responsabilidad extracontractual donde la relación entre las partes es involuntaria. Mientras que los contratos suponen siempre que ambas partes incrementan su bienestar luego del intercambio, por lo que el estado del mundo poscontractual es *Pareto superior* respecto del resultado precontractual,⁴ las indemnizaciones de la responsabilidad extracontractual no mejoran la posición de la víctima, ni siquiera la dejan necesariamente indiferente respecto de su bienestar antes del accidente. Ello es así porque en los contratos el precio es determinado voluntariamente por las partes, y en la responsabilidad extracontractual el valor de las indemnizaciones es fijado colectivamente atendiendo a parámetros objetivos. En un contrato, si el propietario de un bien lo valora más de lo que se suele pagar en el mercado para adquirirlo, no estará dispuesto a venderlo y su decisión de no

³ Véase G. Calabresi, "Torts-The Law of the Mixed Society", *Texas Law Review*, vol. 56, núm. 3 (1978), pp. 519-534. Véase también la explicación de T. J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford, Stanford Economics and Finance, 2004, p. 1-2.

⁴ Un estado del mundo es superior a otro en términos de Pareto cuando en ese estado al menos una persona está mejor y ninguna está peor. En este sentido, la situación poscontractual es por definición *Pareto superior*, puesto que ambas partes están mejor luego del contrato que antes de celebrarlo (en caso contrario, no habrían llegado a un acuerdo). Para una explicación sencilla de los diversos conceptos de eficiencia, véase T. J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, p. 4-7. Para un análisis crítico más profundo, véase J. L. Coleman, *Markets, Morals, and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 95-132.

vender será definitiva. El estado del mundo en el cual el actual propietario conserva el bien es eficiente, puesto que nadie lo valora más que él. En cambio, si el bien es destruido por un tercero, la responsabilidad extracontractual no reconoce el valor que el bien tenía para su propietario. El agente dañador estará obligado a pagar únicamente su valor de mercado. ¿A qué obedece esta diferencia?

La respuesta está en los costes de transacción. Las situaciones contractuales en general suponen costes de transacción asumibles por las partes. Negociar un contrato tiene costes, pero ello no obsta a que las partes puedan invertir una porción de sus recursos en el proceso de contratación. Realizada la inversión necesaria, es posible mediante la celebración de contratos que los bienes queden en manos de quienes más los valoran. En otras palabras, es posible lograr una distribución eficiente de los recursos. Los daños extracontractuales, en cambio, se producen en un contexto en el cual los costes de transacción son prohibitivos. Los potenciales agentes dañadores no pueden negociar *ex ante* con sus víctimas la realización de una actividad riesgosa. De poder hacerlo, acordarían anticipadamente el valor de las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios que la víctima pudiese sufrir. En consecuencia, sólo tendrían lugar actividades más beneficiosas que costosas, dado que ningún agente dañador estaría dispuesto a realizar una actividad que le acarree una indemnización mayor que el beneficio que obtiene por realizarla. Como en ciertos contextos existe una imposibilidad económica de celebrar estos contratos, el sistema jurídico no protege siempre a los individuos con derechos de propiedad. El derecho a no ser dañado no requiere a quienes imponen riesgos sobre otros que obtengan el consentimiento de los titulares. La protección contra las interferencias de terceros se logra implementando reglas de responsabilidad. Ellas dejan en manos de los individuos la decisión de realizar o no actividades riesgosas, teniendo en cuenta que deberán pagar los daños que causen. Sin reglas de responsabilidad no habría un aprovechamiento óptimo de los recursos. Piénsese qué ocurriría si cada conductor estuviese obligado, supongamos bajo amenaza de sanción penal, a negociar con cada peatón a quien su actividad impone un riesgo una indemnización en caso de que se produzca un accidente. En un mundo regulado únicamente por reglas de propiedad no habría, entre muchas

otras cosas, transporte automotor. Muchas actividades socialmente valiosas dejarían de realizarse. La solución que ofrece el derecho para el problema de los costes de transacción es proteger algunos bienes con reglas de propiedad, cuando los costes de transacción son bajos, y otros con reglas de responsabilidad, cuando los costes de transacción son prohibitivos.⁵

2. Razonabilidad y eficiencia

Evidentemente, para las teorías económicas, los derechos son un instrumento maximizador. Podría objetarse que esta interpretación de los derechos desvirtúa su función principal, que es proteger a sus titulares contra las acciones irrazonables de terceros. Sin embargo, el enfoque económico podría responder que el concepto de razonabilidad es completamente vago, y que una alternativa plausible para precisarlo es asimilarlo a la eficiencia. Entendiendo la razonabilidad como eficiencia, los derechos protegen contra las conductas irrazonables, porque protegen contra las conductas ineficientes. El modo en que lo hacen es imponiendo un precio a las distintas acciones y actividades capaces de generar externalidades negativas. Entonces, aunque sean instrumentales a la maximización de la riqueza, los derechos protegen contra los comportamientos ineficientes de dos maneras: 1) disuadiendo a los potenciales agentes dañadores mediante la imposición de un precio; 2) otorgando al titular del derecho una indemnización cada vez que sufre un daño que de no ser compensable generaría conductas ineficientes.

⁵ Véase G. Calabresi y A. D. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, núm. 6 (1971-1972), pp. 1089-1128, en pp. 1092 y 1106. Los autores no hablan de *bienes* sino de *derechos*, y afirman que un derecho puede ser protegido por distintas reglas. Por ejemplo, el derecho que un individuo tiene sobre su automóvil puede estar protegido por una regla de propiedad, en todo lo relacionado con su uso y transferencia legítima, y con una regla de responsabilidad, respecto de las interferencias de terceros. No obstante, así como concibo los derechos, no existe tal cosa como un derecho protegido de una u otra forma: la protección concedida a los bienes da contenido al derecho. Por ello, me parece más apropiado afirmar que el uso y la transferencia, como bienes, están protegidos por una regla de propiedad; y la indemnidad en general, con una regla de responsabilidad. En este marco conceptual, las reglas de propiedad y de responsabilidad protegen distintos *bienes*, no distintos aspectos de un mismo *derecho*. Esto en tanto el contenido de un derecho está dado por el conjunto de protecciones concedidas a su titular.

Aún así, parece necesario un argumento que justifique la asimilación de la razonabilidad a la eficiencia. A fin de proveerlo, comencemos imaginando qué medidas preventivas adoptaría un individuo para evitar sufrir daños originados en sus propias actividades. Parece obvio que ningún agente racional invertiría para evitar un daño más de lo que cuesta soportarlo. Si adoptando medidas precautorias a un coste de 10 un individuo puede reducir su daño esperado de 50 a 35, es razonable que tome las medidas, pues el beneficio que obtiene es superior al gasto que realiza. No es razonable que invierta una suma superior a 15 para evitar ese daño marginal, pero sí lo es que invierta cualquier suma inferior. Cuando este razonamiento se extiende al caso en que las pérdidas son sufridas por un individuo distinto de quien puede evitar el daño, nace la noción económica de culpa.⁶ De acuerdo con la famosa fórmula enunciada por el juez Learned Hand, un agente es culpable si, y sólo si, tiene a su alcance medidas precautorias cuyo coste es inferior al valor del daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia y omite tomar esas medidas.⁷ La diligencia, entonces, tiene que ver con la inversión eficiente en medidas de prevención; requiere que el individuo realice todas las acciones capaces de evitar un accidente, siempre que estén justificadas por sus costes.

Una vez que el concepto de culpa es recaracterizado en términos de eficiencia, el resto de las piezas pueden ser acomodadas fácilmente. La responsabilidad objetiva, a diferencia de la culpa, no puede ser interpretada como un mecanismo para desincentivar conductas irrazonables. Las típicas actividades sujetas a responsabilidad objetiva, como conducir un automóvil, son consideradas razonables. ¿Qué explica que acarreen responsabilidad entonces? El hecho de que actividades razonables puedan ser realizadas con una frecuencia irrazonable requiere que se regulen los niveles de actividad. La probabilidad de ocurrencia de un accidente depende de varios factores. La diligencia es uno muy relevante, pero el nivel de actividad no lo es menos. Conducir observando todas las reglas de tránsito es una conducta razonable, pero si conducir dos horas más cada día incrementa los riesgos de que se pro-

⁶ Véase W. Z. Hirsch *et al.*, *Law and Economics. An Introductory Analysis. Third Edition*, San Diego, London Academic Press, 1999, p. 143.

