

## CAPÍTULO 67

# FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRAContractUAL: UN LLAMADO AL DEBATE

Jorge Luis FABRA ZAMORA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Filosofía de la responsabilidad civil extracontractual*. II. *Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva por accidentes*. III. *Los debates de la filosofía de la responsabilidad extracontractual en Latinoamérica*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía Recomendada*.

### I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha comenzado a hablar con fuerza de la “filosofía de la responsabilidad extracontractual” en Latinoamérica. La publicación de varias compilaciones de artículos,<sup>1</sup> la traducción de uno de los textos fundamentales del área,<sup>2</sup> y la publicación del primer libro con una contribución original al debate en español<sup>3</sup> han hecho que este estudio filosófico se consolide un cuerpo académico por mérito propio. Sin embargo, a pesar de estos logros, la idea de una “filosofía de la responsabilidad extracontractual”

\* Doctorando en Filosofía, McMaster University, Canadá e Investigador Externo de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena. El presente texto es producto de investigación del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena, en convenio con la Universidad de Medellín.

<sup>1</sup> Por ejemplo, Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge Luis (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá, Universidad Externado, 2013; Owen, David - Schroeder, Christopher y Honoré, Anthony, *Teoría de la responsabilidad civil extracontractual*, editado por Pablo Suárez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, 2014. Para una primera exploración de estos temas en nuestro medio, véase, Rosenkrantz, Carlos (ed.), *La responsabilidad extracontractual: Donde la filosofía, el derecho y la economía se juntan*. Barcelona, Gedisa, 2005.

<sup>2</sup> Véase, Coleman, Jules, *Riesgos y Daños*, Madrid, Marcial Pons, 2012 (traducción de *Risks and Wrongs*, New York, Cambridge University Press, 1992).

<sup>3</sup> Véase, Papayannis, Diego M., *Compreñión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

tual” puede sonar extraña al jurista práctico. Como señala Zipursky, desde la perspectiva de los jueces o abogados, la responsabilidad extracontractual —que se ocupa de daños, perjuicios e indemnizaciones (como los accidentes de tránsito y la responsabilidad de los médicos)— es de una las áreas más “reales” del derecho y por ello parece estar lejos de las “trascendentales” preocupaciones del filósofo.<sup>4</sup> Además, podría decirse, la responsabilidad extracontractual es el ejemplo más fácil de obligación jurídica, por lo que la solución de sus casos a menudo parece fácil y carente de las complicaciones que sí tienen, por ejemplo, el derecho penal o derecho constitucional: Juan dañó a Pedro, Pedro tiene derecho a una compensación, y quién debe pagarla es Juan —la respuesta parece obvia—. Aunque a veces la causalidad genera problemas, en la responsabilidad extracontractual no hay una pena o castigo que requiera una justificación especial, ni hay que recurrir a la interpretación de la voluntad de las partes o el legislador, ni a una complicada ponderación de derechos o principios. La víctima presenta su demanda, y si las pruebas indican que Pedro sufrió un daño y que ese daño fue causado por Juan, el juez decretará indemnización. ¿No es una exageración entonces pensar en una *filosofía* de la responsabilidad extracontractual? ¿No ocurriría, prestando de Zipursky, que esto convertiría a la responsabilidad extracontractual en algo esotérico y banalizaría la labor de la verdadera filosofía? ¿Qué papel podría tener la filosofía en un área tan cotidiana y simple? ¿Por qué este estudio debería interesar a abogados, jueces y otros juristas prácticos?

El objetivo de este escrito es presentar una introducción a la filosofía de la responsabilidad extracontractual. Trataré de mostrar no sólo que existe un sólido cuerpo de estudio filosófico que se encarga del derecho de daños, sino de que su conocimiento es importante para el jurista práctico latinoamericano. La idea fundamental que anima este escrito es que los conceptos dogmáticos y los problemas fundamentales del derecho de la responsabilidad extracontractual sólo se hacen inteligibles mediante conceptos más abstractos de filosofía del derecho, filosofía moral y filosofía política. Ilustraré esta relación entre responsabilidad civil y filosofía con una exposición detallada de las principales líneas del debate más importante que existe en el área: la cuestión de la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva. El desarrollo particular que ha tenido esta controversia en el mundo

<sup>4</sup> Esta expresión es de Zipursky, Benjamin, “Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual: Entre lo Esotérico y lo Banal”, en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual*, cit., p. 221.

de la filosofía de la responsabilidad extracontractual del *common law* en los últimos cuarenta años muestra con claridad que la elección y diseño de un régimen de responsabilidad va más allá de la resolución de un problema dogmático –como comúnmente se piensa–, sino que depende de un conjunto importantes elecciones morales, económicas y políticas. Este escrito finaliza con algunas consideraciones prácticas más originales y tal vez más tentativas. La última sección busca mostrar como la forma dogmática y judicializada como se han conducido las principales discusiones sobre la responsabilidad extracontractual en nuestro contexto, donde los jueces han tenido el poder de diseñar los sistemas de responsabilidad extracontractual, es susceptible de varias objeciones que ha sido comunes en la FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, y que toman una forma particular –que trataré de desarrollar– según las peculiaridades del derecho de daños. En respuesta a este problema, trataré de esbozar algunas consideraciones sobre la creación e interpretación de las normas de responsabilidad extracontractual, además proponer algunas líneas de reflexión que pueden ser exploradas en el futuro. En vez de contener respuestas definitivas a los asuntos que aborda, el presente texto trata de formular algunas de las preguntas comúnmente olvidadas o cuya complejidad a veces no es apreciada. La idea principal es, en una palabra, llamar al debate sobre los principios y fundamentos de la responsabilidad extracontractual en Latinoamérica.

## II. FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRAContractUAL: UNA PRESENTACIÓN GENERAL

Comenzaré con la incómoda labor de dar una presentación de la aproximación, temas y problemas de la filosofía de la responsabilidad extracontractual, que está ausente incluso en algunas de las mejores presentaciones del área.<sup>5</sup> Esta exposición comienza con una conceptualización general de la responsabilidad extracontractual. He decidido permanecer escéptico acerca de debates doctrinales sobre la caracterización “correcta” de la misma y sus conceptos centrales, e intentaré presentar las cuestiones en los términos más generales y neutrales posibles. Seguidamente, me referiré a la cuestión de una filosofía de la responsabilidad extracontractual. Trataré de presentar una visión muy general de la noción de una aproximación “fi-

<sup>5</sup> Para las principales presentaciones de la filosofía de la responsabilidad extracontractual, véase, *infra*, Bibliografía, sección VI.2.

losófica” –como opuesto a la dimensión dogmática– que surge en todas las áreas del derecho al necesitar un argumento para la justificación de la coerción que imponen. Esta sección introductoria finaliza con una breve descripción de las dos aproximaciones centrales a la responsabilidad civil: el análisis económico y la teoría de la justicia correctiva.

### *1. Responsabilidad extracontractual*

La responsabilidad civil extracontractual o derecho de daños<sup>6</sup> es el área del derecho que se encarga de los ilícitos civiles, que en lenguaje coloquial se conocen como “daños y perjuicios.” En términos generales –y que espero no sean controversiales– lo que se conoce como responsabilidad extracontractual ocurre cuando (a) una víctima ha sufrido un “daño”, es decir, un detrimento o menoscabo a sus derechos o intereses reconocidos, (b) esos daños son consecuencia de la acción u omisión de otra persona, generalmente por la infracción de un deber, y, (c) hay una relación de causalidad entre la acción o omisión del dañador y el daño sufrido por la víctima. Los concepciones de la responsabilidad civil varían entre las tradiciones jurídicas y sus contornos precisos cambian según los ordenamientos jurídicos donde hay diversos entendimientos sobre estos elementos, es decir, cuáles detrimientos generan responsabilidad, cuáles acciones u omisiones dan lugar a deber de compensar y cómo entender la relación de causalidad relevante. En muchos países de la tradición del derecho civil, esta área se denomina “extracontractual” o “delictual”, como una categoría diferente de la responsabilidad “contractual,” y se ocupa de los daños que surgen cuando las partes no han regulado previamente sus situación jurídica a través de contratos. En países de la tradición del *common law*, el área equivalente incluye una lista quasi-cerrada de ilícitos civiles (“torts”) que son los que en principio generan legitimación para demandar.

En la mayoría de los casos, los problemas de responsabilidad civil se llevan ante jueces o un funcionarios con atribuciones muy parecidas a las del juez. La víctima y el dañador se convierten, respectivamente, en demandante y demandado de la relación procesal.<sup>7</sup> La demanda de responsabilidad civil es una petición privada a través de la cual la víctima-demandante (o sus representantes o herederos) tratan de lograr una declaración del Estado de

<sup>6</sup> Utilizaré ambas expresiones indistintamente.

<sup>7</sup> Por tal razón, utilizaré ambas etiquetas intercambiablemente.

que el demandado (presunto dañador) es responsable del menoscabo a sus derechos, y, por tanto, está obligado a pagar una indemnización. En esto se diferencia de la responsabilidad en derecho penal, la cual es conducida por el Estado a través de un ente acusador, y no tiene por objetivo principal obtener una compensación, sino castigar al responsable de una conducta. En responsabilidad civil no se busca un castigo, sino una “indemnización” o “reparación”. La sentencia o decisión que resuelve el caso de responsabilidad civil, en principio, ordena que el demandado deba pagarle al demandante una suma de dinero equivalente (ni mayor ni menor) a los daños que causó. Este modo de reparación opera incluso para daños no patrimoniales, como los daños morales por sufrimiento y daños a la salud. ¿Por qué se da dinero, incluso para daños que no son patrimoniales? Porque en muchos casos, cuando el perjuicio está consumado, compensar sus consecuencias económicas (o, patrimonializarlas, cuando no tienen consecuencias económicas directas) es lo único que se puede hacer, bajo la idea —que ya se encontraba en el derecho romano— de que “el sufrimiento con pan y oro, es mejor que el sufrimiento sin pan y oro”. Sin embargo, en algunas ocasiones particulares, cada vez más extendidas —primero en los sistemas de *common law*, pero más a menudo también en sistemas de derecho continental— los jueces pueden otorgar “daños punitivos” o sumas de dinero mucho mayores que el daño causado.<sup>8</sup> Otro tipo de declaraciones que más a menudo ocurren en responsabilidad civil son condenas a pedir disculpas y otros tipos reparaciones simbólicas, que típicamente ocurren en situaciones relacionadas con derechos humanos o derechos fundamentales. Pero como estos últimos tipos de reparación son aún controversiales, y me referiré solamente a la indemnización pecuniaria.

La responsabilidad civil no debe ser vista solamente con una especialidad del derecho civil, sino que se ocupa de un problema social y jurídico de la más alta importancia. Desde una perspectiva más general, la responsabilidad civil debe ser encuadrada como uno de los modos en los cuales la sociedad se hace cargo de los daños y los accidentes. Una demanda de responsabilidad civil permite trasladar el costo de un hecho a otra persona. Pero la sociedad puede elegir otros medios para determinar el destino de esos costos, por ejemplo, se puede elegir que determinados menoscabos no cuenten como daños y no sean trasladados a nadie (como la revelación de

<sup>8</sup> Ello ocurre, por ejemplo, en responsabilidad civil ambiental o el derecho del consumidor. Como veremos más adelante, una posible justificación para tales daños punitivos es la generación incentivos para que los potenciales dañadores se abstengan de determinadas prácticas nocivas. Véase, sección III.3.

intimidades de personas públicas y famosas, cuyos costos deben ser asumidos por la víctima, o los costos que le genera una huelga a una empresa, que por principios de derecho laboral no son trasladables a los trabajadores y deben ser asumidos por la empresa), o se pueden elegir mecanismos de tipo contractual (como los seguros y reaseguros), o se pueden dejar los daños y accidentes como problemas de administración pública, seguridad social e incluso, como un tema de caridad privada. Uno de los modos especiales en los que la responsabilidad civil regula la vida social es estableciendo los deberes de cuidado y deberes de compensación por los daños que causamos en muchas de nuestras actividades diarias. Nuestras actividades económicas y recreativas están sujetas a reglas de responsabilidad, o, al menos, a principios generales que deben ser utilizados por los actores racionales al diseñar sus cursos de acción y que guían a los jueces para tomar las decisiones. Estas normas y principios se vienen a convertir en los criterios generales que se aplican cuando las cosas “no salen bien” y no han sido reguladas previamente por contratos. Es decir, si la infracción de una norma jurídica de *cualquier* área del derecho daña a un particular, y no hay acuerdo previo entre las partes o regulación especial, las normas y principios de responsabilidad extracontractual entran a llenar ese vacío. Ejemplos notables incluyen, en derecho constitucional, las reparaciones o restituciones de derechos que se derivan de las acciones de protección constitucional (amparo, tutela, etc.), cuya lógica es de responsabilidad civil,<sup>9</sup> o, en los países en conflicto, la reparación de daños causados es una parte fundamental de la justicia de los procesos de transición y de consecución de paz. Así, la responsabilidad extracontractual y su doctrina de reparación del daño son áreas transversales que influencian todas las áreas del derecho y, posiblemente, de nuestra vida diaria.

## 2. *La aproximación filosófica a la responsabilidad extracontractual*

¿Qué tiene de especial preguntarse de una forma *filosófica* los problemas de la responsabilidad extracontractual? La respuesta se deriva de lo que entendamos por “filosófica”. Se podría decir, para efectos ilustrativos, que las preguntas filosóficas son temas que, aunque en la vida ordinaria se consideran obvios (tiempo, existencia, razón, conocimiento, significado, etc.),

<sup>9</sup> No es de extrañar, por ello, que en algunos países sin cartas de derechos constitucionales, el equivalente a las acciones constitucionales sea la responsabilidad civil.

cuando nos cuestionamos seriamente sobre sus conceptos o fundamentos (¿qué es el tiempo? ¿qué es el conocimiento?, ¿cómo actúa éticamente?, etc.) y queremos articular respuestas claras capaces de iluminar la realidad y de solucionar paradojas y problemas prácticos, encontramos dificultades incluso para la formulación de la pregunta o elección de un enfoque.<sup>10</sup>

Los fundamentos últimos o “primeros principios”<sup>11</sup> de nuestras áreas dogmáticas del derecho hacen parte de esta categoría de preguntas filosóficas. Las áreas del derecho –por ejemplo, el derecho penal o la responsabilidad extracontractual– son temas que se dan por sentados en la sociedad contemporánea: Si un sujeto comete una conducta típica, de forma antijurídica y culpable, debe ser condenado; si un sujeto causa un daño a otro, debe indemnizar. Sin embargo, los problemas que generan estas áreas no se agotan en las categorías dogmáticas (en derecho penal, “tipicidad”, “antijurididad” y “culpabilidad” y en un catálogo de las conductas prohibidas; en responsabilidad extracontractual, “daño”-“causalidad”-“culpa”/responsabilidad objetiva o en el estudio de las diferentes “regímenes” para su regulación). Aunque el abogado pueda ver su práctica como la verificación de estos “requisitos”, y aunque el dogmático pueda limitarse a proporcionar una lectura sistemática de las FUENTES DEL DERECHO, la solución de los problemas fundamentales de esas áreas del derecho se conectan con consideraciones más profundas de filosofía jurídica, moral, política (e incluso, metafísica y epistemología), además de cuestiones económicas y de otras ciencias sociales, que son las que pueden hacer inteligibles estos conceptos jurídicos fundamentales y categorías dogmáticas básicas. Un modo de ver ello es el siguiente: El derecho es, en un sentido muy amplio, la regulación de las conductas de los miembros en una sociedad y la imposición de coerción.

<sup>10</sup> Las preguntas filosóficas (estas preguntas sobre temas obvios), nos dice iluminadoramente Isaiah Berlin, “...son poco susceptibles a los métodos de las ciencias o a la observación diaria... [n]o pueden ser resueltas por observación o cálculo, por métodos inductivos o deductivos; como corolario crucial de ello, aquellos a quienes se las preguntan se enfrentan con una perplejidad desde el mismo principio –ellos no saben a dónde buscar las respuestas–; no existen diccionarios, encyclopedias, compendios de conocimiento, ni expertos, ni ortodoxia, a los cuales se pueda referir con la confianza de poseer la autoridad incuestionable o el conocimiento de tales materias...”. Berlin, Isaiah, *Concepts and Categories*, London, Random House, 1996, pp. 3-4.

<sup>11</sup> El sentido que le quiero dar a la expresión es aristotélico. Los “primeros principios” son los fundamentos de cada una de las ciencias, de los cuales todas las deducciones de la misma son justificados. Véase *Phys.* 184<sup>a</sup> 10-21. En *Topicos* I 1 y 2, Aristóteles señala que las ciencias mismas no estudian los principios que le dan fundamento, sino que asigna a la “dialéctica” (i.e., a la filosofía) la labor de estudiar esos primeros principios. Véase, además, Terence Irwin, *Aristotle's First Principles*, Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 3.

ción y límites a la libertad de las personas. Todas las ramas del derecho regulan el problema de la conducta humana y la forma en la cual los seres humanos deben tratar a sus congéneres; pero las ramas del derecho se diferencian porque la forma característica en que hacen ello. El derecho penal, por ejemplo, impone sanciones a los infractores de ciertas normas que protegen ciertos valores fundamentales de la sociedad. La responsabilidad extracontractual trata el problema de la guía de la conducta haciendo dos cosas al mismo tiempo:<sup>12</sup> Primero, impone reglas de comportamiento adecuado con nuestros congéneres (en particular, reglas para evitar causar daños a otros) y, segundo, determina las consecuencias jurídicas de la transgresión de estas reglas cuando se materializan en daños a otros (en principio, impone compensación por los daños causados). De este modo, formulaciones posibles del problema fundamental del derecho penal podrían ser: “¿bajo qué condiciones se puede castigar a otra persona?” o “¿por qué el Estado está legitimado para hacer ello?” En responsabilidad extracontractual, la pregunta se podría formular de varias formas: “¿bajo qué condiciones una persona está obligada a indemnizar los daños que cause a otra, especialmente, aquellos que causa de forma inocente?”; o bajo qué condiciones puede el Estado asignarle a una persona los costos de un daño sufrido por otra?”, o, más genéricamente, “¿cuál es el fundamento del deber de reparar?” Entonces, parece claro que el problema que trasciende a todas las áreas del derecho es la limitación de la libertad humana. Esta pregunta y las demás que se le relacionan (deberes y poderes del Estado, responsabilidad moral, causalidad, etc.) –parafraseando a Berlin– no son susceptibles de ser resueltas mediante las ciencias exactas, sobre ellas no hay una respuesta clara, y, de forma más importante, su resolución argumentativa se conecta con valores y principios morales y políticos que trascienden a la mera dogmática. Así vemos que cualquier área del derecho, cualquiera sea la perspectiva que se adopte, deberá presentar un argumento basado en la legitimidad de la coerción e imposición de deberes a los demás. Este es el modo principal como la relación entre las áreas dogmáticas

<sup>12</sup> Sobre esta doble dimensión de la responsabilidad extracontractual, véase Ripstein, “Philosophy of Tort Law”, pp. 655-9, que es muy influyente en la presentación de este argumento. Al respecto dice David G. Owen: el “derecho de la responsabilidad extracontractual se ocupa de las obligaciones de las personas que viven en una sociedad necesitada de seguridad, propiedad y personalidad de sus vecinos, tanto como una cuestión *a priori*, como un deber de compensar *ex post* por el daño”. Owen, “Why Philosophy Matters to Tort Law?”, p. 7.

cas y la filosofía jurídica, moral y política se hace translúcida: los conceptos dogmáticos solo se hacen inteligibles con relación a principios y valores explicados por consideraciones filosóficas más abstractas.<sup>13</sup>

La filosofía de la responsabilidad extracontractual es la reflexión filosófica el área dogmática del derecho que se ocupa de los ilícitos civiles, de la cual hablamos en la subsección anterior. Se debe decir que la filosofía de la responsabilidad extracontractual no es más que “familia de tradiciones” que comparten un “vocabulario común y terminología” y que actúan como en un debate, “respondiendo y ajustándose a las visiones y argumentos, de modo que los intercambios entre ellos son, en parte, una discusión razonada que conduce a desarrollo ulterior”.<sup>14</sup> Aunque no tiene unos límites demarcados, esta etiqueta comúnmente se aplica a tres tipos de investigaciones. En un primer sentido, los filósofos se dedican a proporcionar la justificación más coherente de los conceptos dogmáticos tradicionales (daño, causalidad, culpa, responsabilidad, etc.) de sistemas jurídicos particulares a la luz de los supuestos políticos y morales que informan tales conceptos. De esta visión, la filosofía de la responsabilidad extracontractual presupone “un escenario dentro de un ordenamiento jurídico” y tiene una “orientación interpretativa”.<sup>15</sup> Sin embargo, en segundo lugar, los filósofos no pocas veces intentan proporcionar visiones más sistemáticas. Para hacer

<sup>13</sup> Este argumento dworkiniano es presentado de forma sucinta por Jules L. Coleman: “La creencia de que la autoridad política es necesaria e inevitablemente coercitiva –es decir, restringe el alcance de la libertad individual– y su ejercicio requiere justificación. Como mínimo, la autoridad no debe ser arbitraria o aleatoria. Asumo que es un requisito mínimo para que cualquier cuerpo del derecho que sea coherente y consistente, que algún conjunto de normas subyacentes sean capaces de darle sentido. Pero esto no es suficiente para hacerlo justificable. Además, las normas subyacentes deben ser dignas de respeto y proporcionar fundamentos justificables para la acción política. Así, la tarea del filósofo del derecho es determinar la medida en la cual el derecho es coherente y su coherencia es la expresión de una concepción defendible de justicia o algún otro aspecto de la moral.” Coleman, Jules, “Tort Law and the Demands of the Corrective Justice”, *Indiana Law Review*, vol. 67, 1992, p. 394.

<sup>14</sup> Aquí, he adaptado la presentación de Rawls sobre la filosofía moral. Al respecto véase, Rawls, John, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2000, p. 8.

<sup>15</sup> Al respecto dice Zipusky que la pregunta a veces no es la pregunta genérica de por qué alguien debe indemnizar, sino la pregunta “interpretativa” más particular de: “¿En qué medida la imposición de responsabilidad en el derecho angloamericano [o cualquier otra tradición jurídica] encarna un conjunto de principios que despliegan una estructura normativa defendible?” Zipursky, “Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual: Entre lo Esotérico y lo Banal”, en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual*, cit., p. 221.

eso, tratan de aplicar a la responsabilidad extracontractual las tres preguntas tradicionales que la filosofía: qué son las cosas, qué valores las fundamentan y cómo podemos conocer con certeza que las respuestas que dimos a las preguntas anteriores son correctas.<sup>16</sup> Bajo esta visión más sistemática, se puede decir que al menos tres problemas fundamentales y relacionados le importan al filósofo de la responsabilidad extracontractual que intenta proporcionar una visión sistemática: (i) la *explicación* del concepto de responsabilidad extracontractual, es decir, una elucidación o análisis conceptual de la noción, y una explicación de sus relaciones y diferencia con otros conceptos similares; (ii) su *justificación*, es decir, los valores que legitiman o que el concepto encarna; y, (iii) los aspectos *metodológicos* que permiten dar respuesta a las preguntas anteriores, es decir, cuáles son las consideraciones epistemológicas y meta-éticas son relevantes para llegar a una comprensión adecuada de la responsabilidad extracontractual (es decir, para resolver las preguntas *i* y *ii*).<sup>17</sup> En términos más precisos denominamos “filosofía de la responsabilidad extracontractual” o “fundamentos filosóficos de la doctrina de la responsabilidad extracontractual” al estudio de la explicación conceptual, la justificación normativa y la metodología para resolver esas preguntas fundamentales relacionadas con la doctrina del derecho de daños, además del estudio filosófico de los diversos conceptos dogmáticos. Finalmente, se podría identificar un tercer sentido, relacionado con la forma como, desde la filosofía política y moral, se puede estudiar la legitimidad de prácticas o doctrinas de responsabilidad extracontractual. De esta posición, el filósofo no estudia el derecho desde la perspectiva del participante que busca ver al derecho en ‘su mejor luz’ (como en los sentidos *i* y *ii* señalados anteriormente), sino que toma una perspectiva externa, señalando la ilegitimidad o inmoralidad de ciertas instituciones o prácticas.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Esta es la simplista pero efectiva caracterización de Robert Alexy: la filosofía es una actividad reflexiva –es la reflexión sobre la reflexión– y se encarga de las preguntas fundamentales sobre lo que existe –metafísica–, sobre lo que se debe hacer como bueno o correcto –ética– y sobre la forma como entender lo que existe y lo que debe hacerse –epistemología–. Así, la filosofía es “la reflexión sistemática de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno y como el conocimiento sobre los anteriores el posible”. *Cfr.* Alexy, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *Doxa*, vol. 26, 2003, pp. 145-160.

<sup>17</sup> Para otros comentarios metodológicos, véase, Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, en especial, pp. 30-4.

<sup>18</sup> El argumento presentado en las sección IV.2 *infra* es un ejemplo de esta tercera perspectiva.

En ninguna de estas tres dimensiones la labor del filósofo es aislada de la labor del dogmático o del teórico tradicional de la responsabilidad extracontractual. Ambos estudian las normas de responsabilidad extracontractual, ambos realizan intentos sistemáticos para su racionalización, y ambos conocen sus normas e historia y son capaces de análisis comparativos. Pero existen algunas diferencias fundamentales. El filósofo no se encuentra atado a proporcionar una lectura coherente de las fuentes del sistema jurídico ni se encuentra circunscrito por los límites de este sistema; sino que tiene una perspectiva más libre y amplia. El filósofo trata, precisamente, de los asuntos donde el dogmático calla o asume determinados conceptos. En la responsabilidad extracontractual, el filósofo se pregunta seriamente por los conceptos de RESPONSABILIDAD jurídica y su relación con la responsabilidad moral, por la idea de justicia y el papel que juega del Estado, por principios morales que informan el sistema jurídico, y por otros temas donde el dogmático a veces no está mejor calificado o asume respuestas proporcionadas por otros. La perspectiva filosófica surge cuando nos preguntamos *concienzudamente* sobre estos problemas básicos. El filósofo no debe tomar ningún punto por obvio ni asumir la respuesta; la filosofía se encarga de traer los supuestos más abstractos a la luz e integrarlos a las doctrinas existentes.

Tampoco debe verse la filosofía de la responsabilidad extracontractual como un estudio puramente especulativo o que no conduce a ningún conocimiento útil en la práctica. La noción de “responsabilidad civil” es una idea construida a través del debate de filósofos, economicistas, juristas y científicos sociales y, la discusión dialéctica puede tener un impacto profundo en el modo como funciona en la realidad. De forma más importante, debe decirse que la respuesta a las preguntas filosóficas que generan las áreas dogmáticas no son cuestiones puramente teóricas, sino que pueden, a través de varios pasos y operaciones argumentativas, tener profundas implicaciones prácticas y en la resolución de casos. En un caso fácil ante un juez, éste no tendrá que recurrir a ningún concepto superior y se limitará a tratar de verificar si se cumplen ciertos requisitos previamente establecidos en la ley y los precedentes. Sin embargo, al momento de identificar y resolver casos difíciles, o en el momento en que un legislador diseña un sistema (*e. g.*, al diseñar un Código Civil o una reglamentación especial), o cuando se implementan políticas públicas o se “construyen” mecanismos jurídicos para la implementación de principios abstractos; se hace necesario articular y hacer explícitos los compromisos morales y políticos que informan la

acción de jueces y legisladores.<sup>19</sup> En otras palabras, para la resolución de muchos casos prácticos se requiere una comprensión más completa del área como un todo coherente, y para ello necesariamente debemos enfrentarnos con los principios y valores morales y políticos que nutren, informan y modelan el ordenamiento, y los que son, precisamente, la ocupación del filósofo.