⁷ Véase el caso *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

duzcan accidentes de manera tal que el beneficio marginal obtenido es menor que el daño marginal esperado para las víctimas, la actividad de conducir, en principio razonable, se convierte en irrazonable, por ser realizada a un nivel ineficiente. No hay obstáculo conceptual que impida considerar que la abstención de conducir pueda ser una medida precautoria más. Es el modo más económico de ahorrar costes una vez que todas las demás medidas de diligencia han sido adoptadas. Sin embargo, principalmente por falta de información, los tribunales no suelen contemplar el nivel de actividad al evaluar si se ha cumplido con el estándar de diligencia vigente. Por ello, la idea tras la responsabilidad objetiva es incentivar a los agentes para que adecuen su nivel de actividad a niveles óptimos. En términos económicos, no hay una diferencia sustancial entre la negligencia y la responsabilidad objetiva. El análisis coste-beneficio subyace a ambas reglas. En definitiva, la responsabilidad objetiva puede ser vista como una respuesta ante la imposibilidad de los tribunales de incorporar el nivel de actividad dentro del estándar de diligencia.⁸ Este mismo tipo de análisis se extiende al resto de las reglas de responsabilidad.⁹

Podría pensarse ahora que el argumento tiene un defecto evidente. La situación en la cual un individuo puede hacer algo para evitar sufrir un daño él mismo, y lo que es razonable que haga en esas circunstancias, no nos dice nada respecto a qué es razonable que haga para evitar un perjuicio *a otro*. La objeción es interesante, aunque ningún economista se verá conmovido por ella. Es importante destacar que el AED se preocupa por evaluar las situaciones desde un punto de vista agregativo. La pregunta relevante no es si Xenofonte o Axileas están mejor o peor cuando uno de ellos adopta medidas precautorias para evitar un daño al otro. Esto puede ser investigado y puede tener mucho interés a fin de recabar información sobre los resultados distributivos de

⁸ S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Mass.-Londres, Inglaterra, Harvard University Press, 1987, pp. 24-26; S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Mass.-Londres, Inglaterra, Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pp. 181-182, 188-189 y 198; S. Shavell, "Liability for Accidents", en M. Polinsky-S. Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, tomo 1, Amsterdam, Elsevier, 2007, pp. 146-147.

⁹ Un análisis completo puede consultarse en S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, y W. Landes y R. A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987.

las distintas reglas de responsabilidad. Pero a los fines del análisis de eficiencia, lo que importa es si *la sociedad en su conjunto* está mejor o peor. Una conducta que hace que todos estemos peor como sociedad es una conducta irrazonable. Los derechos, concluye el argumento, tienen la función de proteger sólo contra las conductas que son perjudiciales para la sociedad en general. Ningún derecho individual puede ser reconocido si trae consecuencias negativas para el colectivo.¹⁰ Eso sería lo irrazonable. Si se acepta esta premisa, la asimilación entre razonabilidad y eficiencia encuentra un punto de apoyo firme.

3. La estructura bilateral del litigio

En la introducción expliqué que los sistemas de reparación de daños especifican, entre otras cosas, qué conductas pueden ser realizadas sin responsabilidad y qué grado de interferencia de terceros debe ser tolerado. Desde el punto de vista económico, esta afirmación es un tanto engañosa. La razón es sencilla: no existen acciones libres de responsabilidad. Siempre alguien es responsable. Pensemos en el caso de Xenofonte que es dañado por Axileas. Supongamos que Axileas fue diligente y que la regla aplicable al caso es la culpa. En este supuesto, Xenofonte no podrá reclamar una compensación y ello significa que es en algún sentido *responsable* de su propio perjuicio. Desde esta perspectiva, la visión tradicional está equivocada porque la responsabilidad puede recaer incluso sobre quién no realiza acción. Si Xenofonte hubiese estado durmiendo una siesta cuando fue dañado por una conducta permitida de Axileas, sería responsable de la pérdida que sufre, en el sentido de que conforme al sistema debe tolerar el perjuicio.¹¹ Tal como

¹⁰ Puede elaborarse un argumento de este tipo a partir de la defensa del bienestarismo de L. Kaplow-S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Mass.-Londres, Inglaterra, Harvard University Press, 2002.

¹¹ Para un análisis de las relaciones entre la culpa y la responsabilidad objetiva, véase J. L. Coleman, "The Morality of Strict Tort Liability", *William and Mary Law Review*, 18 (1976), pp. 259-286, en pp. 272-274; J. L. Coleman, *Risks and Wrongs*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 230-234. Evidentemente, como me ha señalado uno de los evaluadores anónimos, la dogmática civilista no aceptaría que la víctima es responsable de su propio perjuicio cuando el sistema jurídico no le confiere el derecho de exigir un resarcimiento. No obstante, aunque la palabra "responsabilidad" tiene diversos significados, y que cada uno de ellos implica cosas di-

sostuvo Coase, parece que el problema de los daños es de naturaleza recíproca;¹² lo único que hay en el mundo son actividades incompatibles y decisiones respecto de quién debe cargar con las pérdidas. Una regla de responsabilidad objetiva con excepción de culpa de la víctima supone un juicio según el cual Axileas debe cargar con el daño, salvo que Xenofonte haya violado su deber de diligencia. Una regla de responsabilidad por culpa, por el contrario, supone un juicio según el cual Xenofonte debe cargar con el daño, salvo que Axileas haya realizado una acción incorrecta. Ambas reglas son el reflejo una de la otra. La llamada responsabilidad objetiva es responsabilidad objetiva del agente dañador, y la regla de culpa es responsabilidad objetiva de la víctima, ambas derrotables por la acción negligente de la otra parte. Este análisis muestra que no hay acciones sin responsabilidad, sólo juicios sobre quién debe cargar con los daños en cada circunstancia. Por ello, no resulta provechoso analizar la responsabilidad extracontractual en términos de una supuesta función demarcatoria que especifica lo que se puede hacer sin responsabilidad de ninguna clase y lo que no. Resulta mucho más fructífero analizar el sistema a la luz de los incentivos que genera para que la interacción privada sea eficiente.

Ahora bien, hay una cuestión fundamental que el AED debe poder responder para ofrecer una explicación de los hechos que conforman la práctica de la reparación de daños. Esta cuestión se relaciona con la tensión que Jules Coleman ha señalado entre la visión *prospectiva* del enfoque económico y la visión *retrospectiva* de la responsabilidad extracontractual.¹³ Los sistemas de incentivos miran hacia el futuro. La pregunta relevante cada vez que ocurre un accidente es quién está en mejores condiciones para reducir el tipo de riesgo que causó la clase de pérdida cuya reparación se pretende en el litigio. Esto determi-

ferentes, creo que el hecho económicamente relevante es la incapacidad de trasladar compulsivamente la pérdida a otro. Esto es lo que genera a las partes los incentivos para la conducta eficiente. Cuando el agente dañador es responsabilizado, el sistema le asigna la pérdida y le impide trasladarla compulsivamente a otra persona. Cuando la víctima es dañada y carece de acción según el derecho vigente, ocurre lo mismo: es incapaz de trasladar compulsivamente su pérdida a otro y por ello no tiene más remedio que soportarla.

¹² R. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, núm. 3 (1960), pp. 1-44, en p. 2.

¹³ J. L. Coleman, *Risks and Wrongs*, pp. 374-377.

nará quién debe ser responsabilizado. La categoría de personas que se encuentren en esas condiciones tomará la decisión del tribunal al respecto, o la regla de responsabilidad ya vigente, como un incentivo para reducir el riesgo en el futuro. El problema es que esta pregunta trasciende la estructura del proceso, en la cual sólo la víctima y el agente dañador en sentido tradicional participan. Podría ser cierto que el fabricante del automóvil que conducía Axileas cuando atropelló a Xenofonte haya sido en realidad el evitador más económico del daño, es decir, quien tenía la capacidad de adoptar medidas de seguridad para reducir la probabilidad del accidente a un coste menor que ninguna otra persona. No obstante, este dato es irrelevante en el desarrollo del litigio cuya visión es retrospectiva. Una demanda de reparación de daños, para ser exitosa, debe probar ciertos hechos del pasado, como que el demandado *causó* en un sentido apropiado la pérdida del demandante. Los hechos del futuro, los incentivos que generará una decisión que condene al demandado, resultan irrelevantes si éste no causó la pérdida. Y causar no significa haber podido evitar de modo más económico, al menos no significa eso en la práctica de la reparación de daños.

Las cosas son distintas para el economista, porque en su lenguaje causar sí significa haber podido evitar de modo más eficiente.¹⁴ La causalidad, al igual que la idea de responsabilidad objetiva, no difiere sustantivamente de la culpa. Todos los conceptos centrales son reducidos al balance entre costes y beneficios. Pero entonces, ¿qué explica que las reglas de la responsabilidad extracontractual sólo permitan que la víctima demande al agente dañador, entendido en el sentido tradicional, y no a cualquier persona que haya estado en la mejor posición para reducir los riesgos? ¿Por qué el litigio presupone una noción causal que es distinta de la noción económica, si el propósito de la responsabilidad extracontractual es minimizar el coste de los accidentes?

¹⁴ Véase, entre otros, W. Landes y R. A. Posner, "Causation in Tort Law: An Economic Approach", *Journal of Legal Studies*, vol. 12, núm. 1 (1983), pp. 109-134, en pp. 110 y 113; R. Cooter, "Torts as the Union of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 63, núm. 3 (1987), pp. 523-551, en pp. 523 y 540. Esta concepción de la causalidad sigue presente incluso en los análisis más modernos. En este sentido, véase O. Ben-Shahar, "Causation and foreseeability", en M. Faure (ed.), *Tort Law and Economics*, vol. 1, 2ª ed., Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2009, pp. 84-88.

La respuesta, nuevamente, está dada por los altos costes de transacción. Los costes de identificar al evitador más económico suelen ser demasiado elevados cuando se compara un sistema de decisión caso a caso con un sistema en el cual quien causa en sentido tradicional debe reparar el daño. En general, quien causa en sentido tradicional tiene un dominio sobre el curso de los acontecimientos, y por ello usualmente estará en mejores condiciones de evitar el daño que otras personas. Por supuesto, esto no siempre es así. Pero un sistema que buscase al evitador más económico caso a caso sería demasiado costoso. Además, los agentes necesitan reglas claras para hallar en ellas un incentivo a la conducta eficiente. Una regla que simplemente estableciese que es responsable el evitador más económico no funcionaría como incentivo, ya que nunca el potencial agente dañador podría saber si él es el evitador más económico u otra persona reúne esas condiciones. La noción económica de causalidad es *reemplazada* por la noción tradicional, con implacable consistencia, por *razones económicas*: identificar al evitador más económico en cada caso concreto es ineficiente. Sin embargo, una vez que se acuerda que sólo el agente causal en sentido tradicional puede ser demandado, su conducta es evaluada por la regla de negligencia interpretada en términos de la fórmula de Hand. Si resulta que el agente causal no podía tomar medidas preventivas a un coste menor que el valor del daño, su conducta no será irrazonable y, en consecuencia, tampoco será responsable. En estos casos, lo mejor es que la víctima soporte la pérdida que sufrió.

Entonces, los agentes causales son incorporados a la estructura del litigio porque son quienes con mayor probabilidad pueden evitar el daño a bajo coste y, por esta razón, es necesario que obtengan incentivos para reducir riesgos en el futuro. ¿Qué ocurre con las víctimas? ¿Por qué es necesario reconocerles un derecho a ser indemnizadas? Una posible respuesta es que se concede este derecho a las víctimas para brindarles un incentivo económico a demandar, lo que a su vez hace operativos los incentivos del agente dañador, que ahora sabe que puede ser demandado por daños. Pero estos incentivos pueden lograrse de maneras alternativas. El castigo penal por daños causados, el reconocimiento de un derecho a demandar para cualquier persona dispuesta a hacerlo o la implementación de un sistema en el cual el Estado se

encarga de reclamar a los agentes dañadores pueden ser igualmente eficaces. Así las cosas, la incorporación de la víctima se justifica por dos razones relacionadas. En primer lugar, la compensación de la víctima es necesaria a fin de que ella omita adoptar medidas precautorias ineficientes, cuando otro individuo está en mejores condiciones de reducir el riesgo. Cuando este no es el caso, una regla de excepción de culpa de la víctima será suficiente para que ella tome las precauciones óptimas. En segundo lugar, la compensación podría lograrse, como ya se apuntó, mediante un seguro colectivo. De esta manera, las víctimas serían compensadas por el sistema general y los agentes dañadores serían perseguidos por el derecho penal. No obstante, pueden ahorrarse los costes de gestionar estos sistemas simplemente reconociendo a la víctima un derecho a demandar al agente dañador. La víctima tendrá incentivos para no adoptar medidas excesivas, porque en caso de ser dañada de modo irrazonable siempre podrá lograr una compensación. A la vez, el hecho de que la víctima tenga un incentivo para demandar ya hace innecesario perseguir a los agentes dañadores mediante un mecanismo alternativo. Sus incentivos para comportarse razonablemente están asegurados por el hecho de que pueden ser demandados por sus potenciales víctimas. Luego de estas consideraciones, la estructura bilateral del litigio y su visión retrospectiva queda explicada.

4. La estructura normativa de la responsabilidad extracontractual y la eficiencia

Explicar la bilateralidad, no obstante, es insuficiente para explicar la estructura normativa de la responsabilidad extracontractual. Recordemos que esta estructura no sólo es bilateral, sino que se compone de derechos y deberes primarios y secundarios. El AED resta importancia a los derechos y deberes primarios. No existe en el paradigma económico un derecho a no ser dañado, sino sólo un derecho a ser compensado. Tampoco existe un genuino deber de no dañar, sino sólo un deber de compensar los daños ineficientes, cuando la regla es la culpa, y los daños causados por actividades riesgosas, aun los eficientes, cuando la regla que rige es la responsabilidad objetiva. Por lo tanto, todo el trabajo normativo de la responsabilidad extracontractual es realiza-

do por los llamados derechos y deberes secundarios. 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. Esto no debe suponer un gran problema para el AED, pues si es verdad que los derechos y deberes de compensación son suficientes para incentivar correctamente a las partes, el discurso en torno al derecho a no ser dañado y el deber de no dañar termina siendo superfluo. Esta conclusión es consistente con la naturaleza recíproca del problema: el daño siempre está presente en contextos de actividades incompatibles y no puede ser eliminado. El estado del mundo en el cual ningún individuo resulta dañado es irrealizable. Si una norma impide a Axileas desarrollar una actividad que impone riesgos a Xenofonte, es Axileas quien sufre un daño.

III. La responsabilidad extracontractual como expresión de principios distributivos y correctivos

1. Principios de justicia

Desde otro punto de vista, el AED es una teoría equivocada de la responsabilidad extracontractual, no porque las reglas no generen incentivos o, incluso, incentivos para la conducta eficiente, sino porque su carácter reduccionista nos impide comprender los conceptos centrales por el rol que cumplen en los patrones justificatorios expresados en la práctica. El propósito de la responsabilidad extracontractual tiene que ver con la rectificación de las interacciones injustas y, por lo tanto, con la implementación de la justicia correctiva. Únicamente apelando a este principio es posible hacer inteligible el discurso jurídico de los participantes preservando el sentido que para ellos tienen las doctrinas principales del derecho de daños y el contenido de los conceptos que utilizan para darles forma.

Ciertamente, la mera referencia a la justicia correctiva es insuficiente para ofrecer una explicación de la responsabilidad extracontractual. Existen diversas concepciones de la justicia correctiva sostenidas por distintos teóricos. Coleman en sus primeros trabajos argumentaba que el propósito de la justicia correctiva es anular las pérdidas y ganancias

injustas, pero en trabajos posteriores afirmó que las ganancias injustas no son relevantes para este principio. La justicia correctiva exige imponer la obligación de compensar las pérdidas injustas a quienes son moralmente responsables por ellas.¹⁵ Autores como Ernest Weinrib, George Fletcher o Richard Epstein, defienden concepciones aun diferentes.¹⁶ ¿Cuál es la concepción adecuada de la justicia correctiva? Algunos podrían pensar que si la justicia correctiva es un principio de *justicia* su contenido sólo puede ser determinado mediante un argumento normativo. Después de todo, si una concepción de la justicia correctiva es más defendible que otra, no parece ser el caso que la segunda permita derivar un verdadero principio de justicia. El título honorífico de *principio de justicia* únicamente puede ser otorgado luego de que se haya presentado un argumento normativo sólido. Esta alternativa involucra al teórico en una compleja labor justificatoria antes de que pueda embarcarse en su labor explicativa.

No es éste el proyecto que tengo en mente. Mi objetivo es interpretativo. Por ello, no discutiré qué concepción de la justicia correctiva resulta defendible desde el punto de vista normativo. En lugar de ello, intentaré mostrar que existe una concepción de la justicia correctiva que tiene perfecto sentido en el marco del discurso de la justicia liberal y que es capaz de explicar los aspectos centrales de la responsabilidad extracontractual de acuerdo con el sentido habitualmente atribuido a ellos.

2. La justicia correctiva y la justicia distributiva

La noción de justicia correctiva es más fácil de comprender en contraste con la noción de justicia distributiva. Los miembros de una comu-

¹⁵ Véase J. L. Coleman, "Tort Law and the Demands of Corrective Justice", *Indiana Law Journal*, vol. 67, núm. 1 (1992), pp. 349-379; J. L. Coleman, "The Mixed Conception of Corrective Justice", *Iowa Law Review*, vol. 77, núm. 2 (1992), pp. 427-444; J. L. Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 44.

¹⁶ Véase G. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory", *Harvard Law Review*, vol. 83, núm. 3, pp. 537-573; R. Epstein, "A Theory of Strict Liability", *Journal of Legal Studies*, núm. 1973, pp. 151-204; E. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass.-Londres, Inglaterra, Harvard University Press, 1995.

nidad política se relacionan entre sí de distintas maneras. Los individuos integran un colectivo sólo una vez que ciertos lazos de cooperación hayan tenido lugar. La cooperación, aunque beneficiosa para todos, produce indefectiblemente conflictos. El primer conflicto que debe solucionarse a nivel social es el de la justicia distributiva; básicamente, el problema es determinar qué porción del excedente cooperativo corresponde a cada uno. Independientemente de cuál sea el criterio adecuado para resolver esta cuestión, deseo llamar la atención sobre el tipo de operación que supone un ejercicio de justicia distributiva. Las relaciones de los individuos entre sí están mediadas por las instituciones sociales. La característica distintiva de la justicia distributiva es que vincula a cada individuo con el resto de la comunidad. Los reclamos fundados en ella se dirigen a la sociedad en su conjunto; no están dirigidos contra ninguna persona en particular. De la misma forma, los deberes fundados en la justicia distributiva, es decir, las cargas derivadas de la cooperación social, son satisfechos a favor del colectivo. El típico deber de justicia distributiva es el de pagar impuestos. Supongamos que Axileas ha omitido pagar sus impuestos en un contexto en el cual Xenofonte es más pobre de lo que debería según el criterio distributivo vigente. Incluso en esas circunstancias, Axileas no debe a Xenofonte el pago del impuesto, sino a la comunidad en general. De la misma forma, Xenofonte no puede reclamar a Axileas directamente. Ninguno de ellos está normativamente vinculado con el otro. Ambos lo están con el conjunto de individuos que integran la sociedad.