### *3. El análisis económico y las teorías basadas en la justicia*

Si bien la aproximación a la responsabilidad extracontractual desde la filosofía es muy antigua –podríamos decir que inició con Aristóteles y las diversas interpretaciones de su obra durante medioevo y la modernidad,<sup>20</sup> e impregnó el trabajo de muchos filósofos políticos y morales en la historia–<sup>21</sup> la filosofía de la responsabilidad extracontractual ha tenido un desarrollo notable en el mundo anglosajón, en especial, desde la segunda mitad del siglo XX. Mientras en la tradición continental, la concepción filosófica de las áreas del derecho pareció perder vitalidad intelectual con la codificación<sup>22</sup> –que transformó al derecho en la aplicación de las doctrinas establecidas

<sup>19</sup> *Cfr.* Robert Alexy expone este argumento, refiriéndose al concepto del derecho y la solución de casos difíciles: “Todo jurista tiene al respecto una idea más o menos clara [del concepto de derecho], que se expresa en su praxis. El concepto de derecho que subyace a la praxis jurídica es, en general, presupuesto como algo evidente y, en los casos habituales, aun cuando su solución sea dudosa, se considera que es superfluo reflexionar acerca del concepto de derecho. Otra es la situación en los casos insólitos. En ellos se pone de manifiesto el concepto de derecho que está detrás de toda praxis jurídica y surge entonces un problema acuciante”. Alexy, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. (traducción de Jorge Malem Seña). Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 13 y 14. En el argumento presentado en el texto principal, los casos acuciantes no incluyen solamente la decisión casos difíciles a ser decididos por los jueces, sino también su identificación, así como el diseño de instrumentos legislativos y políticas públicas y la “construcción” (como opuesto a la interpretación) de mecanismos para su aplicación.

<sup>20</sup> Para un breve comentario histórico, véase Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, en especial, pp. 25-6, 61-7. Para una presentación más extendida, Englard, Izhak, *Corrective and Distributive Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009 y las obras citadas *infra* nota 23.

<sup>21</sup> Ernest Weinrib tiene razón cuando manifiesta que “no se pueden leer los grandes clásicos de la filosofía moral y política occidental, sin impresionarse por la influencia que el derecho privado ha tenido en esos escritos”, Véase Weinrib, Ernest, “Liberty, community and corrective justice”, en *Liability and Responsibility*, R. G. Frey y Christopher Morris (eds.), New York, Cambridge University Press, 1991, p. 291.

<sup>22</sup> Horacio Spector hace esta sugerencia al pasar en “Justicia y Bienestar: Una perspectiva de derecho comparado”, *Doxa*, vol. 26, 2003, p. 241. Véase, además, *infra*, sección IV.1.

en la ley—, en el mundo anglosajón, tal vez impulsado por un mayor libertad judicial, el estudio filosófico de esta área del derecho ha sobrevivido incluso a las formas más fuertes de formalismo y REALISMO y hoy tiene gran importancia.<sup>23</sup> Hoy, en la tradición anglosajona, existen dos aproximaciones filosóficas generales que reflejan diferentes modelos éticos en sus aproximaciones al derecho: el análisis económico del derecho y la teoría de basadas en la justicia.

En una palabra, el ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED) es una amalgama de la utilización de herramientas de la microeconomía con una visión ética consecuencialista utilizada para el estudio de los problemas jurídicos. Para el analista económico, el fin que explica y justifica el derecho es la eficiencia: se deben maximizar los beneficios en la sociedad para la mayor cantidad de personas utilizando la menor cantidad de recursos. Como la riqueza es la única medida objetiva para los beneficios, el análisis económico del derecho defiende la maximización de la riqueza a través de normas eficientes que generen la mayor cantidad de beneficios sociales.<sup>24</sup> Los primeros analistas económicos, como Ronald H. Coase<sup>25</sup> y Guido Calabresi,<sup>26</sup> pretendían mostrar cómo las consideraciones económicas revelan aspectos ocultos a la visión tradicional del derecho, en particular las consecuencias que generan las reglas de responsabilidad en las actividades económicas y la posibilidad de que estas constituyan incentivos para determinadas acciones y subsidios para otras. En realidad, el AED, surgió originalmente en la responsabilidad extracontractual, el derecho de la competencia y la prevención de monopolios (*antitrust law*). En las décadas siguientes, principalmente por el impulso de Richard A. Posner,<sup>27</sup> el análisis económico del derecho desarrolló teorías particulares para casi todas las áreas del derecho y le dio sustento teórico a una teoría moral donde se busca maximizar la riqueza y sancionar el desperdicio de recursos. Hoy el

<sup>23</sup> Véase Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 25-29, Owen, David G., “Introduction”, en *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 7-15; Oberdieck, “Introduction”, *Philosophical Foundations of law of torts*, *cit.*, pp. 1-3.

<sup>24</sup> Posner, Richard A., “The Value of Wealth”, *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980, pp. 243-252.

<sup>25</sup> Para el AED de la responsabilidad extracontractual, el artículo más importante de Coase, Ronald, es “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-45.

<sup>26</sup> Calabresi, Guido, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499-553.

<sup>27</sup> Véase Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 7a. ed., Nueva York, Aspen, 2010 [1972].

AED es una de las aproximaciones más influyentes a la responsabilidad civil y al derecho en general.

¿Por qué el análisis económico, que se presenta una teoría científica y aséptica, cuenta como una tradición filosófica? A pesar de que existen importantes diferencias entre sus principales representantes, los analistas económicos pueden ser entendidos como defendiendo una teoría moral particular: el consecuencialismo. El consecuencialismo sostiene que lo correcto, en términos morales, es producir las mejores consecuencias posibles o el mejor estado de cosas. La determinación del “mejor estado de cosas” es necesariamente impersonal, pues no se refiere a una persona particular ni cambia en cada situación, sino que es el mejor considerando todos los factores. Entonces, el análisis económico del derecho, al incluir a la eficiencia en la explicación y justificación del derecho, defiende una visión consecuencialista en lo ético, y, de hecho, tal vez sea la más extrema y sofisticada representación del consecuencialismo en la filosofía del derecho actual. Ello va a permear sus compromisos epistemológicos y conceptuales. Por ejemplo, la concepción consecuencialista se manifiesta tanto en la visión que el análisis económico tiene del funcionario jurídico como en la posición del ciudadano que cumple las normas. Desde la perspectiva del funcionario, las reglas se crean, interpretan y modifican con el objetivo de maximizar el aprovechamiento de los recursos, es decir, imponiendo imparcialmente costos o subsidios en las acciones de los ciudadanos para aumentar la riqueza colectiva. Desde la perspectiva del ciudadano, las personas naturales y jurídicas son actores racionales y egoístas que toman en cuenta los costos y beneficios de sus actos, preocupándose sólo por los costos que tienen que asumir, y sin considerar los costos que imponen a los demás.<sup>28</sup>

En contraposición a la primacía del consecuencialismo que el AED defiende surgieron las *teorías morales* o *basadas en la justicia*.<sup>29</sup> Tres artículos de principios de los años setenta configuran el acta de nacimiento de esta aproximación: en 1972, George P. Fletcher publicó “Fairness and Utility in Tort Theory”;<sup>30</sup> en 1973, Richard A. Epstein presentó “A Theory of Strict

<sup>28</sup> Respecto al aspecto filosófico del análisis económico del derecho, véase Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 39-42.

<sup>29</sup> La denominación es equívoca, pero es la más utilizada y por eso se conservará. Después de todo, el AED defiende o supone una concepción de la justicia (o un aporte a la teoría de la justicia): lo justo debe ser eficiente.

<sup>30</sup> Fletcher, George P., “Fairness and Utility in Tort Theory”, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 537-564.

Liability”,<sup>31</sup> y en 1974, Jules L. Coleman hizo su primera contribución en este debate con “On the Moral Argument for the Fault System”.<sup>32</sup> Las teorías basadas en la justicia defienden una concepción más tradicional de la responsabilidad civil donde las relaciones entre individuos son puestas como el centro del derecho. En general, se entiende el problema de responsabilidad extracontractual como una situación privada entre individuos particulares y por fuera de la búsqueda de un objetivo que nuestras instituciones deban cumplir. Por tanto, las teorías basadas en la justicia se centran en estudiar la responsabilidad extracontractual como una relación que existe entre los dañadores y las víctimas, y no como la búsqueda *ex ante* de la eficiencia o la minimización de costos. En general, las teorías de la justicia deben enmarcarse dentro de una tradición mayor en filosofía moral que intenta reaccionar y dar respuesta a las aproximaciones consecuencialistas.<sup>33</sup>

Dentro de estas teorías basadas en la justicia, la concepción de la *justicia correctiva* tiene un lugar especial. Las teorías de la justicia correctiva surgen de la “simple y elegante idea”<sup>34</sup> de que cuando una persona ha sido dañada por otra, el dañador debe compensar a la víctima. La responsabilidad extracontractual es vista como la rectificación de una situación dañosa, y esta rectificación encarna un tipo particular de justicia –cuya primera formulación la encontramos en el libro v de la *Ética a Nicómaco*<sup>35</sup>– requiere que las víctimas sean compensadas, sin considerar su estatus particular o los recursos que tienen. Sin embargo, existen diferentes modelos contemporáneos, para interpretar este derecho de compensación, que oscilan entre las teorías libertarias (como las Richard Epstein,<sup>36</sup>) teorías aristotélico-kantianas (como las de Ernest Weinrib<sup>37</sup> y Arthur Ripstein,<sup>38</sup>) o teorías que tienen un énfasis en la anulación de pérdidas (como la de Jules Coleman, en sus va-

<sup>31</sup> Epstein, Richard A., “A Theory of Strict Liability”, *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 151-204.

<sup>32</sup> Coleman, Jules L., “On the Moral Argument for the Fault System”, *The Journal of Philosophy*, vol. 71, núm. 14, 1974, pp. 473-490.

<sup>33</sup> Respecto al aspecto no consecuencialista de las teorías basadas en la justicia, véase, Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 27-8 (en especial, nota 12) y 59-61.

<sup>34</sup> La expresión es de Zipursky, Benjamin C., “Civil Recourse, not Corrective Justice”, *Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2002, p. 695.

<sup>35</sup> Para un comentario sobre la justicia correctiva en Aristóteles, con referencia a la bibliografía secundaria, véase, Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 61-67.

<sup>36</sup> Epstein, “A Theory of Strict Liability”, *cit.*. Véase, además, *infra*, sección III.4.A.

<sup>37</sup> Véase, *infra*, sección III.4.B.

<sup>38</sup> Ripstein, Arthur, *Equality, Responsibility and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 y Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 100-102.

rias versiones.<sup>39</sup> No todas las teorías basadas en la justicia se centran en la justicia correctiva.<sup>40</sup> Para la presente introducción, dos ejemplos son relevantes: Las teorías de la “responsabilidad-resultado” de Tony Honoré y Stephen Perry, que se centran en la agencia y en principios de distribución de la responsabilidad,<sup>41</sup> y, la teoría del “recurso civil” de John C.P. Goldberg y Benjamin Zipursky, que se centra en los aspectos procesales de la responsabilidad extracontractual.<sup>42</sup>

### III. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR ACCIDENTES

En vez de presentar el desarrollo histórico del área o exponer las principales dos aproximaciones a la responsabilidad civil extracontractual,<sup>43</sup> voy a ocuparme del debate más importante que ha acontecido en la filosofía de la responsabilidad extracontractual: el debate de si las personas deben ser consideradas objetivamente responsables por los daños que causen, o si una condena de responsabilidad sólo es posible si el dañador actuó con culpa. Después de introducir una noción general de los dos conceptos y aislar el problema filosófico subyacente, voy a presentar los argumentos más representativos avanzados por el análisis económico y las teorías basadas en la justicia. Mi intención con esta exposición es utilizar estos argumentos como ejemplos de diferentes consideraciones que deben ser tenidas en cuenta al momento de diseñar o pensar nuestros sistemas de responsabilidad extracontractual. En la última subsección, doy una valoración general de estas consideraciones.

#### 1. *Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva*

La responsabilidad extracontractual toma dos “formas” –o se predicen dos diferentes “factores de imputación” u opera en dos regímenes–,<sup>44</sup> dependiendo del papel que se le de a la culpa –es decir, la culpa es el elemento

<sup>39</sup> Véase, *infra*, sección III.4.C.

<sup>40</sup> Para una presentación otras teorías que no se basan en la justicia correctiva, véase, Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 96-107.

<sup>41</sup> Véase, *infra*, sección III.4.D.

<sup>42</sup> Véase, *infra*, sección III.4.E.

<sup>43</sup> De ello me ocupado en otro lugar. Véase, Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*

<sup>44</sup> De nuevo, trataré de presentar la cuestión en los términos más generales posibles.

diferenciador entre los régímenes. En la mayor parte de los sistemas jurídicos la responsabilidad se predica cuando existe culpa –lo que se conoce como responsabilidad subjetiva–. No es adecuado presentar una definición particular de culpa, más allá de decir que es un ilícito o un conducta reprochable del dañador. En términos generales, la culpa se entiende como un estándar en el trato a los demás que de ser incumplido genera que la acción sea considerada ilícita. La responsabilidad objetiva, o responsabilidad estricta, es la responsabilidad que ocurre sin existencia de culpa. Pensemos en dos ejemplos. Un médico practicando una operación quirúrgica –cuando no está regulada por un contrato o un conductor que atropella un ciclista. Bajo un régimen de responsabilidad subjetiva, para que el médico o el conductor sean declarados civilmente responsables es necesario que su actuación haya sido ilícita, es decir, que hayan sido imprudentes, negligentes o hayan actuado de forma inadecuada en su labor en relación a criterio previamente establecido –la ley médica o las normas de conducción–. En un régimen de responsabilidad objetiva, da igual que el médico o el conductor hayan sido negligentes o que hayan actuando con la mayor diligencia posible, pues la mera causación fáctica del daño genera responsabilidad y el subsecuente deber de indemnizar.

Es importante señalar que la responsabilidad objetiva y subjetiva no deben ser vistas como dos categorías opuestas, sino como un espectro de posibilidades. En el lado del espectro de la responsabilidad subjetiva, en la doctrina continental, la culpa suele dividirse en dos tipos: acción intencional o dolosa, y acción negligente, que puede tomar diferentes formas (negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamentos). En el lado de la responsabilidad objetiva, la posición más severa es la responsabilidad estricta absoluta, un tipo de responsabilidad que no admite ningún tipo de excusa. En estos casos, el dañador pudo haber actuado legítimamente, e incluso de forma heroica, pero debe responder por los daños y no está sujeto a ningún tipo de defensas o excusas (ni siquiera el hecho de naturaleza, la participación de la víctima o estado de necesidad). En el medio del espectro, en una escala atenuante, encontramos varios tipos de responsabilidad: Algunos tipos de responsabilidad operan sin culpa del dañador, pero admiten varias excusas; otros tipos de responsabilidad varían en la rigurosidad del requerimiento de causalidad, e incluso, existen diferentes tipos de presunciones de responsabilidad, presunciones de culpa o cargas dinámicas de la prueba con distintos efectos. Por ejemplo, en algunos casos de responsabilidad de la empresa o responsabilidad médica, se facilita la demostración de la responsabilidad a la víctima-demandante estableciendo que, debido a que los elementos probatorios están en manos del dañador-

demandado, es éste último quién debe proporcionar una prueba de que su actuación no fue culposa o negligente. La frontera exacta entre los dos régimenes no es exacta y varía entre las tradiciones y ordenamientos jurídicos. A pesar esta indeterminación de la frontera entre ambos modelos, mi interés en el presente escrito es la confrontación de estas dos instituciones de la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual.<sup>45</sup> Por tal razón, deben verse los siguientes argumentos como la contraposición entre dos ideales diferentes de ver la responsabilidad civil pensadas en abstracto de las reglas existentes.

## *2. Las preguntas filosóficas generadas por los accidentes*

En el aspecto dogmático, los sistemas de derecho continental y del *common law* tienden a dar la misma solución –incluso los sistemas más modernos como los Principios Europeos del Derecho de Daños y el *Restatement (Third) of Liability for Physical and Emotional Harm* (2011)– al debate entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva: la mayor parte de los sistemas existentes optan por la responsabilidad subjetiva como criterio primario. La idea general es que para la declaratoria de la responsabilidad es necesaria la culpa (entendida en sus diferentes manifestaciones) y solo en casos particulares y taxativamente señalados se exime este requisito y la simple causación del daño genera responsabilidad. En la tradición jurídica continental, la mayoría de los códigos civiles tiene una disposición que expresamente señala que se requiere negligencia o culpa para la condena de la responsabilidad. Aunque la culpa tiene diferentes manifestaciones y a veces se diferencian sus efectos en la responsabilidad contractual y extracontractual, comúnmente es entendida en términos metafóricos como estándares relacionados con la conducta “buen padre de familia” o del “buen hombre de negocios”. En todo caso, la culpa es la regla general y sólo casos particulares tienden hacia la objetivación (responsabilidad por el hecho de terceros, menores o dependientes; responsabilidad por el hecho de las cosas; responsabilidad por actividades peligrosas, responsabilidad por accidentes de trabajo, responsabilidad por productos defectuosos, etc.), ya sea en régimenes de presunción de culpa o régimenes de responsabilidad

<sup>45</sup> Vale señalar, además, que se ha sostenido que la responsabilidad por la creación de riesgos ocupa un lugar intermedio entre la responsabilidad objetiva y subjetiva. Sobre esta idea, en mi concepto problemática, véase, Suárez, Pablo, “Mapa de la responsabilidad”, Owen *et al*, *Teorías de la responsabilidad extracontractual*, *cit.*, pp. 60-86.

objetiva con indemnización tarifada. En los países del *common law*, la situación es muy parecida. En lo que concierne a los *torts* relacionados con la compensación de daños,<sup>46</sup> la mayor parte de la responsabilidad civil se basa en la culpa [*fault-based*], es decir, se necesita que se cometa una culpa [*fault*] para que se declare la responsabilidad. El grado de culpa se mide en relación con el estándar del “hombre razonable,” es decir, con las acciones de un hombre ordinariamente prudente y cuidadoso puesto en las mismas circunstancias. Solo en casos excepcionales se condena en ausencia de culpa, como, por ejemplo, en accidentes de trabajo [*workplace injuries*], en algunos accidentes de carros, lo cual requiere sistemas de seguros [*no-fault automobile accidents*], defectos de fabricación de productos [*manufacturing defects in products*] y en otras actividades peligrosas [*dangerous activities*] o anormalmente peligrosas [*abnormaly hardazous activities*].

Sin embargo, existen diferentes concepciones sobre los modelos filosóficos que informan el sistema, y los argumentos sobre los cuáles se debe responder. Este debate, debe decirse, se centra sobre *la responsabilidad por daños no intencionales o daños accidentales*. Mientras que los daños intencionales o dolosos no generan, en principio, un cuestionamiento mayor de por qué se debe compensar;<sup>47</sup> la situación es diferente en los daños accidentales, cuando una persona inocente –en el sentido de que no han actuado intencional o dolosamente– ha causado un daño (un menoscabo, pérdida, sufrimiento) a otro. Como el modo más fácil de considerar los problemas de responsabilidad extracontractual es a través de ejemplos, pensemos en tres tipos de situacio-

<sup>46</sup> En los sistemas *common law*, la responsabilidad civil también se utiliza para la aplicación coercitiva de algunos derechos. Por ejemplo, en el caso de los derechos de propiedad, como en la restitución [*conversion*] o la invasión de tierras [*trespass to land*], la responsabilidad es objetiva y no requiere la existencia de daños materiales, es decir, la mera invasión genera responsabilidad.

<sup>47</sup> Los daños dolosos no parecen generar muchos problemas filosóficos: Si Juan, con conocimiento y voluntad, ataca a Pedro con un arma y lo lesioná, ataque es un delito civil y Juan debe compensar a Pedro. Entre los problema filosóficos que surgen, sin duda, el principal se refiere a las consecuencias no intencionales de la acción intencional: si Juan quería asustar a Pedro, pero Pedro se lesionó, la situación era diferente. ¿Era previsible que ello ocurriera y por tanto era “intencional”? ¿O el que haya dejado las consecuencias al azar constituyen *dolus eventualis* o culpa grave equivalente a dolo? En todo caso, creo todo lo que expresaré frente a los accidentes que también aplica para las consecuencias no intentadas de un acción intencional. Sobre algunas complicaciones filosóficas relacionadas con los daños intencionales, véase, Finnis, John, “*Intention in tort law*”, Owen (ed.) *Philosophical foundations of tort law*, cit., pp. 229-47; Cane, Peter, “*Mens Rea in Tort Law*”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000, pp. 533-556 y Sebok, Anthony, “*Purpose, Belief, and Recklessness: Pruning the Restatement (Third)’s Definition of Intent*,” *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, 2001, pp. 1165-86.

nes que nos ayudan ilustrar, teniendo en mente que la solución que brindemos creará un criterio para resolución de casos futuros: (i) Un conductor choca contra un ciclista. ¿Debe el conductor compensar los daños producidos aunque su actuación no haya sido culposa? ¿Debe valorarse su culpa? ¿Debe el ciclista –también inocente– asumir esos costos como un hecho de su mala suerte si el conductor no actuó de forma culposa (*e. g.*, el conductor era extremadamente cuidadoso, o el choque se produjo para evitar un accidente mayor, o por salvar una vida, o porque sufrió un infarto)? (ii) O pensemos en un médico genera un daño a la salud de su paciente. ¿Sólo debe compensar si violó los estándares de su profesión o fue negligente o imprudente? ¿Debe compensar los daños a su paciente aunque haya sido cuidadoso y la situación se escapó a su control? ¿O, el paciente –quién tampoco tenía control de la situación– debe asumir la discapacidad y sus costos sin más si su médico actuó con diligencia y cuidado? (iii) Un montañista perdido y a punto de morir, entra a una cabaña a buscar refugio y alimentación, causando considerables daños materiales. ¿Debe responder el montañista por esos perjuicios aún cuando cualquier persona hubiera actuado de la misma forma? ¿O debe el dueño de la casa asumir que esos costos hacen parte de sus deberes de “buen samaritano” y por ello cubrir sus costos?<sup>48</sup>

No hay una sola pregunta que cubra todos los interrogantes que abarca el problema filosófico de la responsabilidad objetiva y la responsabilidad

<sup>48</sup> Debe notarse que, quién esté en la posición del regulador –la persona que diseña y el sistema y señala los diferentes objetivos y fines de la responsabilidad extracontractual– debe resolver una tensión entre los derechos y deberes de dañadores y víctimas. Esta tensión puede ser presentada, siguiendo a Coleman, como un reflejo en los modelos. Cuando se crea un sistema de responsabilidad subjetiva, se maximiza la libertad de acción de los potenciales dañadores y se desprotege a las víctimas: si creamos un sistema de responsabilidad subjetiva donde sólo el dañador indemniza los daños que resultan de su conducta intencional o culposa, estamos creando un sistema de responsabilidad objetiva o de presunción de responsabilidad, pues las víctimas deben “responder” por los costos de los accidentes que sufren, a menos que puedan mostrar que hay culpa del dañador para trasladarle el costo. Pero, por otro lado, si creamos un sistema de responsabilidad objetiva o presunción de culpa, estamos limitando la esfera de actuación legítima y control de los dañadores: en un sistema de responsabilidad objetiva, los dañadores deben compensar por todos los daños incluso si actúan de forma diligente o heroica (es decir, deben compensar por ejecutar la actividad), creando un sistema de responsabilidad subjetiva para las víctimas que no recibirán indemnización en casos donde tengan participación causal relevante en la creación de los daños. Esta tensión entre dañadores y víctimas, entre libertad y protección, está en el fondo de los problemas de la responsabilidad civil extracontractual. Esta tensión sólo puede resolverse, como se plantea *infra* en III.5 a través de argumentos morales y políticos.

subjetiva. Las preguntas deben tener en cuenta la *responsabilidad moral* de los causantes y la *asignación los costos* que generan estos daños, además de la perspectiva de ambas partes de la relación, los objetivos más generales que pueden conseguirse a través de la responsabilidad extracontractual, principios de justicia y el papel del Estado. Entre otras, las siguientes parecen ser preguntas relevantes: ¿Deben las personas ser obligadas a compensar sin tener en cuenta si causaron el perjuicio de forma culposa? ¿O, por el contrario, es la culpa una requisito necesario para cualquier declaración de responsabilidad extracontractual? ¿Deben las víctimas sufrir los costos si la persona que le causó los daños es inocente, es decir, deben las víctimas ser objetivamente responsables de los daños que sufren a menos que puedan demostrar la culpa de otra persona en su causación? ¿En qué casos se puede de prescindir la culpa –es decir, condenar a pagar daños a personas inocentes? ¿Sólo la persona moralmente responsable de un acto está obligado a responder? ¿O le podemos asignar el costo del daño causado, sin que su participación haya sido moral y causalmente relevante en la realización? ¿Cuáles principios de moralidad, justicia y distribución informan la toma de estas decisiones? ¿Podemos balancear estas diferentes consideraciones? ¿Tienen nuestros sistemas jurídicos una estructura coherente, moralmente defendible y reflejan los principios adecuados de justicia?

El AED y las teorías basadas en la justicia tienen diferentes aproximaciones a estos problemas. Incluso, cada una de las distintas variantes de cada teoría presenta diferentes argumentos para preferir un tipo de responsabilidad extracontractual sobre el otro, o para proporcionar un balance de las consideraciones relevantes. En la siguiente sección, presentaré sucintamente los principales argumentos de cada una de estas posiciones, sin intentar una valoración más general del mérito teórico de cada aproximación.<sup>49</sup>

### 3. *El Análisis Económico del Derecho*

#### A. *El punto de acuerdo: La minimización de los costos de los accidentes*

El AED, como esbozamos anteriormente,<sup>50</sup> sostiene que nuestras prácticas jurídicas se explican y justifican en relación a un imperativo de eficiencia. Como los recursos sociales son escasos, el imperativo de eficiencia ordena

<sup>49</sup> Para valoraciones más generales sobre los dos aproximaciones a la responsabilidad extracontractual, véase Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 53-59 y 93-96.

<sup>50</sup> Véase, *supra*, II.3.

obtener el mayor beneficio o rendimiento de estos recursos. Esta caracterización general se extiende a la responsabilidad extracontractual, que es vista como un mecanismo particular para cumplir este objetivo social. Si la economía en general es la administración de los recursos a través de criterios racionales en búsqueda de su maximización, entonces la responsabilidad extracontractual, entendida en términos económicos, también maximiza la riqueza social. Pero esta búsqueda de la eficiencia en el derecho de daños se hace de una forma negativa: *minimizando* los costos de los accidentes, y el costo de evitarlos. Este es el gran punto de acuerdo de los teóricos del análisis económico, quienes sostienen que mediante la minimización de los recursos que se utilizan en el pago de compensaciones se optimizan los recursos sociales. Si bien los analistas económicos están de acuerdo sobre estos puntos, discrepan sobre cuál es el mejor modo de lograrlo: para algunos – representados por Guido Calabresi –, la responsabilidad objetiva es el mejor modo de incentivar la minimización de costos;<sup>51</sup> para otros – representados por Richard Posner – es la responsabilidad subjetiva. A continuación expondré estas posiciones.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> El que me centre en los argumentos de Calabresi y Posner no quiere decir que el AED no ha evolucionado desde entonces. Por el contrario, el AED ha alcanzado un alto nivel de sofisticación en teóricos más recientes como Steven Shavell, quién ha proporcionado el modelo teórico y matemático más refinado. Shavell elabora un modelo predictivo y normativo, en lenguaje natural y matemático, de los principales temas de la responsabilidad extracontractual, incluyendo responsabilidad objetiva y subjetiva, causalidad, valor de las pérdidas, y seguros, riesgos, costos de administración y demandados insolventes. Frente a la pregunta central de la responsabilidad extracontractual, es decir, la pregunta de si es mejor establecer una regla de responsabilidad objetiva o una de responsabilidad por culpa en nuestros sistemas de responsabilidad (o, desde la posición del regulador preferida por el analista económico, si los dañadores potenciales toman las mismas o menos precauciones cuando son juzgados frente a un estándar de negligencia que cuando lo son frente a un estándar de responsabilidad objetiva), Shavell manifiesta que si se calcula adecuadamente el óptimo de debido cuidado, tanto la responsabilidad por culpa como la responsabilidad objetiva con la eximente de “culpa exclusiva de la víctima” pueden generar incentivos. Sin embargo, si se introduce la variable “nivel de actividad” no se puede determinar si una regla es más eficiente que la otra. Shavell, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987. Para una presentación sucinta de esta posición, véase, Shavell, Steven, “Responsabilidad extracontractual por accidentes en el análisis económico del derecho”, en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual*, cit., pp. 453-468. Como mi interés es más en los argumentos planteados a favor de cada modelo, voy a dejar de lado el interesante pero escéptico modelo planteado por Shavell y me voy a concentrar en las posiciones de Calabresi y Posner.

<sup>52</sup> La siguiente exposición de las teorías de Calabresi y Posner resume y reproduce, Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, cit., pp. 43-50.