La justicia correctiva, en cambio, se aplica a las transacciones que los individuos realizan al margen de la comunidad. Axileas puede vincularse con Xenofonte mediante una transacción voluntaria (un contrato o convención) o involuntaria (causándole un daño por su negligencia, riesgo u otro factor de atribución admitido). En estos casos, la vinculación normativa que existe entre ellos, el deber de compensar o de cumplir con el contrato, es independiente del hecho de que ambos integran la misma comunidad política. Su relación es privada. La justicia correctiva regula estos casos ordenando la rectificación de las interacciones injustas. ¿Cuándo una interacción es injusta? Cuando viola los derechos de alguna de las partes. De acuerdo con la teoría liberal, los individuos concebidos como libres e iguales reconocerían que un prin-

cipio de justicia correctiva es el adecuado para regular sus interacciones privadas.¹⁷

Veamos ahora cómo estas categorías son útiles para comprender la responsabilidad extracontractual.

3. Responsabilidad extracontractual, distribución y corrección

A primera vista la justicia correctiva es un candidato plausible para explicar la responsabilidad extracontractual. Las condiciones en que se aplica este principio coinciden exactamente con los casos en que la reparación de daños es procedente en la práctica. La estructura bilateral del litigio tiene perfecto sentido a la luz de la rectificación de las interacciones injustas. Pese a todo, la injusticia de una interacción depende de que se hayan violado los derechos de la víctima. Por tanto, la justicia correctiva presupone una asignación previa de derechos y deberes primarios que una vez vulnerados son invocados en el litigio a fin de lograr una compensación. Estos derechos y deberes no están definidos por la justicia correctiva, aunque desempeñan un rol central en la responsabilidad extracontractual. La verificación de los presupuestos de un juicio de responsabilidad/reparación es condición necesaria y suficiente para la verdad de una proposición referida a la violación de estos derechos y deberes. El problema es que la justicia correctiva, al igual que la eficiencia, parece ser incapaz de dar cuenta de los derechos y deberes primarios (los derechos a no ser dañado y los deberes de no dañar). Pero a diferencia del AED —que diluye la necesidad de que existan derechos y deberes primarios y basa toda su interpretación en que los incentivos que ofrecen la obligación de compensar y el derecho a ser indemnizado son suficientes para que el sistema satisfaga su función de minimizar el coste de los accidentes—, la justicia correctiva realza su importancia y luego los deja sin explicación. Las teorías de la justicia correctiva, si pretenden ser una explicación de la responsabilidad extracontractual, de algún modo deben limitar la práctica a su aspecto reparador o resarcitorio, dejando a un lado su aspecto relacio-

¹⁷ P. Benson, "The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice", *Iowa Law Review*, vol. 77, núm. 2 (1992), pp. 515-624; véase, en especial, la sección III.

nado con la regulación de la conducta y la protección de la seguridad personal.¹⁸ En otras palabras, estas teorías se contraponen al AED porque rechazan que las víctimas sólo tengan un derecho a ser compensadas y los agentes dañadores un mero deber de indemnizar. Afirman que la práctica es más compleja, que incluye derechos a no sufrir ciertos daños y deberes de no causarlos. Luego de estas observaciones uno esperaría que los teóricos de la justicia correctiva ofrezcan una explicación de aquello que el AED considera un discurso vacío, pero ello resulta analíticamente imposible porque el principio *asume* la existencia de estos derechos y deberes; y al asumirlos, pues no puede explicarlos.

Por esta razón, la justicia correctiva es una explicación incompleta de la responsabilidad extracontractual. Que sea incompleta no la hace equivocada. La responsabilidad extracontractual tiene que ver con la justicia correctiva, pero también con la justicia distributiva.¹⁹ Para ver de qué manera los sistemas bilaterales expresan principios distributivos pensemos un ejemplo en el contexto de actividades conjuntamente irrealizables. Imaginemos que Xenofonte y Axileas desarrollan dos actividades parcialmente incompatibles. Xenofonte cría gallinas y Axileas emplea perros guardianes para cuidar a su rebaño. Usualmente los perros de Axileas atacan a las gallinas de Xenofonte y, naturalmente, nunca ocurre lo contrario. Ante esta situación puede surgirnos la duda de si la justicia exige que se haga algo al respecto. La justicia correctiva por supuesto todavía es incapaz de ordenar ninguna clase de compensación para Xenofonte, porque no está dicho que la interacción entre ambos haya sido injusta. Para saberlo necesitamos determinar si Xenofonte tiene derecho a criar gallinas o Axileas tiene derecho a emplear perros guardianes. Sin embargo, bien podría ser el caso que ambos tuviesen derecho a desarrollar estas actividades, en el sentido

¹⁸ Sheinman ha enfatizado el aspecto regulador y preventivo de la práctica antes que el reparador y, de ese modo, ha presentado un argumento en contra de los teóricos de la justicia correctiva. Véase H. Sheinman, "Tort Law and Corrective Justice", *Law and Philosophy*, vol. 22, núm. 1, (2003), pp. 21-73, en pp. 28, 41 y 43.

¹⁹ Las premisas iniciales de mi análisis sobre la justicia distributiva y la responsabilidad extracontractual las he tomado del argumento de P. Cane, "Distributive Justice and Tort Law", *New Zealand Law Review*, vol. (2001), parte IV, pp. 401-420. Véase también P. Cane, "Corrective Justice and Correlativity in Private Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, núm. 3 (1996), pp. 471-488, en pp. 478-481.

de que no está prohibido para ninguno de ellos hacer lo que hace. De todos modos, la regulación por medio de libertades negativas en ciertos contextos demuestra ser un caldo de cultivo conflictual. La simple ausencia de prohibiciones coloca a ambos en una especie de estado de naturaleza, en el que obviamente no existen verdaderos derechos y deberes que regulan las relaciones privadas y, por consiguiente, no existen interacciones injustas. En el marco de actividades incompatibles sólo tendrá sentido hablar de interacciones injustas una vez que se hayan asignado derechos y deberes. Sólo entonces podrá operar la justicia correctiva. Proteger a Xenofonte frente a los ataques que sus gallinas sufren de parte de los perros de Axileas supone que ese mundo es mejor para Xenofonte, y peor para Axileas, que un mundo en el cual Xenofonte no goza de semejante protección.

La decisión de proteger a una de las partes no es necesariamente de “todo o nada”. La distribución de riesgos puede realizarse de muchas maneras. Por ejemplo, la protección de las gallinas podría lograrse con una regla de negligencia o con una regla de responsabilidad objetiva. En el primer caso, si Axileas observa todos los estándares de cuidado exigibles no deberá reparar los daños que sus perros causan a las gallinas. No habiendo culpa de ninguna de las partes, el riesgo recae sobre Xenofonte, que deberá soportar las pérdidas correspondientes. En cambio, con una regla de responsabilidad objetiva, Axileas estará obligado a compensar a Xenofonte cada vez que sus perros ataquen a las gallinas aun cuando no haya tenido a su disposición medidas precautorias adicionales para evitar el accidente. En este supuesto, el riesgo recae íntegramente sobre Axileas. Con la primera regla, Axileas internaliza sólo una parte de los perjuicios que su actividad causa a Xenofonte. Con la segunda regla, la internalización es total. Por ello, mientras que Xenofonte desearía que los daños causados por animales estuviesen regulados por una regla de responsabilidad objetiva, Axileas preferirá que sean regulados por una regla de negligencia.

De este razonamiento se sigue que la elección de una de estas reglas es una cuestión que concierne a la justicia distributiva. ¿Pero qué es lo que distribuye el derecho de daños por medio de sus reglas de responsabilidad? La tesis que defiende es que distribuye derechos y deberes

de indemnidad.²⁰ La regla de responsabilidad objetiva consagra a favor de las potenciales víctimas un derecho a no ser dañadas mediante actividades riesgosas y un correlativo deber de no dañar mediante este mismo tipo de actos a cargo de los potenciales agentes dañadores. La regla de la culpa establece un derecho a no ser dañado mediante conductas incorrectas y un correlativo deber de no dañar de este mismo modo. Los derechos y deberes son perfectamente correlativos. Así, afirmar que Xenofonte tiene derecho a que Axileas no lo dañe con su negligencia equivale a afirmar que Axileas tiene el deber de no dañarlo por omitir las medidas que constituyen el estándar de cuidado vigente.