## B. *La defensa de Calabresi de la responsabilidad objetiva*

El argumento de Calabresi a favor de la responsabilidad objetiva hace parte de su proyecto reformador de la responsabilidad civil, expuesto en el clásico *The Costs of Accidents*.<sup>53</sup> La idea de Calabresi es modificar la pregunta del derecho de daños: En vez de preguntarnos la cuestión atributiva tradicional (“¿por qué A debe compensar a B por el daño causado?”), la pregunta correcta es más general: “¿qué debemos, como sociedad, hacer con los accidentes?” Así, el accidente deja de ser una cuestión privada para convertirse en un asunto social que debe ser tratado desde la regulación y las políticas públicas. El problema no es la injusticia del accidente o los deberes que una parte tenía con otra; el problema de los accidentes es que estos tienen un costo, y por tanto, lo que debemos hacer como sociedad es asignar (*allocate*) eficientemente tales costos. En todo caso, como es imposible evitar la ocurrencia de accidentes en la sociedad imperfecta en la que vivimos, debemos entonces “minimizar la suma de los accidentes y los costos de prevenirlos”.<sup>54</sup> El ideal que informa la posición es evitar que ocurran los accidentes que no ameriten sus costos, y distribuir el costo de los accidentes que no valen el costo de evitarlos. ¿Cómo se logra ello? El principal método que Calabresi propone para hacerlo es la disuasión general, que confía en que el precio del mercado cree incentivos a las partes en la realización de una actividad, mediante la imposición de reglas de responsabilidad con el fin de que los particulares incorporen las externalidades que una actividad genera en el precio de ella.<sup>55</sup> Utilicemos uno de los ejemplos anteriores: imaginemos que el regulador quiere disminuir el costo de los accidentes que ocurren entre conductores y ciclistas. Si el costo de los accidentes se les carga exclusivamente a los conductores mediante una regla de responsabilidad objetiva, haciendo así más cara la actividad de conducir, se espera que los agentes racionales opten, por ejemplo, por conducir con más cuidado, comprar carros más seguros, conducir menos o elegir otras formas de transportarse. Si por el contrario, la responsabilidad se le carga al ciclista, este también modificará su comportamiento, absteniéndose de conducir por determinadas zonas o haciéndolo con más cuidado. El aspecto clave es que el costo de los accidentes se reduce mediante reglas de responsabilidad que tiendan hacia la eficiencia. Ahora bien: ¿A quién se le carga la respon-

<sup>53</sup> Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents*, New Haven, Yale University Press, 1970 (hay traducción, *El coste de los accidentes*, Ariel, Barcelona, 1984).

<sup>54</sup> Calabresi, *The Costs of Accidents*, cit., p. 26.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 68-72.

sabilidad? La respuesta a esta pregunta es la afirmación más importante y famosa de esta concepción: Calabresi propone un sistema disuasión general asigna el costo de los accidentes (el daño en la persona, el daño en la propiedad, los daños morales y el lucro cesante) a la persona que podría evitar o prevenir el accidente de la forma más barata (*cheapest cost avoider*). Es decir, si el objetivo es minimizar el costo de los accidentes evitando su ocurrencia, la forma más eficiente de hacerlo es que quienes puedan evitar los accidentes con una menor cantidad de dinero se encarguen de ello, y así utilizar la menor cantidad de recursos sociales en esta actividad. El proyecto de Calabresi busca ofrecer un conjunto de reglas y criterios para guiar esa minimización.

En este marco se debe entender la defensa de Calabresi de la responsabilidad objetiva como la posición más coherente que puede tomar la responsabilidad extracontractual en búsqueda de la minimización.<sup>56</sup> En su opinión, la responsabilidad basada en la culpa no es un sistema adecuado porque el uso eficiente de los recursos sociales no puede ser alcanzado por jueces restringidos al universo bilateral entre el demandante y el demandado. En su concepto, en los sistemas de responsabilidad por culpa se pierden de vista tres aspectos importantes: En primer lugar, el litigio se enfoca en las circunstancias particulares de un accidente en vez de referirse a las características generales que permitirían la evitación de ese tipo de accidentes en el futuro. En segundo lugar, el objetivo principal (la disuasión) se convierte en un objetivo secundario debido a la formulación errónea de los problemas en los litigios de responsabilidad: el estándar de culpa se formula una pregunta moral (*i. e.*, si una persona actuó de forma razonable o como un buen parente de familia), una pregunta cuya verdadera solución está en las políticas públicas y la distribución de riesgos y recursos. En tercer lugar, el sistema subjetivo no explica cómo un grupo de personas puede ser incentivado por las reglas. Mientras que las reglas de responsabilidad idealmente se deberían referir al grupo completo, por ejemplo a los ciclistas, la condena o absolución en un litigio particular a un conductor necesariamente no incentivan a los demás conductores a tomar precauciones eficientes. En conclusión, la responsabilidad por culpa reprocha únicamente la conducta negligente del caso concreto, y no obliga a que esa conducta culposa se evite en el futuro, o, al menos, no es la forma más eficiente de hacerlo.

Debe notarse que en la posición de Calabresi, debido al giro que propone en la pregunta central de la responsabilidad extracontractual, no hay

<sup>56</sup> Este argumento es presentado en, *Ibidem*, pp. 37-45.

nada importante o substancial en la relación entre el dañador y la víctima. Esta particular perspectiva de los analistas económicos es especialmente criticada por los teóricos de la justicia correctiva, quienes manifiestan que el AED no puede proporcionar un análisis conceptual de las estructuras vigentes de nuestro derecho de la responsabilidad extracontractual.<sup>57</sup> Según nuestra concepción ordinaria, la responsabilidad extracontractual trata de la relación entre dos personas: una que sufre un daño (B) y quien tiene una pretensión legítima contra la persona que lo causó (A). En todo caso de responsabilidad extracontractual se requiere que A sea la causa del perjuicio de B, y se requiere explicar por qué A, y nadie más, es el obligado a compensar a B, y a nadie más. Además, el hecho de decir que “la persona que estaba en la posición más barata de evitar los daños” no explica por qué si el conductor le causa un daño a un ciclista, es él quien debe pagar los perjuicios, y no un tercero (el fabricante del carro, o el Estado o cualquier otro particular) que efectivamente pudo haber estado en la mejor posición económica para evitar la ocurrencia el daño. Al no captar la estructura del deber de indemnizar que surge como consecuencia de que el derecho de la víctima a no ser dañada ha sido infringido, al desconocer los conceptos jurídicos y causales y la terminología básica de la atribución de responsabilidad, y al desconocer que esta relación equivale a la relación jurídico-procesal que surge en los juicios de responsabilidad extracontractual, los teóricos de la justicia correctiva han sostenido el análisis económico en general, y la teoría de Calabresi en particular, no puede ser una explicación exitosa de nuestras prácticas actuales de responsabilidad civil.<sup>58</sup> En mi concepto, la crítica de los teóricos de la justicia correctiva es acertada. El AED no es una análisis conceptual o una explicación de la responsabilidad civil extracontractual (i.e., no busca proporcionar un criterio sobre el uso del concepto “responsabilidad civil”), sino que en su versión más fuerte debe ser visto como una posición normativa o justificatoria, en la medida en que establece un criterio para la evaluación de los sistemas actuales de responsabilidad. La postura de Calabresi no es que un caso de responsabilidad

<sup>57</sup> Se puede denominar a esta la “crítica estándar”. Véase Coleman, Jules, “The Economic Structure of Tort Law”, *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, pp. 1233-1253; *The Practice of Principle*, *cit.*, pp. 13-25; *Risks and Wrongs*, *cit.*, pp. 320-40; Weinrib, *The Idea of Private Law*, *cit.*, pp. 45-48

<sup>58</sup> Calabresi, sin embargo, ha objetado tal crítica. En un ensayo reciente cuestionó la centralidad de la relación entre dañador y la víctima como un elemento central de la explicación. Véase, Calabresi, Guido, “A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Missaprehension”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, núm. 2, 2014, pp. 1-13

por un accidente entre un ciclista y un conductor un juez deba asignar la responsabilidad a aquel que estaba en la posición más barata para evitarlo; sino que el regulador, para los futuros casos entre ciclistas y conductores, cree reglas que asignen la responsabilidad a aquel que tenga que invertir menos dinero en su evitación.

### C. *La defensa de Posner de la responsabilidad subjetiva*

Al contrario de la posición de Calabresi, la posición del Richard Posner se construye dando prelación a la culpa.<sup>59</sup> Sin embargo, el análisis económico tiene una interpretación particular de la culpa diferente de la doctrina tradicional. En la doctrina tradicional entiende la culpa como un concepto moral, es decir, es relacionada con un estándar de “prudencia”, “razonabilidad”, o “un buen padre de familia”, por lo cual se considera civilmente responsables a las personas que desconocen este estándar y se les reprocha su actuación mediante la imposición de una condena a pagar los costos que sus actos imprudentes o irrazonables han producido. Desde una perspectiva diferente, el economista entiende la culpa como un concepto económico cuyos términos son objetivables, medibles y resumibles en una fórmula para su cálculo. Esta fórmula, cuya versión más conocida fue introducida por el juez Learned Hand en el caso *U. S. v. Carroll Towing*,<sup>60</sup> considera que una conducta fue realizada de forma culposa cuando no se tomaron los costos que hubieran resultado más económicos.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Me centraré en la posición clásica del argumento. Posner, Richard A., “A Theory of Negligence,” *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 29-96.

<sup>60</sup> 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

<sup>61</sup> La interpretación más común de la fórmula de Hand es la siguiente: la pérdida proyectada de un accidente puede ser definida como la probabilidad de que un tipo dado de accidente ocurra ( $P$ , probabilidad), multiplicado por la magnitud de la pérdida ( $L$ , por “loss”) que resultaría si el accidente ocurre, es decir, la pérdida proyectada se define como ( $P \cdot L$ ). El costo de tomar las precauciones debe ser entendido como el costo de implementar las medidas para reducir la probabilidad de que un accidente ocurra; o, en la formulación de Hand, “burden of precaution”: B. Por lo tanto, si los costos de tomar las precauciones eran menores que la pérdida esperada ( $B < P \cdot L$ ), la conducta será considerada culposa. La culpa es entendida, entonces, como una regla que permite desincentivar actividades dañinas que disminuyen el nivel de riqueza social. Posner, “A Theory of Negligence”, *cit.*, p. 32. Para una excelente exposición sucinta de la fórmula de Hand, véase Acciari, Hugo, “El análisis económico del derecho de daños. Una aproximación general”, en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *Filosofía de la Responsabilidad Civil*, *cit.*, pp. 427-429.

Hay un supuesto de esta posición que debe sacarse a relucir: Si un agente realiza una actividad beneficiosa socialmente que causa perjuicios, y toma precauciones adecuadas para mantener esa actividad rentable, no debe ser obligado a compensar por los daños que causa. Por el contrario, si el daño social que genera es mayor que los beneficios que se obtiene de la inversión de recursos en prevención, debería ser obligado a responder por estos. Para el economista, pensar de otra forma sería ponerle un freno a la actividad económica e impedir la maximización de la riqueza. Posner cree que este criterio de responsabilidad por culpa va de la mano con el progreso económico y el desarrollo de las medidas de seguridad necesarias para la expansión económica de una sociedad moderna. Su ejemplo es la industria ferroviaria: el transporte férreo, que sin duda traen un beneficio social gigantesco, serían inviables si las empresas ferroviarias tuvieran que responder por *todos* los daños que causan a lo largo de sus vías. La función del derecho es obligar a las empresas ferroviarias a tomar las mayores precauciones posibles según su estructura de costos, es decir, a invertir eficientemente en las medidas para que no se generen accidentes. Sin embargo, exigir más allá de eso sería hacer la actividad económicamente inviable y, con ello, detener el progreso social. De este modo, el Estado crea reglas de responsabilidad para que los agentes económicos inviertan en la evitación de los accidentes, de modo tal que si no realizan las inversiones adecuadas y los generan, ellos deben cubrir con los costos generados. Por el contrario, si un daño no es evitable con las precauciones económicamente adecuadas pero genera beneficios sociales mayores a los costos del accidente, estos deben ser cubiertos por la víctima.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Los demás conceptos centrales de la responsabilidad extracontractual se explican según el mismo criterio, dando siempre prelación a la disuasión eficiente. Por ejemplo, para Posner la protección contra perjuicios producidos por actuaciones dolosas o intencionales no ocurre porque sea moralmente reprochable dañar a otro, sino porque es mucho menos eficiente en términos económicos: Si no existiera una regla contra los perjuicios producidos por actuaciones dolosas, las sumas que tendrían que invertir las personas para proteger su propiedad serían demasiado altas. Posner, *Economic Analysis of Law*, *cit.*, pp. 204-209; y Landes y Posner, *Economic Structure of Tort Law*, *cit.*, pp. 149-189. (Algo similar ocurriría en derecho penal: El hurto, el que una persona tome la propiedad de otro, no es prohibido porque robar sea inmoral o injusto, sino porque es económicamente ineficiente que las personas inviertan sus recursos en protegerse de que los demás les quiten sus propiedades. El beneficio social que el ladrón obtiene del robo es mucho menor que los costos que el dueño del bien tendría que asumir si la seguridad de sus bienes fuera un asunto meramente privado; es decir, es más caro que cada quien se cuide por sí mismo y es más barato sancionar a los que roban). Eso deja un campo abierto para considerar que si una conducta genera un beneficio social desmesuradamente alto, un agente podría privar o dañar la propiedad de

La concepción de Posner ha sido criticada por los teóricos basados en la justicia, quienes sostienen que tal aproximación formal, matemática y algebraica al derecho parte de premisas irreales y defectuosas, que conduce a una visión reduccionista, forzada e ingenua de la realidad. Se ha dicho, por ejemplo, que lecturas de tipo posneriano a la responsabilidad subjetiva confunden la actuación *racional* con la actuación *razonable*.<sup>63</sup> El cálculo costo-beneficio racional que nos exige la fórmula de Hand, por ejemplo, puede de funcionar para el agente individual o para grupos que tienen un solo fin, pero yerra porque no toma en cuenta que las personas valoran diferentes cosas diferentes. Por el contrario, dice Keating, el derecho no exige un “cálculo *racional* de riesgos”, sino un “cálculo *razonable* de riesgos” que buscan aplicarse a personas libres e iguales con fines diversos y aspiraciones, que buscan alcanzar esos logros en términos justos. Por otro lado, también se dicho vale mencionar las múltiples sobre la famosa fórmula de Learned Hand, que ha sido descrita como un “mito” o un criterio “invisible” que

---

otro en aras de garantizar la eficiencia colectiva. En el mismo sentido, la responsabilidad objetiva se explica bajo consideraciones similares de eficiencia. En los casos en que la responsabilidad por culpa fracasa en optimizar el uso de los recursos –es decir, cuando los perjuicios sociales de una actuación dañosa no son evitables mediante las inversiones adecuadas en seguridad, y estos perjuicios colectivos son mayores que el beneficio que obtiene el agente que lo crea–, debe surgir una regla que establezca que el agente debe cubrir con todos los costos sin importar si ha invertido o no adecuadamente en seguridad. Posner, no obstante, incluye una restricción adicional: todo sistema de responsabilidad objetiva debe incluir la posibilidad de valorar la conducta culposa de la víctima para apreciar su participación en el daño, para que también se le generen a ésta incentivos para actuar de forma eficiente. Imaginemos que en un sistema donde existe una regla de responsabilidad objetiva por los perjuicios que los conductores causen a los ciclistas, un ciclista sin aditamentos reflectivos para la noche se atraviesa en la vía y es atropellado. Obligar al conductor a pagar al ciclista sería económicamente ineficiente, pues la mejor respuesta económica es que los ciclistas nocturnos utilicen elementos para alertar a los conductores de su presencia; de otra forma, el conductor debe andar con un cuidado excesivo sin saber si hay ciclistas en la vía, lo cual disminuye los beneficios sociales que trae la velocidad. Esta posibilidad de valorar la conducta de la víctima en la responsabilidad objetiva puede ser traducida al modelo continental de la siguiente forma: A pesar de la preferencia por un sistema general de responsabilidad subjetiva (probada), en algunos casos se debe presumir la culpa. Esta presunción es diferente de la responsabilidad objetiva, pues el dañador puede eximirse demostrando la culpa exclusiva o concurrente de la víctima. Posner, *Economic Structure of Tort Law*, *cit.*, pp. 54-85.