En definitiva, la responsabilidad extracontractual admite dos lecturas: una distributiva y otra correctiva. De acuerdo con la primera de ellas, las reglas distribuyen derechos y deberes de indemnidad. Los sistemas de reparación de daños expresan mediante sus reglas un juicio social sobre los derechos y deberes primarios que regulan las interacciones justas. Según la segunda lectura, los derechos y deberes secundarios, o de compensación, resultan aplicables cuando se producen violaciones de derechos y deberes primarios. El propósito de los derechos y deberes de compensación es rectificar las interacciones injustas, por lo tanto, son explicados por el principio de justicia correctiva.

4. Los derechos y deberes de indemnidad en la teoría liberal

En una sociedad liberal el Estado tiene a su cargo la distribución de lo que Rawls denominó “bienes primarios”. Éstos son bienes útiles para cualquier plan de vida e incluyen, entre otros, los derechos, las li-

²⁰ De acuerdo con Calnan, el derecho de daños distribuye entre los individuos tanto deberes de no dañar a otros como derechos a no ser dañado. La justicia distributiva exige que estos derechos y deberes sean asignados equitativamente. Por medio del derecho de daños, el Estado garantiza a los individuos algún grado de protección contra los actos de terceros, pero siempre intenta resguardar suficientemente la autonomía privada. A fin de equilibrar estos dos intereses, el Estado distribuye libertades y restricciones tomando el riesgo dirigido a otros como criterio para reducir la autonomía. Véase A. Calnan, *Justice and Tort Law*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 1997, en pp. 82, 92 y 98.

bertades y las oportunidades, el ingreso y la riqueza.²¹ El propósito de esta distribución es dejar en manos de los individuos la elección de un plan de vida razonable, es decir, realizable conforme a la cuota equitativa de recursos que a cada uno corresponda. Luego de la distribución, la responsabilidad del Estado se agota y comienza la responsabilidad individual.²² Los resultados que cada persona obtiene en el largo plazo, que definen de algún modo cuán bien les va en la vida, son su responsabilidad. Bajo la vigencia de un esquema distributivo razonable, los individuos no pueden en principio realizar reclamos adicionales al Estado cuando sus proyectos no resultan como esperaban. En el núcleo normativo del liberalismo se encuentra la imposibilidad de trasladar a otros las consecuencias de las malas decisiones.

En circunstancias ideales, en las que todos respetan los derechos ajenos, la vida de los individuos es un reflejo sólo parcial de las decisiones que hayan tomado. No todos los éxitos, ni todos los fracasos, del plan de vida elegido son responsabilidad de los individuos. La buena y la mala suerte distorsionan sustancialmente el esquema fundado en la distinción de la responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual. ¿Por qué las pérdidas que experimentan quienes padecen los efectos de un tornado habrían de ser *su responsabilidad*? Tal vez pueda sostenerse que no son responsabilidad del Estado, pero no que son el producto de las decisiones que ellos adoptaron. En circunstancias no ideales, la situación se agrava por las interferencias de terceros. ¿En qué sentido puede afirmarse que Xenofonte es responsable por cómo resulta su vida si debe soportar todos los efectos perjudiciales de las acciones de Axileas? Desde el punto de vista de la responsabilidad de la víctima, sufrir una pérdida por un hecho de la naturaleza o por la conducta negligente de otro individuo es equivalente. En ambos casos, su vida no es el fiel reflejo de las decisiones que ha tomado.

²¹ J. Rawls, *A Theory of Justice*. Revised Edition, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, pp. 54 y 79.

²² J. Rawls, "Social Unity and Primary Goods", en A. Sen y B. Williams (comps.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 170; A. Ripstein, "The Division of Responsibility", *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 5 (2004), pp. 1811-1844, en p. 1812.

Las sociedades liberales, probablemente por razones pragmáticas, suelen distinguir los hechos de la naturaleza de los daños que son producto de la agencia humana. Tal vez estos últimos tengan una urgencia que amerita un tratamiento prioritario. La razón es que las sociedades pueden constituirse y desarrollarse a pesar de los tornados, los incendios y las inundaciones, mas no es concebible una vida en comunidad sin algún tipo de límite al ejercicio de la propia libertad. La regulación de las interacciones injustas es imprescindible para la existencia de una comunidad política. Por ello, se implementa una configuración de derechos y deberes de indemnidad, considerada socialmente equitativa.

Los derechos y deberes de indemnidad también son bienes primarios, pues el derecho a no sufrir daños de terceros es útil para cualquier plan de vida.²³ Pero se trata de bienes primarios de *segundo orden*. Su función es incrementar el valor del resto de los bienes primarios. Piénsese en el derecho a trabajar y emplear los recursos materiales que se encuentran en el mundo. Reconocer este derecho todavía no protege a sus titulares contra las interferencias de terceros. No hay contradicción al afirmar que Xenofonte tiene derecho a trabajar mientras Axileas no se lo impida. Tampoco en sostener que Xenofonte puede usar un recurso mientras no lo use otro. Lo único que prohibiría este derecho es privar a otro del uso del bien en cuestión mediante actos coactivos. El punto puede expresarse más claramente si prestamos atención al conjunto de pretensiones que pueden estar ligadas a un derecho de propiedad. El derecho de Xenofonte sobre su casa puede incluir la facultad de excluir a terceros, de reivindicarla una vez que la ha perdido o de exigir una compensación cuando se la han dañado. A su vez, la compensación podría proceder sólo cuando el agente dañador obró con culpa o incluso cuando realizó una conducta permitida riesgosa. El derecho de propiedad podría incluir algunas de estas facultades o todas ellas. Cuantas más facultades incluya, más amplio será el derecho reconocido y más valor tendrá el bien sobre el cual recae la protección para su

²³ Keren-Paz sostuvo una idea similar al afirmar que el derecho de daños distribuye riqueza, libertad y otros bienes primarios. Véase T. Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Hampshire, Ashgate, 2007, p. 24.

titular. La indemnidad es un componente que puede estar incluido con mayor o menor extensión en el resto de los derechos. Por ello, sostengo que los derechos y deberes de indemnidad son bienes primarios de segundo orden.

La implementación de derechos y deberes de indemnidad no elimina el problema de las externalidades negativas ni el de la plena responsabilidad por el plan de vida elegido. Aun existirán los hechos de la naturaleza y habrá circunstancias en las cuales un individuo sufre una pérdida en una interacción con otro, pero sin que se hayan violado los derechos ni deberes de nadie. Por ejemplo, si bajo una regla de culpa Xenofonte sufre un daño por la acción diligente de Axileas, la pérdida no es responsabilidad²⁴ de ninguno de ellos. ¿Quién debe soportarla entonces? Las sociedades disponen de varias opciones en este caso. Lo que está en discusión es cuál debe ser la regla de responsabilidad cuando la interacción no es injusta. Desde la perspectiva liberal hay tres posibilidades. Estas pérdidas pueden ser responsabilidad de: a) la víctima; b) la comunidad en su conjunto; c) la víctima o la comunidad, dependiendo del tipo de pérdida. Las sociedades perfectamente libertarias elegirían siempre la posibilidad a), mientras que las perfectamente igualitarias la b).²⁵ En verdad no existe ninguna sociedad que sea perfectamente libertaria o igualitaria y todas suelen elegir una combinación de ambas, es decir, la opción c). De esta manera, en muchos sistemas la víctima debe soportar su propia pérdida cuando la interacción dañosa no es responsabilidad de nadie, salvo que se trate de catástrofes naturales. En estos casos el Estado suele socorrer a los perjudicados con mecanismos distintos del derecho de daños. Sin embargo, casi todos los esquemas flexibilizan sus criterios de responsabilidad individual cuando algún individuo, o grupo de individuos, sufre una dis-

²⁴ Aquí la palabra “responsabilidad” no se utiliza en el mismo sentido en que lo hace el AED. Para la concepción económica, como se ha dicho, es responsable quien debe soportar la pérdida, o bien porque el sistema le impone la obligación de compensar o bien porque le niega un derecho a ser indemnizado; en cambio, lo que aquí se discute es si la responsabilidad moral (ciertos ejercicios de la agencia humana) son razón suficiente para que alguien deba soportar el perjuicio.

²⁵ J. L. Coleman y A. Ripstein, “Mischief and Misfortune”, *McGill Law Journal*, vol. 41 (1995), pp. 91-130, en p. 96.

minución en su bienestar más allá de cierto umbral. Aquí surgen nuevamente preocupaciones distributivas y el Estado ofrece una asistencia adicional.

5. Derechos y deberes secundarios, responsabilidad colectiva y responsabilidad individual

En la teoría liberal son importantes los derechos y deberes de indemnidad porque dan forma a la idea de que cada uno es responsable por su plan de vida, algo que carecería de sentido si no hubiese alguna protección contra las interferencias de terceros. Siendo ello así, hay una cuestión que merece ser explicada. Si los derechos y deberes de indemnidad son bienes primarios, ¿no corresponde al Estado satisfacerlos? En ese caso, ¿por qué la responsabilidad extracontractual deposita sobre el agente dañador la carga de la compensación?

En primer lugar, debe advertirse que la protección contra las interferencias de terceros es necesaria para hacer operativa la responsabilidad de las potenciales víctimas por el plan de vida elegido. De parte de los potenciales agentes dañadores también es importante que no puedan externalizar las consecuencias de sus decisiones. Si pudiesen hacerlo dejarían de ser responsables por sus actos. No obstante, al igual que ocurre con el AED, la responsabilidad de los agentes dañadores podría lograrse mediante el derecho penal. El propósito aquí no sería brindarle los incentivos correctos para la conducta eficiente, sino hacerle asumir las consecuencias de sus decisiones. Ello podría dar lugar a un régimen de compensación para la víctima a cargo de un sistema de seguro colectivo, integrado por las multas que pagan los actores negligentes, entre muchas otras posibilidades, combinado con un sistema de multas y penas de prisión para los agentes dañadores.

El problema de un esquema como éste es que, aunque honraría el principio de división de la responsabilidad, no haría justicia *entre las partes*. Recordemos que, según la doctrina liberal, la justicia correctiva es el principio moral que los individuos, concebidos como libres e iguales, aceptarían para regir sus interacciones privadas. Si se trata

de un verdadero principio moral o de justicia, el Estado liberal debe reconocer su fuerza vinculante. Al implementar un sistema de responsabilidad extracontractual bilateral, el Estado realiza una distribución de derechos y deberes primarios y ordena la rectificación de las interacciones injustas de modo que se satisfaga el principio de justicia correctiva. Ello le permite aprovechar los diversos efectos de la responsabilidad extracontractual para cumplir con sus deberes estatales: garantizar la indemnidad de las víctimas (como cuestión de justicia distributiva), hacer justicia entre las partes (por exigencia de la justicia correctiva) y honrar el principio de división de responsabilidad (que da sentido a la idea fundamental de que cada uno debe optar por un plan de vida *razonable*). Dicho en otros términos, los derechos y deberes de compensación que establece la responsabilidad extracontractual bilateral son propios de la justicia correctiva. Pero al reconocer su fuerza vinculante, el Estado cumple también con su obligación brindar un marco razonable para las interacciones privadas. Éste es un ejercicio de economía institucional que demuestra ser eficiente: como una cuestión de justicia correctiva, los agentes dañadores luego de la demanda por daños proveen las indemnizaciones que el Estado de todas formas estaba obligado a brindar como cuestión de justicia distributiva. En conclusión, al implementar un sistema en el cual los agentes dañadores asumen la carga de la compensación, una carga cuya asignación está justificada por la justicia correctiva, el Estado cumple con sus obligaciones, basadas en la justicia distributiva, de proteger a los individuos contra las interferencias de terceros, lo que a su vez resulta necesario para que tenga sentido la idea de responsabilidad por el plan de vida elegido.

Podría objetarse que el Estado, al implementar instituciones de justicia correctiva, cumple sólo parcialmente sus deberes de indemnidad, ya que en muchas ocasiones los agentes dañadores son insolventes. ¿Debería el Estado instaurar un seguro para víctimas de accidentes que quedan sin compensación? El Estado podría instaurar un seguro semejante, pero no está obligado a hacerlo. Así como determinar el grado apropiado de neutralización de la mala suerte es una decisión política

que cada comunidad adopta en función de sus posibilidades productivas, también lo es neutralizar los efectos negativos de la insolvencia de los agentes dañadores. Tal vez garantizar la compensación perfecta, en todos los casos, para todas las interacciones injustas, sea demasiado costoso. Las decisiones políticas que se tomen al respecto nos permitirán interpretar que una sociedad es más o menos libertaria, o más o menos igualitaria.

IV. Explicación y comprensión

1. Dos preguntas diferentes sobre el mismo objeto de estudio

Los dos enfoques que he analizado son atractivos para muchos teóricos, en tanto ambos reciben fervientes adhesiones. Si tuviésemos que evaluarlos por cuántos elementos que se consideran centrales de la práctica resultan abarcados, probablemente diríamos que las explicaciones basadas en los principios de justicia son preferibles, dado que hacen lugar también a los derechos y deberes primarios. El AED los muestra como simples ilusiones producidas por el discurso jurídico, pero carentes de una función concreta.²⁶ No obstante, como se verá a

²⁶ Un evaluador anónimo me ha sugerido que la brecha explicativa entre el AED y las teorías deontológicas podría haberse acortado a partir de los estudios del llamado análisis económico conductual (*behavioral law and economics*), ya que introducen en el análisis de los incentivos que proveen las normas las preferencias de los agentes por los resultados justos y, correlativamente, el rechazo de los injustos. Sin pretender zanjar la cuestión aquí, creo que hay dos razones para poner en duda que la economía conductual suponga un acercamiento entre el AED y las teorías deontológicas. En primer lugar, los propios exponentes de la economía conductual afirman que su propósito es fortalecer el análisis económico tradicional mejorando la capacidad predictiva de los modelos al incorporar presupuestos más realistas respecto de los límites de la racionalidad, la fuerza de voluntad y el autointerés. Véase C. Jolls, C. R. Sunstein y R. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics", en *op. cit.*, pp. 1475, 1478, 1487 y 1498. En segundo lugar, en el ámbito del derecho de daños los trabajos de economía conductual se dirigen más a mostrar cómo la racionalidad limitada impide a los individuos estimar correctamente las probabilidades de ocurrencia de un accidente y, por ello, adoptar medidas precautorias óptimas. Véase P. G. Peters, "Hindsight Bias and Tort Liability: Avoiding Premature Conclusions", *Arizona State Law Journal*, 31 (1999), pp. 1277-1314; M. G. Faure, "Calabresi and Behavioral Tort Law and Economics", *Erasmus Law Review*, 1 (4) (2008), pp. 75-102. Evidentemente, estos trabajos no son en sentido estricto explicativos. Se trata un análisis normativo-técnico (respec-

continuación, la opción por una u otra teoría no es reducible a la elección, científicamente obligatoria, por la teoría que mejor explique el fenómeno; es también una elección por una metodología de investigación.

Las explicaciones en general tienden a responder a la pregunta del “porqué”. ¿Por qué sucede el fenómeno X? Uno puede responder esta pregunta de muchas maneras diferentes. Todo depende de qué interpretemos que se está preguntando. En las explicaciones de las ciencias duras, puede decirse que la pregunta “¿por qué sucede el fenómeno X?”, significa “¿de acuerdo con qué leyes generales y condiciones antecedentes se produce el fenómeno X?”²⁷ Si dos explicaciones apelasen a leyes generales distintas, diríamos que son teorías rivales. En caso contrario, no lo son.

Ahora bien, la discusión que mantienen los partidarios del AED y quienes defienden la comprensión a la luz de otros principios de justicia no parecen estar apelando a distintas leyes generales. De hecho, ninguna de estas teorías presenta claramente un modelo explicativo nomológico-deductivo. Se valen de la lógica, de la deducción (¿cómo podrían no hacerlo?), pero no de la estructura argumentativa basada en hechos particulares subsumibles en leyes generales para justificar el conocimiento sobre el fenómeno. Por esta razón, deseo sugerir que la contraposición del AED a las teorías basadas en principios genera un debate infructuoso. Ambas corrientes se adjudican la mejor explicación de la práctica, aunque nunca explicitan cómo interpretan la pregunta del “¿por qué?” Creo que la pregunta “¿por qué existe la responsabilidad extracontractual?” no es la que interesa en la literatura. Más bien, los teóricos se preocupan por responder “¿qué explica la responsabilidad

to de qué incentivos ofrecen las reglas y por qué, en ciertas circunstancias, no logran motivar a los individuos), complementado muchas veces con recomendaciones normativas sobre las reformas que deben implementarse para reducir el coste de los accidentes en el futuro. La economía conductual, no obstante, parece asumir la interpretación estándar del AED según la cual ésta es la función de la responsabilidad civil.

²⁷ C. G. Hempel, *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*, Nueva York, The Free Press, 1965. Citado por la traducción al castellano de M. Frassinetti de Gallo, N. Míguez e I. Ruiz Aused, *La explicación científica. Estudios sobre filosofía de la ciencia*, Barcelona, Paidós, 1979, p. 327.

extracontractual bilateral?"; y esta pregunta es interpretada de dos maneras diferentes. Una primera manera se ajusta a la explicación funcional: "¿qué función cumple la responsabilidad extracontractual?"; y la respuesta sería: "la función de minimizar el coste de los accidentes de modo que la asignación de los recursos sea eficiente". Una segunda manera de interpretarla tiene que ver con los propósitos de la institución: "¿qué propósitos dan sentido a la práctica de la reparación de daños articulada con un sistema bilateral?"; y la respuesta sería: "la implementación de principios de justicia distributiva y de justicia correctiva que integran una concepción de la justicia liberal". Si las preguntas son tan distintas, ¿por qué constituirían sus respuestas teorías rivales? El AED y los principios de justicia serían respuestas para preguntas diferentes, por lo tanto, pueden convivir pacíficamente en el estudio de la responsabilidad extracontractual. Cada una nos ofrecería conocimiento acerca de un aspecto de la práctica sobre el cual la otra no ha indagado. Si esto es correcto, la mejor comprensión se obtiene prestando atención a las distintas respuestas ofrecidas, lo que nos lleva a defender una comprensión multidisciplinar de la responsabilidad extracontractual.