<sup>63</sup> Véase Keating, Gregory, “Reasonableness and Rationality in Tort Theory”, donde proporciona esta interpretación. Véase, además, Coleman y Mendlow, “Teorías de la responsabilidad extracontractual”, *cit.*, p. 194-5.

nunca nadie, ni siquiera los mismos Hand o Posner en los famosos casos, han podido una realizar aplicación correcta de la fórmula.<sup>64</sup>

#### 4. *Teorías basadas en la justicia*

Las diferentes teorías de la justicia correctiva divergen sobre el mejor modelo de responsabilidad. Algunas teorías, como las Epstein o Weinrib, son monistas, en el sentido de que prefieren un tipo de responsabilidad (objetiva y subjetiva, respectivamente) como la aproximación que mejor encarna el criterio de justicia correctiva. La mayor parte de las teorías, como las de Coleman, la responsabilidad-resultado y el recurso civil, son pluralistas, en el sentido de que intentan acomodar los dos sistemas de responsabilidad. Presentemos el argumento central de estas posiciones.

##### A. *La defensa de Epstein de la responsabilidad objetiva*

Richard A. Epstein propuso concepción de la justicia correctiva basada en el liberalismo libertario<sup>65</sup> y que defiende un sistema general de responsabilidad objetiva.<sup>66</sup> En esta concepción el elemento relevante de todo caso de responsabilidad extracontractual es que un sujeto A ha infringido los derechos de un sujeto B a su integridad física o moral o a su propiedad. Como los derechos de B son valiosos, *todo* aquel que cause una infracción sobre esos derechos debe compensarla, a menos que pueda demostrar que hay una excusa o justificación en su acto (como, por ejemplo, legítima defensa).<sup>67</sup> Uno de los fines de la responsabilidad es que el demandante asuma la

<sup>64</sup> Wright, Richard W., “Hand, Posner and the Myth of the ‘Hand Formula’”, *Theoretical Inquiries of Law*, vol. 4, 2003, pp. 146-196; Hilles, Steven “The Invisible Hand Formula”, *Virginia Law Review*, vol. 80, 1994, pp. 1015-1054. Para otras críticas Green, Michael, “Negligence = Economic Efficiency: Doubts”, *Texas Law Review*, vol. 75, 1997, pp. 605-1644, y Coleman, *Risks and Wrongs*, *cit.*, pp. 486-488. Algunos autores han criticado a Posner por llevar una “doble vida” en su interpretación de la responsabilidad objetiva, pues en los casos que ha decidido como juez ha contradicho los mandatos de su propia teoría. Por ejemplo, véase Rosenberg, David, “The Judicial Posner on Negligence versus Strict Liability: *Indiana Harbor Belt Railroad Co. v. American Cyanamid Co.*”, *Harvard Law Review*, vol. 120, pp. 1210-1222.

<sup>65</sup> Epstein, Richard A., “A Theory of Strict Liability”, *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1971, pp. 151-204 (especialmente p. 165, n. 42). La teoría fue rechazada en escritos posteriores.

<sup>66</sup> Esta exposición resume y reproduce, Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 71-74.

<sup>67</sup> Epstein. “A Theory of Strict Liability”, *cit.*, p. 274.

pérdida del otro como si fuera propia; es decir, “si el demandado debe [cubrir] todos los costos en aquellos casos donde daña sus propios bienes, también debe [cubrir] los daños que genera en la propiedad ajena.”<sup>68</sup> Al ser la infracción de un derecho el elemento más relevante de la responsabilidad extracontractual, el hecho de que el dañador haya actuado de forma dolosa, culpable o inocente es irrelevante. De este modo, el sistema de responsabilidad objetiva es la única manifestación coherente del principio de justicia correctiva, el cual, según Epstein, obliga a todo aquel que cause un daño a indemnizar a su víctima.<sup>69</sup> Bajo este entendimiento, el montañista de nuestro ejemplo, debe pagar los daños que produjo incluso si se encontraba en estado de necesidad; el dueño de la cabaña no debe soportar el daño sencillamente porque la actuación del montañista no fue culposa.

Este argumento se fundamenta en argumentos de filosofía política y moral, inspirados en la concepción libertaria de Robert Nozick.<sup>70</sup> Una de las premisas fundamentales del liberalismo libertario es que una persona tiene derechos inviolables sobre su cuerpo, su reputación y a los bienes que adquiere legítimamente. Los bienes de una persona son suyos y nadie puede quitárselos o dañarlos; y eso incluye a otros ciudadanos y al gobierno mediante impuestos. Las personas son absolutamente libres de actuar en la sociedad siempre y cuando no interfieran con los derechos de los demás; y en caso de que tales interferencias ocurran, el responsable está obligado a compensar. Un modo simple de leer la visión libertaria es el siguiente: Cuando un ser racional decide actuar y tomar riesgos involucrándose en actividades sociales, lo hace en pro de conseguir ganancias; pero al mismo tiempo debe ser consciente que debe responder por las pérdidas que cause a otros. En el mismo sentido en que las ganancias que obtenga de la actividad le pertenecen, ellas hacen parte de sus derechos inviolables y no las debe compartir con nadie (muchos libertarios critican la redistribución mediante impuestos), las pérdidas que se generen y las infracciones que

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>69</sup> Los argumentos de Javier Tamayo Jaramillo a favor la responsabilidad objetiva en derecho colombiano son muy parecidos a los de Epstein. Para Tamayo Jaramillo, la responsabilidad objetiva no se justifica en la creación de riesgos por actividades peligrosas, sino en el derecho de propiedad, es decir, el derecho a tener y usar bienes, que es vulnerado cuando esos bienes son afectados por otros. El que el causante del daño sea culpable o no es irrelevante. Véase Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2007, pp. 845-857.

<sup>70</sup> Nozick, Robert, “Prohibition, Compensation and Risk”, *Anarchy, State, and Utopia*, cit., pp. 54-87.

causen a los derechos de los demás son costos que solamente él debe cubrir, y sería injusto que alguien se los subsidiase. De este modo, cuando A daña a B infringiendo uno de sus derechos inviolables le está causando un perjuicio que B no está obligado a soportar o subsidiar. No se debe valorar si el acto fue doloso o inocente, o si a actuó con culpa o sin ella: lo único que cuenta es la infracción del derecho.<sup>71</sup>

Es importante señalar que la mayor carga de la concepción libertaria ha sido desarrollar la noción de relación de causalidad. Como un agente sólo es responsable por los daños que *causa* a otro, esta versión de la justicia correctiva sólo cobra sentido dentro una comprensión muy fuerte la relación de causalidad, que Epstein construye sobre el “sentido ordinario” del término. Según este entendimiento, cuando un tribunal manifiesta que A fue la causa del daño de B, no se refiere a ningún sentido metafísico de causalidad sino que se basa en nuestras intuiciones y en el sentido común sobre la causalidad, es decir, la idea que una persona ordinaria tiene de la “causa” de un acto y que esta persona común utiliza para embarcarse en ciertas acciones y abstenerse de otras. Este sentido ordinario de la causalidad fue desarrollado por H. L. A. Hart y Anthony Honoré, y, según afirma Epstein, se aplicaba en el antiguo derecho romano.<sup>72</sup> Sin embargo, esta teoría de la causalidad es la principal debilidad de la concepción libertaria de la responsabilidad extracontractual. Stephen R. Perry ha desarrollado una poderosa crítica donde manifiesta que parece haber una concepción de culpa en muchos elementos de la noción libertaria de causalidad.<sup>73</sup> Desde la visión de Perry, los daños en responsabilidad extracontractual requieren la participación causal de ambas partes. Por ejemplo, para que un conductor atropelle a un ciclista en una vía se requiere que el ciclista haya salido esa mañana a pasear; es decir, *ambos* tienen una participación causal en el hecho del accidente. Entonces, no puede entenderse la responsabilidad en sí misma sobre la base de la causalidad pura, pues se debe aislar un criterio normativo diferente para que se atribuya la responsabilidad. Por ejemplo, se puede establecer que como el conductor ha atropellado *imprudentemente* al ciclista, o que como el conductor es *más responsable* que ciclista en la realización del accidente, es él quien debe cubrir los costos. Así pues, dado que el

<sup>71</sup> Para una crítica del argumento libertario en responsabilidad extracontractual, véase Perry, Stephen R., “The Impossibility of General Strict Liability”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 1, 1988, pp. 147-171; y Coleman, Jules L. y Ripstein, Arthur, “Mischief and Misfortune”, *McGill Law Journal*, vol. 41, 1995, pp. 91-103.

<sup>72</sup> Epstein, “A Theory of Strict Liability”, *cit.*, pp. 162-64.

<sup>73</sup> Perry, “The Impossibility of General Strict Liability”, *cit.*, pp. 150-171.

argumento debe apoyarse en concepciones normativas que, arguye Perry, incluyen en ciertos elementos de culpa como un elemento de la relación de causalidad, un sistema general de responsabilidad objetiva parece ser conceptualmente imposible.<sup>74</sup>

### B. *La defensa de Weinrib de la responsabilidad subjetiva*

Ernest J. Weinrib ha presentado una de las interpretaciones más detalladas de la justicia correctiva, según la cuál sólo la responsabilidad subjetiva es compatible con ésta.<sup>75</sup> Weinrib sostiene que la idea aristotélica de justicia correctiva tiene como idea central la bipolaridad o correlatividad de la relación entre el dañador y la víctima.<sup>76</sup> La justicia correctiva no es un principio moral, sino una forma de justicia entre las partes, que es diferente de la justicia distributiva. La responsabilidad extracontractual se encarga de un tipo particular de relaciones que ocurren cuando se rompe el equilibrio normativo preexistente entre las partes y se hace necesaria una compensación que obligue a la restauración de este equilibrio. En otras palabras, cuando A le causa un perjuicio a B está rompiendo un equilibrio normativo preexistente entre las partes, por lo cual A está obligado a restaurar ese equilibrio mediante una compensación que debe pagar a B. El elemento central es, entonces, la relación entre A y B y ninguna otra relación es importante. Esta relación hace inteligible que (1) B tiene un derecho

<sup>74</sup> Entre nosotros, Carlos Rosenkrantz ha desafiado la objeción de Perry y ha tratado de defender un sistema general de responsabilidad objetiva. Para Rosenkrantz, el argumento de Perry parte de la premisa infundada de que la causalidad incluye necesariamente una concepción de culpa. Apoyándose en J.J. Thompson, trata de construir un criterio válido de causalidad para la responsabilidad objetiva. Tengo dudas sobre el éxito de la propuesta, pero creo que Rosenkrantz señala el camino correcto: un sistema de responsabilidad objetiva general sólo es posible si logra construir una teoría adecuada de la causalidad. Véase, Rosenkrantz, Carlos, “Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual”, en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *Filosofía de la Responsabilidad Civil*, cit., especialmente, pp. 354-381 y “En defensa de la responsabilidad estricta”, *Revista de responsabilidad civil y seguros*, vol. 11, 2009, pp. 3-16.

<sup>75</sup> Weinrib, Ernest J., *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, y *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Para una presentación sucinta de estas ideas, véase, Weinrib, Ernest J. “Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva” en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *Filosofía de la Responsabilidad Civil*, cit., pp. 325-334. Esta exposición resume y reproduce, Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, cit., pp. 80-6.

<sup>76</sup> Weinrib, “Understanding Tort Law”, cit., pp. 485-526.

a que no se vulnere el equilibrio normativo, que es correlativo a un deber de B de no vulnerarlo; (2) la actuación de A es relevante para B sólo y en la medida en que vulnera ese equilibrio y viceversa; y (3) esa actuación genera un deber de A de compensar por las consecuencias de sus actos, que es correlativo a un derecho de B de recibir la compensación. La justicia correctiva es, entonces, la idea de que “la responsabilidad rectifica la injusticia que una persona ha sufrido por otra”.<sup>77</sup>

El argumento a favor de la responsabilidad subjetiva depende de un argumento exegético adicional.<sup>78</sup> En todo caso, la noción central es que el equilibrio entre las partes no se vulnera por la simple causación fáctica de un perjuicio, sino que su rompimiento requiere una vulneración *normativa*:<sup>79</sup> sólo se vulnera el equilibrio cuando las personas actúan de una forma que no están legitimadas, es decir, por fuera de sus derechos y violando los deberes que tienen frente a los demás. La vulneración implica que hay pérdidas y ganancias *normativas correlativas* entre el dañador y la víctima: cuando a una víctima se le viola una derecho y con ello sufre una perdida normativa, ésta es a su vez es correlativa a una ganancia normativa del dañador. De esta concepción del “equilibrio normativo” se deriva el argumento que sostiene que la culpa es el único modelo coherente con la justicia correctiva. Debido a que únicamente el incumplimiento de los deberes genera responsabilidad extracontractual, se requiere que la actuación del demandado sea *ilícita*, es decir, que haya vulnerado el estándar relevante (“hombre razonable”, “buen padre de familia”, etc.). De este modo, el hecho de que una parte haya causado fácticamente un daño en otra por sí mismo no genera responsabilidad extracontractual: se requiere además la violación del criterio normativo. Para fundamentar su tesis como la interpretación adecuada del *common law*, Weinrib sostiene que la ilicitud debe entenderse

<sup>77</sup> Weinrib, “Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice”, *cit.*, p. 349.