2. El análisis conceptual

El estudio de los fenómenos naturales suele ser fundamentalmente causal. Nos interesa la conexión que existe entre ciertos eventos y la posibilidad de establecer leyes generales que luego nos permitan realizar predicciones. En cambio, en el estudio de las actividades sociales no pueden dejarse de lado los propósitos de los individuos que las desarrollan. Las personas obran por razones, y ello hace que la comprensión de las prácticas o instituciones, a diferencia de lo que ocurre con el estudio de las rocas o las hormigas, no pueda prescindir de los significados que ellas tienen para los propios participantes. En efecto, según Weber —que con su *sociología comprensiva* quebró el monismo metodológico que unía a las ciencias sociales con las ciencias naturales—, "explicar es captar el complejo de significados en los que encaja una

acción directamente inteligible en virtud de su significado intencional subjetivo”.²⁸ Esta tradición metodológica interpreta la pregunta “¿por qué ocurre X?” como equivalente a “¿qué sentido tiene X?”; y los sentidos sólo pueden capturarse analizando el esquema conceptual de los participantes.

Los conceptos no son directamente accesibles para el observador externo, pero podemos llegar a ellos analizando el discurso empleado en la práctica. Las inferencias que realizan los individuos nos indican cómo *usan* de hecho los conceptos y, en última instancia, esto nos muestra cómo está organizado su pensamiento en torno a los hechos sociales que estamos estudiando. Un análisis conceptual de la práctica supondrá en primer lugar identificar los conceptos centrales que la organizan. En segundo lugar, requerirá que seamos capaces de determinar el contenido de esos conceptos, y en tercer lugar, que podamos establecer de qué modo están vinculados.²⁹ Sólo así puede interpretarse un entramado conceptual como un todo coherente. Un análisis exitoso debe ser en alguna medida informativo, debe incluir algo que no está explícitamente expresado en la práctica; pero también debe presentar una imagen de la práctica tal que sea reconocible por los participantes como el tipo de práctica que llevan adelante. La justicia correctiva y la justicia distributiva pueden funcionar como principios explicativos porque: a) resultan informativos en tanto vinculan la responsabilidad extracontractual con una concepción más amplia de la justicia liberal, y b) preservan las inferencias centrales que permiten a los participantes reconocer su práctica como una instancia de esos principios.

Nótese que en el análisis propuesto los conceptos de la dogmática tradicional conservan su significado: las acciones riesgosas son algo distinto de las acciones negligentes, y la causalidad algo completamente distinto de la culpa. Estos elementos, en conjunción con otros, constituyen los presupuestos de la obligación de compensar. La propo-

²⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1922. Citado por la traducción castellana de S. Giner, *La acción social: ensayos metodológicos*, Barcelona, Ediciones Península, 1984, p. 18.

²⁹ J. L. Coleman, *The Practice of Principle*, p. 13.

sición “Xenofonte tiene derecho a no ser dañado negligentemente por Axileas” condensa todos los elementos mencionados y da sentido al análisis estratificado que realiza la dogmática. Este derecho primario, cuya violación hace operativos los derechos y deberes secundarios de compensación, resulta vulnerado sólo cuando Axileas causa una pérdida a Xenofonte obrando con negligencia. Cuando ello ocurre, se habrán verificado todos los presupuestos de la obligación de compensar: el daño, la causalidad y un factor de atribución. El análisis dogmático tiene sentido porque estando presentes todos los presupuestos concluye que el demandado causó una pérdida injusta al actor, es decir, que vulneró su derecho de indemnidad, lo que equivale a afirmar que violó su deber de indemnidad; y ello genera una obligación de compensar correlativa con el derecho a ser indemnizado.

El análisis, entonces, preserva el contenido conceptual, por una parte, e informa, por la otra, porque nos permite comprender a la responsabilidad extracontractual como una práctica orientada a establecer los términos equitativos de la interacción privada y a rectificar las violaciones de estos términos. En definitiva, nos muestra cómo una misma práctica distribuye derechos y deberes de indemnidad e implementa la justicia correctiva cuando ellos no son respetados.

En contraste, el AED es incapaz de preservar el contenido de los conceptos que organizan la práctica. La culpa y la causalidad son reducibles a un balance entre costes y beneficios. Asimismo, las acciones riesgosas tienen idéntica sustancia, aunque se trata de acciones jurídicamente permitidas. Ello supone que desde la perspectiva económica no hay distinción entre acciones correctas e incorrectas, sino que la única clasificación relevante es entre acciones eficientes y acciones ineficientes. Finalmente, el AED no puede reconstruir las inferencias que se realizan en la práctica para arribar a un juicio de responsabilidad. Ello es así porque estas inferencias se valen de los conceptos a los cuales la teoría económica vació de contenido. Luego, no es sorprendente que sea incapaz de reconstruir los razonamientos prácticos preservando el sentido con que los realizan los participantes.

En conclusión, el AED no es un correcto análisis conceptual de la práctica, o al menos no es un análisis conceptual que se preocupe por reconstruir el punto de vista de los participantes. Sin embargo, para muchos, entre los que me incluyo, el AED es informativo. Evidentemente, si informa acerca de algo —acerca de los incentivos que brindan las reglas de responsabilidad— tal vez la respuesta que ofrecen a la pregunta del “porqué” no sea defectuosa en absoluto; el problema seguramente sea de quienes interpretan que el proyecto del AED intenta responder al mismo “¿por qué?” que las teorías basadas en principios de justicia.

3. El análisis funcional

La corriente metodológica anterior a Weber asumía que existe un continuo entre la investigación en ciencias naturales y en ciencias sociales. De hecho, basar las explicaciones en los significados, el sentido o el contenido de los conceptos empleados en la práctica es un error muy común. Durkheim señaló que pese a ser natural para los individuos formarse ciertos conceptos a fin de relacionarse y vivir en comunidad, el teórico no puede quedarse con esta parte superficial de la realidad. A menudo, los conceptos son el producto de mitos, supersticiones o prejuicios, y especular con fundamento en ellos carece de valor científico.³⁰ La verdadera comprensión de la realidad social se alcanza cuando se descubre qué *necesidades sociales* satisfacen las instituciones que organizan la vida de la comunidad.³¹ Estas necesidades pueden ser completamente opacas a los participantes. Así, independientemente de cómo una comunidad interprete su práctica religiosa, ella cumple la función de cohesionar a sus integrantes. El propósito de la religión ciertamente no tiene nada que ver con la cohesión. Pero la religión en general cohesionar a los individuos y esto es algo positivo para la sociedad.

³⁰ E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, París, 1895. Citado por la traducción de E. de Champourcin, *Las reglas del método sociológico* México, FCE, 1986, p. 53.

³¹ E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, p. 140.

De acuerdo con este enfoque, la pregunta de “¿por qué ocurre X?”, es interpretada como “¿qué necesidades sociales satisface X?”, y esto puede ser respondido mediante un análisis funcional. Las explicaciones funcionales en ciencias sociales siguen la misma pauta de las explicaciones en biología. Cuando se afirma que la función de las manchas en los leopardos es camuflarlos, se está afirmando que las manchas tienen una disposición a camuflar a los leopardos y que ello contribuye a que sean mejores cazadores y, en definitiva, a su supervivencia (lo que se asume es positivo para la especie). Las manchas no siempre camuflan a los leopardos, porque ello depende del contexto en que se encuentren. Pero si no contasen con manchas, *ceteris paribus*, las probabilidades de que sean tan buenos cazadores disminuirían respecto del estado del mundo en el cual sí tienen manchas. Del mismo modo, cuando se afirma que la función del corazón es hacer circular la sangre, esto significa que el corazón tiene la disposición de hacer circular la sangre —aunque si el individuo tiene las arterias principales obstruidas el corazón no logrará concretar esta capacidad— y que esto satisface una necesidad del sistema en el cual el corazón está alojado. En definitiva, se trata de indagar sobre los beneficios que traen, o las necesidades que satisfacen, ciertos órganos, rasgos o procesos para el organismo en que se encuentran.