<sup>78</sup> Para Weinrib, Aristóteles no explica el modo como se debe entender la igualdad previa de las partes que genera el equilibrio normativo. Por ello, Weinrib integra la concepción aristotélica con una noción kantiana-hegeliana de personalidad, para hacer inteligible esta noción de justicia. La filosofía del derecho kantiana parte de la idea de que todos los seres humanos somos libres e iguales, como parte del derecho innato de cada miembro de la humanidad de ser su propio maestro. Desde este modo, la igualdad no se encuentra en una distribución justa de los recursos sociales, sino en la igualdad formal de las “voluntades libres”. Las personas y la propiedad son, entonces, la personificación de esta voluntad individual, y tales no pueden ser sujetas a la interferencia intencional o culposa de otras voluntades. Así pues, del hecho de ser iguales y libres surge un equilibrio normativo entre todas las personas. Weinrib. *The Idea of Private Law*, *cit.*, pp. 20-40.

<sup>79</sup> No es una vulneración en el mundo del “ser”, sino en el mundo del “deber ser”.

como una “secuencia fáctico-normativa” que se explica por su coherencia interna: una mitad de la secuencia es la infracción del deber de cuidado por el demandante, la otra mitad es la causación fáctica de perjuicio en el demandado. Estos elementos no operan como ítems independientes, sino que sólo constituyen un daño “cuando actúan conjuntamente”, dado que la “importancia de uno se entiende en términos del otro”.<sup>80</sup> Como en la responsabilidad objetiva, por el contrario, el deber únicamente se hace “operativo” tras la causación del daño y el perjuicio se define en relación con una sola parte, ella “es incompatible con la justicia correctiva” y es “inconsistente con la justicia correctiva y con el concepto de agencia que subyace al Derecho kantiano”.<sup>81</sup> Es importante notar, sin embargo, que lo anterior no impide la existencia de sistemas de responsabilidad objetiva o mecanismos administrativos o de seguro que propendan a la eficiencia, pero ellos no pueden ser denominados responsabilidad extracontractual en sentido estricto. La responsabilidad extracontractual es una relación normativa entre dos partes y requiere un juez que verifique el cumplimiento o incumplimiento de los deberes y su efecto correlativo en los derechos de la otra parte, y al no cumplir estos requisitos, estos seguros y mecanismos administrativos son “externos” a la responsabilidad extracontractual.<sup>82</sup>

La posición de Weinrib ha sido criticada –creo que de forma justa– por su exceso de formalismo que elimina cualquier tipo el contenido substantivo en la justicia correctiva<sup>83</sup> y porque termina estudiando el derecho “en pos del derecho”,<sup>84</sup> ocupándose de formas y estructuras inmanentes y abandonando las relaciones y los derechos en juego.<sup>85</sup> Además, su posición frente a la responsabilidad objetiva es problemática, pues parece dejar una parte substancial de nuestro concepto ordinario por fuera de la explicación. Sin embargo, no se debe sobreestimar el valor de estas objeciones. Weinrib, entre todos los filósofos de la responsabilidad extracontractual, es quien ha presentado la mejor exégesis de la posición clásica y de los argumentos

<sup>80</sup> Weinrib, *The Idea of Private Law*, cit., pp. 154-160.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 171, 203.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 171-200.

<sup>83</sup> Wright, “Substantive Corrective Justice”, cit., pp. 531-665.

<sup>84</sup> Rabin, Robert L., “Law for Law’s Sake”, *Yale Law Journal*, vol. 105, 1995, pp. 2261-2283.

<sup>85</sup> Véase Simmons, Kenneth W. “Justification in Private Law”, *Cornell Law Review*, vol. 81, 1996, pp. 698-743, y Kress, Kenneth, “Coherence and Formalism”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 16, 1993, pp. 639-689.

kantianos-aristotélicos,<sup>86</sup> los cuales –no sobra decir– son los que han informado la tradición continental de la responsabilidad civil extracontractual.<sup>87</sup> Creo que la exclusión de la responsabilidad objetiva que hace Weinrib no debe ser leída como un punto práctico o un llamado a la reforma, sino que es simplemente un punto de *coherencia conceptual*: si aceptamos el lenguaje aristotélico-kantiano y sus categorías básicas, ese lenguaje excluye a la responsabilidad objetiva como un elemento de la responsabilidad extracontractual. Creo que él está en lo cierto en este punto, y esta es unaclarificación importante en nuestro contexto. En Latinoamérica, a veces se suele asumir como correcto el lenguaje de la aristotélico-kantiano que informó la codificación, pero al mismo tiempo, se toman otros argumentos más modernos (como desarrollados con la industrialización sobre las funciones “públicas” de la responsabilidad extracontractual) para fundamentar sistemas de responsabilidad objetiva, generando síntesis heterodoxas y creativas de posiciones argumentativas disímiles. Sin embargo, desde la perspectiva de Weinrib, ambas posiciones son incompatibles y generan estructuras conceptuales incoherentes. Se podría decir que estas incoherencias conceptuales a veces se reflejan en debates sobre si determinadas instituciones “son o no” responsabilidad extracontractual.<sup>88</sup> Para evitar tales discusiones,

<sup>86</sup> Sin embargo, tengo algunas dudas sobre la coherencia de su posición. Mi crítica exegética Weinrib se encuentra en Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 83-6.

<sup>87</sup> Al respecto de la influencia de los argumentos continentales en la tradición del civil law, véase *infra*, sección VI.1, en especial, nota 127.

<sup>88</sup> Un ejemplo muy diciente –al cual volveremos *infra*, sección IV.2.A– es el debate sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por atentados terroristas cometidos por terceros como parte de la responsabilidad civil: algunos sostienen que el Estado debe responder basado en deberes de solidaridad y justicia distributiva; mientras que otros sostienen tales condenas no son posibles, pues la función de la responsabilidad civil es la corrección. (Al respecto de este tipo de responsabilidad, véase, Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *Filosofía de la Responsabilidad Civil*, *cit.*, pp. 17-19 y quinta parte, pp. 471-590, además de los textos citados *infra* en notas 137). Lo que algunos de los actores no parecen notar es que en el trasfondo hay un debate sobre la noción misma de la responsabilidad civil: si sostengamos, con el entendimiento ortodoxo de Weinrib, que el punto de la responsabilidad civil es la justicia correctiva, no hay lugar para tales indemnizaciones. Por otro lado, si sostengamos que la responsabilidad civil puede distribuir y ejecutar deberes de solidaridad, no podemos seguir utilizando el entendimiento clásico. Lastimosamente, algunos participantes del debate quieren, al mismo tiempo, mantener el lenguaje un entendimiento ortodoxo de la responsabilidad extracontractual e incluir e categorías más modernas. Ello se nota en las citaciones que utilizan, combinando abruptamente fuentes clásicas y contemporáneas. Estas síntesis incoherentes no sólo muestran que las partes no están de acuerdo en los términos del debate, sino que pone nuevamente de plano la importancia de la filosofía de la responsabilidad extracontractual a la que hicimos referencia en *supra* II.2.

las nuevas teorías pluralistas que señalaremos a continuación, dejan de lado el legado aristotélico-kantiano y se sienten en libertad de repensar la responsabilidad civil extracontractual.

### C. *Las tres teorías de la justicia correctiva de Coleman*

Las teorías pluralistas que señalaremos a continuación tratan de responder a las teorías monistas, creando entendimientos de la responsabilidad extracontractual que acomoden a los dos regímenes. Jules Coleman, uno de los principales representantes de la filosofía de la responsabilidad extracontractual, ha desarrollado al menos tres intentos por conceptualizar la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva: la concepción “anuladora,” la concepción “mixta” y una variación de la concepción mixta.<sup>89</sup>

La idea principal de la primera concepción, la concepción *anuladora* de la justicia correctiva, es que una persona tiene derecho a ser compensada por las pérdidas ilícitas que sufre, es decir, es un requisito de la justicia correctiva que las pérdidas ilícitas sean anuladas o eliminadas. Si bien considera que este principio moral de justicia correctiva fundamenta un derecho en las personas que han sufrido pérdidas ilícitas (o, como dice Coleman, establece un “fundamento de compensación” para las víctimas); este principio moral no establece un “modo” particular en el cual esta anulación deba realizarse, es decir, no privilegia la responsabilidad objetiva, subjetiva u otros medios, ni establece un obligado particular. La concepción anuladora fue criticada por Stephen R. Perry,<sup>90</sup> quien sostiene que es un error que la concepción anuladora no reconozca la relación entre el dañador y la víctima en una explicación de la responsabilidad extracontractual. Como en la concepción anuladora se afirma que la distribución de las pérdidas es una responsabilidad del Estado, el cual debe señalar los modos de responsabilidad, el problema de la responsabilidad extracontractual se convierte en un problema de justicia distributiva, no de justicia correctiva.

La crítica de Perry motivó a Coleman a desarrollar una segunda teoría, la *concepción “mixta”* de la justicia correctiva. La teoría mixta toma de la

<sup>89</sup> Sobre la evolución de la posición de Coleman, con amplia referencia a la bibliografía secundaria, véase, Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 74-80, 87-96.

<sup>90</sup> Perry, Stephen R., “Comment on Coleman: Corrective Justice”, *Indiana Law Journal*, vol. 67, 1992, pp. 381-409. Véase otras críticas en Weinrib, Ernest J., “Causation and Wrongdoing”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 63, 1987, pp. 407-450, y “Corrective Justice”, *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 403-426 y 444-450.

concepción relacional –la concepción de Weinrib– que la estructura de relaciones entre las obligaciones del dañador y la víctima están en el centro de la justicia correctiva. Así pues, la teoría mixta acepta un elemento de la concepción relacional: la conexión entre el dañador y la víctima. Sin embargo, ello no significa que acepte la explicación aristotélica y estrictamente relacional desarrollada por Weinrib. En la concepción mixta no hay un equilibrio normativo preexistente, ni una equivalencia entre la pérdida de la víctima y una ganancia del dañador. Esto reafirma el elemento más importante de la concepción anulatoria: la justicia correctiva no tiene que ver con ganancias y pérdidas, sino sólo con la anulación de un tipo particular de pérdidas, a saber, las pérdidas ilícitas.<sup>91</sup>

Es importante señalar que, al contrario de lo que ocurre en la propuesta de Weinrib, en la concepción mixta el concepto de deber no lleva implícito un derecho correlativo, ni la noción de ilícito invariablemente determina que el único modo válido de compensación es la responsabilidad por culpa. Por esta razón, en principio, esta aproximación deja espacio para la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva. La mayor parte de la responsabilidad civil, que consiste en responsabilidad subjetiva, es explicada a través de la justicia correctiva. Como la culpa del dañador es la causa de la pérdida ilícita de la víctima, la justicia correctiva le impone al dañador un deber de reparar esas pérdidas. Sin embargo, no todas las pérdidas ilícitas son generadas por culpas. Hay al menos dos tipos de casos que dan lugar a la responsabilidad objetiva que pueden ser explicados a través de justicia correctiva: (i) hay derechos definidos de forma tal que las actuaciones sin culpa del dañador pueden afectarlos, y, (ii) determinadas actuaciones sólo pueden ser realizadas si se compensan los daños causados. Como ejemplo de (i), Coleman tiene en mente principalmente algunos casos del *common law*, como el *trespass to land* (la invasión de tierras), donde el derecho de propiedad de la víctima está definido de tal forma que la invasión del terreno, aún sin pérdidas materiales, genera una pérdida ilícita en el demandante.<sup>92</sup> Un ejemplo de (ii) son los daños causa-

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 369.

<sup>92</sup> El *trespass to land* es un “tort” que se comete cuando un individuo u objeto intencionalmente entra en las propiedades de otro sin una justificación. El *trespass to land* es actionable aunque no haya daño. La corte puede ordenar el pago de una compensación o una orden preventiva (injunction) como remedios.

Aunque la teoría de la determinación de derechos está pensada para el *common law*, no se debe restringir la aplicación. Tomemos el siguiente ejemplo de un caso donde la responsabilidad objetiva se deriva del modo como se define un derecho. Se podría definir el derecho constitucional de petición de una forma que genere responsabilidad objetiva: se puede decir,

dos por explosivos: el deber establecido cuando se utilizan explosivos no es el deber de “actuar cuidadosamente”, como un “hombre razonable” o un “buen padre de familia”; sino el deber más riguroso de “no dañar en absoluto.” Por lo tanto, quién utilice explosivos y dañe a otro está vulnerando los derechos de la víctima (“el derecho a no ser dañado”), y, así, todas las pérdidas que generen en la víctima son ilícitas y el demandado estará obligado a compensarlas aunque su actuación no haya sido culposa.<sup>93</sup> Sin embargo, no todos los casos de responsabilidad objetiva pueden ser explicados por la justicia correctiva. Coleman reconoce que los casos más importantes, como la responsabilidad por los hechos de terceros y la responsabilidad por defectos en productos se escapan a su teoría. La justicia correctiva, dice Coleman en repetidas ocasiones, busca explicar sólo el “núcleo” de la responsabilidad extracontractual –responsabilidad subjetiva– pero muchos casos de no son explicados en términos de justicia correctiva, sino por puras consideraciones de eficiencia.<sup>94</sup>

Vale señalar que hay una tercera manifestación de la posición de Coleman, que defendió con Arthur Ripstein, donde se entiende la cuestión del diseño de un sistema de responsabilidad como un asunto de teoría política.<sup>95</sup> Esta variante, deja poner el énfasis en la acción del sujeto (o la atribución de responsabilidad moral) y lo centra en las prácticas sociales de asignación de costos. Coleman diferencia entre dos preguntas: ¿quién es moralmente responsable de un accidente?, y, ¿a quién se le deben asignar las costos de la “mala suerte”? La mala suerte equivale a los acontecimientos que afectan el patrimonio de una persona imponiéndole costos, ya sea derivados de hechos de la naturaleza (un desastre natural) o de actos de otras personas (actuaciones inocentes, como los ejemplos señalados en

---

por ejemplo, que la administración está obligada a responder en 10 días una petición de un particular, y en caso de que no lo haga, está obligado a cumplir lo solicitado o compensar la suma equivalente. En determinadas situaciones, la administración puede actuar como una persona razonable y proporcionar todos los recursos, pero aún así, será responsable objetivamente por los daños causados por su falta de respuesta.