En ciencias sociales la idea de órgano, rasgo o proceso es reemplazada por la de institución o práctica, y el organismo que los contiene por la comunidad que sostiene esta institución o desarrolla la práctica en cuestión. Una característica distintiva de las explicaciones funcionales es que prescinden del hecho de que los individuos son agentes intencionales, que obran por razones. Las explicaciones funcionales apuntan a necesidades objetivas, más allá de que los individuos sean conscientes de que sus prácticas satisfacen estas necesidades. En el caso de la religión, su función podría ser cohesionar a la comunidad aún cuando los individuos no fuesen conscientes de que los cohesionan, e incluso aunque rechazasen cualquier explicación de la religión que tenga que ver con sus funciones. Más aún, supongamos que luego de un tiempo los practicantes de la religión advierten que reunirse durante años todos los domingos en la iglesia ha sido realmente positivo para afianzar los lazos comunitarios. Ello no convertiría a la explicación basada en la cohesión en una explicación que reconstruye la perspectiva del

participante. Todavía podría ser cierto que ellos son conscientes de los efectos positivos de contar con una religión, pero que este conocimiento sea causalmente irrelevante para que ellos mantengan sus prácticas religiosas.³² Ellos podrían seguir manteniendo sus tradiciones porque creen en la existencia de dios, pero también saben que si no hubiese sido por esta creencia tal vez no hubiesen logrado el nivel de cohesión necesario para que la vida en comunidad sea tan provechosa. En síntesis, las explicaciones funcionales, a diferencia de las explicaciones basadas en razones o propósitos, no presuponen la agencia de los individuos.³³

Expuesto el modelo de explicación funcional,³⁴ veamos si es plausible interpretar que el AED está embarcado en este proyecto. El objeto de la explicación es la responsabilidad extracontractual bilateral y lo que se afirma es que su función es minimizar, o mantener en un nivel razonable, el coste de los accidentes. ¿Qué significa este enunciado? Siguiendo el paralelismo con las explicaciones en biología, diríamos que la responsabilidad extracontractual bilateral tiene la disposición a minimizar el coste de los accidentes; y si esta institución no tuviese lugar, *ceteris paribus*, la probabilidad de que se maximice la riqueza social disminuiría respecto de otra comunidad que sí cuenta con esta institución. La cláusula *ceteris paribus* es aquí muy importante, porque la minimización del coste de los accidentes podría lograrse de otro modo. No obstante, la idea es realizar un ejercicio mental en el cual se supri-

³² J. Schwartz, "Functional Explanation and Metaphysical Individualism", *Philosophy of Science*, vol. 60, núm. 2 (1993), pp. 278-301, en pp. 281-282.

³³ R. Brown, *Explanation in Social Science*, Chicago, Aldine Publishing Company, 1963, p. 109.

³⁴ La discusión sobre explicación funcional es extremadamente compleja. Aquí, en verdad, ni siquiera he presentado un modelo. Sólo he realizado algunas sugerencias muy básicas, útiles para mi argumento. Creo, no obstante, que la interpretación del AED como explicación funcional es compatible con enfoques tan sólidos como los de R. Cummins, "Functional Analysis", *The Journal of Philosophy*, vol. LXXII, núm. 20 (1975), pp. 741-765, y C. Boorse, "Wright on Functions", *The Philosophical Review*, vol. 85, núm. 1 (1976), pp. 70-86. Tengo serias dudas de que el argumento sea fácilmente trasladable a los enfoques etiológicos, como los de L. Wright, "Functions", *The Philosophical Review*, vol. 82, núm. 2 (1973), pp. 139-168, R. G. Millikan, *Language, Thought, and Other Biological Categories. New Foundations for Realism*, Cambridge, Mass.-Londres, Inglaterra, The MIT Press, 1984), y K. Neander, "Functions as Selected Effects: The Conceptual Analyst's Defense", *Philosophy of Science*, vol. 58, núm. 2 (1991), pp. 168-184, entre muchos otros. Dejaré esta cuestión para otra ocasión.

me la responsabilidad extracontractual bilateral y no se la reemplaza por ninguna otra institución. Ello nos permite analizar su función *dentro de un determinado sistema*.

Por supuesto, la capacidad general del sistema, de minimizar el coste de los accidentes, es afirmada en términos disposicionales.³⁵ No se afirma que necesariamente los sistemas bilaterales reducen al nivel razonable el coste de los accidentes, sino que la estructura de las reglas que los conforman, contribuyen a ese objetivo. ¿Cómo se produce esta contribución? Mediante los incentivos que las reglas ofrecen a los individuos para que adopten el nivel de cuidado eficiente y para que regulen su nivel de actividad. La capacidad general del sistema, entonces, es analizada en términos de las capacidades de sus partes. Si las reglas tienen la disposición de generar los incentivos correctos para la conducta eficiente, el sistema en general tendrá la disposición de minimizar el coste de los accidentes y, por consiguiente, de maximizar la riqueza social. El problema es que el efectivo logro de este objetivo no depende exclusivamente de las reglas de responsabilidad. Las reglas mejor diseñadas podrían no brindar los incentivos correctos en determinados contextos. Ello ocurre, por ejemplo, si las reglas procesales establecen a cargo de la víctima estándares probatorios demasiado exigentes. En ese contexto, los agentes dañadores saben que las víctimas no podrán lograr una sentencia condenatoria, lo que limita la capacidad de las reglas de responsabilidad para incentivarlos a adoptar medidas precautorias óptimas. La responsabilidad extracontractual bilateral en contextos inadecuados no reducirá el coste de los accidentes, del mismo modo que si colocamos al leopardo en el polo norte sus manchas no lo harán un mejor cazador.

V. Conclusión

En el desarrollo anterior intenté mostrar que el debate en torno a la responsabilidad extracontractual, la discusión acerca de si el AED ofre-

³⁵ Sobre el carácter disposicional de las funciones puede consultarse M. Risjord, "No Strings Attached: Functional and Intentional Action Explanations", *Philosophy of Science*, vol. 66, núm. 3 (1998), pp. S299-S313, en p. S307.

ce una mejor o peor explicación que los principios de justicia distributiva y correctiva, a menudo coloca a los lectores en un falso dilema. Si es verdad que el proyecto del AED puede ser interpretado como una respuesta a la pregunta de qué necesidades sociales satisface la responsabilidad extracontractual bilateral, mientras que el proyecto de quienes se inclinan por las teorías basadas en principios de justicia se basa en la comprensión que los propios participantes tienen de la institución, ¿por qué exactamente se produce el debate? El AED y los principios de justicia no son teorías alternativas. Son teorías que versan sobre cosas distintas. Siendo sus fundamentos metodológicos inconmensurables, no puede haber una genuina contraposición entre estos puntos de vista. Puede ser verdadero que “el propósito de la responsabilidad extracontractual bilateral es distribuir derechos y deberes de indemnidad e implementar la justicia correctiva”, y a la vez ser verdadero que “la función de la responsabilidad extracontractual bilateral es minimizar el coste de los accidentes ofreciendo a las partes los incentivos para la conducta eficiente”.

Los aspectos de la realidad social que cada teoría captura son distintos, y no vale aquí la objeción de que ciertos hechos sociales están constituidos exclusivamente por las creencias y actitudes de los participantes. Pensemos en el típico ejemplo del dinero. Algo es dinero cuando los individuos en una determinada comunidad adscriben colectivamente al objeto la función que el dinero tiene en general: ser un instrumento de cambio y depósito de valor. La existencia de dinero no es un hecho bruto, sino que requiere la existencia de instituciones sociales, que a la vez dependen de creencias y propósitos colectivos. Por estas razones uno podría pensar que el estudio del dinero no puede prescindir de la perspectiva del participante. Sin embargo, esto es un error. El dinero puede tener funciones no intencionales, como preservar las relaciones de poder entre quienes lo tienen y quienes no.³⁶ Tampoco puede negarse que el dinero como instrumento de cambio produce ciertos beneficios en comparación con las sociedades en las que sólo

³⁶ J. Searle, *The Construction of Social Reality*, Nueva York, The Free Press, 1995, pp. 20-23 y 123.

rige el trueque; o respecto de la responsabilidad extracontractual, que los sistemas bilaterales dejan sin indemnizar a más víctimas de accidentes que un sistema general de compensación social, pero que probablemente tengan una capacidad mayor para disuadir a los potenciales agentes dañadores.

En definitiva, lo que he intentado sugerir es que incluso los hechos sociales cuya existencia depende de las creencias y actitudes de la comunidad producen efectos, negativos o positivos, que son opacos al esquema conceptual de los participantes. Siendo ello así, nuestra comprensión de los fenómenos sociales se incrementa notablemente cuando los estudiamos tanto desde la perspectiva interna, la de los propios participantes, como externa, aquella relacionada con sus funciones. Creo que el atractivo de la explicación funcional no radica en constituir una alternativa al análisis conceptual, sino un complemento igualmente importante para lograr una comprensión más amplia del fenómeno jurídico.³⁷

Recepción: 30/03/2012

Aceptación: 15/06/2012

Correspondencia:

Diego M. Papayannis

Universidad de Girona

Facultad de Derecho, Campus Montilivi s/n.

C.P. 17071, Girona, España.

Correo electrónico: <diegomartin.papayannis@udg.edu>

³⁷ Tal vez uno puede interpretar de este modo las afirmaciones de Posner cuando sostiene que la propia justicia correctiva tiene sentido económico. Véase R. A. Posner, "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law", *Journal of Legal Studies*, vol. 10, núm. 1 (1981), pp. 187-206, en pp. 201-206. Así, aunque la mejor interpretación del punto de vista interno requiera apelar a la justicia correctiva, ello no obsta a que también puedan medirse o apreciarse sus efectos sobre la eficiencia.