<sup>93</sup> Coleman y Mendlow, “Teorías de la responsabilidad extracontractual”, *cit.*, p. 186.

<sup>94</sup> Véase Coleman, *Risks and Wrongs*, en especial, capítulos 19 y 20 y *Practice of Principle*, *cit.*, p. 36.

<sup>95</sup> Véase Coleman, Jules, and Arthur Ripstein, “Mischief and Misfortune,” *McGill Law Journal*, vol. 41, 1995, pp. 91-130, en mi concepto, uno de los artículos más importantes de la filosofía de la responsabilidad civil extracontractual. Este sumario del argumento de Coleman y Ripstein está inspirado en Perry, Stephen, “Mischief, Misfortune and the ‘Distributive Turn’ in Tort Law”, *QLR*, vol. 16, 1996, p. 319.

III.2.) La asignación de costos puede depender de la responsabilidad moral.<sup>96</sup> Pero Coleman explora la otra posibilidad: la pregunta de los costos puede responderse desde la filosofía política, es decir, se debe proporcionar una teoría apropiada de la distribución y asignación de riesgos y responsabilidades sociales. La idea motivante es que en un Estado liberal los costos de la mala suerte deben ser asignados de forma “justa” [*fair*]. Desde esta concepción, los problemas de la justicia correctiva y distributiva terminan siendo equivalentes. El argumento es presentado de la siguiente forma: Coleman y Ripstein exploran como diferentes modelos de Estado dan respuesta a la pregunta de la asignación de costos. De entrada, rechazan dos modelos extremos: un modelo sostiene que los costos de la mala suerte deben ser “dejados donde caen” (es decir, deben ser cubiertos por las víctimas y no trasladados a nadie más), el otro modelo extremo sostiene que todos los costos deben ser colectivizados (es decir, las víctimas no deben cubrir los costos de su mala suerte, sino que estos deben ser pagados por la sociedad). Estas posiciones son poco atractivas, pues eliminan el espacio de la idea de “responsabilidad”, o sea, la idea de que los individuos deben cargar con los costos de sus acciones y elecciones.<sup>97</sup> Los diferentes modelos políticos liberales tratan de enmendar los modelos extremos, incorporando las reglas de responsabilidad: Los libertarios como Epstein, enmiendan la regla del primer modelo extremo, sosteniendo que la mala suerte debe ser asumida por la víctima a *excepción* de aquellos daños causados por otras personas en su actuaciones. Así, los libertarios, con su defensa de la responsabilidad objetiva, incorporan la noción de responsabilidad al primer modelo extremo. Los liberales de corte igualitario, como Dworkin,<sup>98</sup> buscan añadir la regla de responsabilidad sosteniendo que todos los casos de mala suerte deben ser cubiertos de forma colectiva, a *excepción* de aquellos donde la víctima se haya expuesto voluntariamente a los riesgos o donde sea posible trasladarlos a otra persona. El argumento de Coleman y Ripstein busca mostrar las diferentes concepciones de responsabilidad que generan los modelos políticos libertarios y igualitarios son “estrategias paralelas”, pero

<sup>96</sup> Como veremos, es la posición de Honoré y Perry. Véase, *infra*, III.4.D.

<sup>97</sup> La idea de responsabilidad implica que hay una diferencia fundamental entre un hecho de la naturaleza que impone costos (un huracán, un terremoto) y un acto humano que impone costos (como los ejemplos citados en II.2.). La crítica de Coleman y Ripstein es que los dos modelos extremos desconocen tal diferencia.

<sup>98</sup> Dworkin desarrolló una teoría igualitaria de la responsabilidad extracontractual en Dworkin, Ronald, “What is Equality? Part 2: Equality of Resources,” *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, 1981, pp. 283-345, reimpresso en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge: Harvard University Press 2000, pp. 65-119.

ninguna es exitoso. Ambas fracasan porque sus conceptos de agencia, elección y causalidad son en últimas indeterminados.<sup>99</sup> Además, hay un problema adicional: Tanto el libertarianismo como el igualitarismo sostienen una concepción de los costos, según la cual, los individuos pueden fijar el costo de sus actividades, o que este depende de conceptos como agencia o control. Coleman y Ripstein rechazan este entendimiento de los costos y sostienen que la medida adecuada de la noción de costos de una actividad se deriva de una concepción política de lo que nos debemos los unos a los otros. Esto se convierte en una noción de deber, que es informada por nociones políticas, e implican “concepciones sustantivas y debatidas de lo que es necesario o importante para vivir en una cultura política liberal”.<sup>100</sup>

Esta noción de deber se “traduce”<sup>101</sup> en un particular entendimiento de la responsabilidad extracontractual y de la culpa. Coleman y Ripstein asignan los costos a dañadores que han fracasado en ejercitar “cuidados razonables” sobre los derechos de los terceros. Esta noción de culpa no depende de la noción de agencia, elección o causalidad (como en los modelos igualitarios y libertarios), sino que explica porqué estos son importantes. Pero el punto más importante es el siguiente: Lo que ha de tenerse por “cuidado razonable”, si bien es objetivo en tanto no le permite a las partes fijar su propio concepto de costos, depende de una determinada concepción política; es decir, la idea de responsabilidad –la noción de que las personas deben cubrir los costos de sus actividades– sólo tiene sentido en relación con visiones sobre la importancia de las varias actividades. En ese sentido, la noción de culpa no mira a las actividades “de forma moralmente neutral”, sino que incorpora una concepción particular del *valor* de las actividades. Esto generará una concepción del valor de las actividades parecida a la explicación rawlsiana de bienes primarios. En últimas, cualquier visión va a ser controversial, pues depende de elecciones que son “puramente políticas” sobre la importancia de unos bienes primarios en la consecución de fines y, por tanto, relacionan de forma inextricable a las consideraciones de justicia correctiva con las de justicia distributiva.

<sup>99</sup> Como vimos en la crítica de Perry al modelo libertario. Véase, *supra*, III.4.B. Como las estrategias con similares, parte de esta crítica también aplica al modelo de elección del igualitario. Coleman y Ripstein, “Mischief and Misfortune”, *cit.*, p. 95.

<sup>100</sup> Coleman y Ripstein, “Mischief and Misfortune”, *cit.*, p. 97.

<sup>101</sup> De nuevo, sigo aquí a Perry, Stephen, “Mischief, Misfortune and the ‘Distributive Turn’ in Tort Law”, *QLR*, vol. 16, 1996, p. 319.

Las posiciones de Coleman han estado sometida a numerosos debates. No es mi objetivo reseñarlos todos aquí<sup>102</sup> y me centraré en lo que respecta a la cuestión de la responsabilidad objetiva y subjetiva. En este aspecto, la teoría de Coleman de la responsabilidad objetiva parece ser problemática. La “objeción central” de los teóricos de la justicia correctiva al AED es los últimos que son incapaces de explicar satisfactoriamente los conceptos centrales de la responsabilidad civil, como obligación y causalidad en particular, la relación bilateral que la caracteriza.<sup>103</sup> Sin embargo, cuando se trata de la responsabilidad objetiva, la teoría más importante de Coleman –la de *Riesgos y Daños*– dice que la justicia correctiva no explica algunos de los casos representativos de la responsabilidad civil.<sup>104</sup> Pareciera que los teóricos de la justicia correctiva estuvieran renunciando a describir el derecho existente, qué es lo que han reclamado como su principal ventaja teórica. Así, la responsabilidad objetiva parece convertirse en un problema teórico para la justicia correctiva: si, por un lado, la justicia correctiva genera deber de reparar sólo en los casos cuando el causante es moralmente responsable por el daño, entonces no es del todo claro surge el deber de reparación en la responsabilidad objetiva; si, por otro lado, la justicia correctiva implica que se deben compensar por todos los daños –como en la concepción de Epstein– la causalidad es la noción más problemática. Los teóricos de la justicia correctiva no abordan el problema directamente, sino que renuncian a proporcionar una explicación: Weinrib dice que la responsabilidad objetiva es “externa” a la responsabilidad civil; Coleman dice que no es el “núcleo” de la responsabilidad civil. La lección, en especial para el lector latinoamericano interesado en repensar la responsabilidad civil, es que el reto de las teorías de la justicia correctiva parece seguir siendo su capacidad de explicar coherentemente la responsabilidad objetiva; o, por lo menos, hacer un balance de consideraciones que permita incluir consideraciones distributivas o económicas a favor de la responsabilidad objetiva. Este es un desafío que aún no ha sido resuelto.

<sup>102</sup> Para una perspectiva general de las críticas a la posición de Coleman, véase, Fabra Zamora, “Estudio Preliminar”, *cit.*, pp. 91-2 y 94-6.

<sup>103</sup> Véase, *supra* nota 57.

<sup>104</sup> Adapto esta objeción de Gregory Keating, “Strict Liability Wrongs”, Oberdieck (ed.) *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, *cit.*, p. 294.

#### D. *La responsabilidad–resultado de Honoré y Perry*

Las aproximaciones de Honoré y Perry se apartan de la teoría de la justicia correctiva y proporcionan un interesante enfoque a los problemas de la responsabilidad objetiva y subjetiva. La teoría de Honoré se central en lo que él denomina “responsabilidad–resultado” [*outcome-responsibility*].<sup>105</sup> Para Honoré, la responsabilidad–resultado es el tipo más básico de responsabilidad (la responsabilidad jurídica, civil y penal, y la responsabilidad moral son tipos particulares de responsabilidad–resultado) y es una parte esencial de lo que nos identifica como seres humanos: Los seres humanos son responsables–resultado por sus acciones en el mundo; si A elige actuar, A es responsables por las consecuencias positivas y negativas de esa acción. En la teoría de Honoré, la responsabilidad moral se basa solamente en la culpa [*fault*]; una persona sólo es moralmente responsable si se le puede reprochar su acción. Sin embargo, no toda la responsabilidad moral genera un deber de reparar –responsabilidad jurídica–. La responsabilidad jurídica puede ser objetiva o subjetiva (en los términos desarrollados en III.1), y tiene consideraciones diferentes en sus variantes penal y civil.

Expongamos el argumento que presenta en “Responsibility and Luck” para la responsabilidad extracontractual.<sup>106</sup> La afirmación central de la

<sup>105</sup> La idea de “responsabilidad–resultado” surge de la famosa clarificación de H. L. A. Hart (con quién Honoré escribió el clásico, *Causation in the Law*) de diferentes sentidos de la noción “responsabilidad”. (véase Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2a. ed. 2008, pp. 210-30, proponiendo esta clasificación para el derecho penal) Hart distinguió entre: (i) “role-responsibility” (“responsabilidad–rol”), que se refiere a los deberes que se derivan de ciertos roles (e. g., un capitán de barco es “responsable” de la seguridad del mismo); (ii) “capacity-responsibility” [responsabilidad–capacidad], que se refiere las capacidades que son necesarias para atribuir responsabilidad a alguien, como razón, auto-control y similares (i.e., las condiciones que vuelven a un hombre en “responsable” por sus actos), (iii) “causal-responsibility” [“responsabilidad–causal”], que se refieren a adscripciones de causas y efecto, donde un efecto A es la causa de una consecuencia B (debe notarse que la responsabilidad causal no se limita a las personas, pues eventos o cosas pueden ser la causa de otros eventos, por ejemplo, “el aumento de los salarios es responsable del aumento en la inflación”), y (iv) liability-responsibility, con lo que Hart denomina la responsabilidad moral y jurídica (civil y penal) de los agentes por las consecuencias de sus actos (la palabra ‘liability’ es comúnmente traducida como responsabilidad). Honoré denomina “outcome-responsibility” al este último tipo de responsabilidad. Esta aclaración es pertinente, pues en otros lugares, se ha traducido “outcome-responsibility” por “responsabilidad por los resultados.”

<sup>106</sup> Hay una traducción de este importante artículo, Honoré, Anthony M., “Responsabilidad y suerte. La base moral de la responsabilidad objetiva”, en Owen *et al.*, *Teoría de la*

teoría de responsabilidad-resultado es que a un agente le pertenecen por igual las consecuencias favorables y desfavorables que generen sus actos. Así pues, cuando una persona elige un curso de conducta implica que ha considerado las probabilidades de varios resultados posibles y ha confiado en sus habilidades, por lo que las consecuencias que se generen son parte de su marca en el mundo y le pertenecen. Para Honoré, actuar es similar a hacer una apuesta.<sup>107</sup> Si una persona hace un cruce peligroso con su carro se considera que ella ha considerado los posibles escenarios y le pertenecen las consecuencias positivas (el tiempo que gana) y negativas (los perjuicios que causa a terceros) que resultan de tal actividad. Eso hace que el primer fundamento de la responsabilidad-resultado es la causación de un daño. Por ejemplo, si una persona que hizo el cruce peligroso con su carro atropella a un ciclista, el conductor es responsable-resultado por su acto. Ahora bien: el que una persona sea responsable-resultado no equivale a que esa persona tenga un deber jurídico de indemnizar a la víctima, sino que este deber surge dependiendo de las prácticas sociales de atribución de la responsabilidad. Por ejemplo, que si el régimen de responsabilidad es subjetivo, y la persona actuó de forma no negligente, el conductor no debe pagar los perjuicios, sino que sólo deba disculparse o llamar a una ambulancia – que son otros modos posible de asumir *su* responsabilidad. Se requiere, por ello, un segundo paso: la atribución de los perjuicios, que se hace siguiendo unas prácticas sociales. Para Honoré, para asignar los perjuicios conforme a la responsabilidad-resultado se deben tener en cuenta las siguientes condiciones: la asignación debe ser imparcial, recíproca, beneficiosa para todas las personas, y se debe aplicar a todas las personas que posean una capacidad mínima de elección y acción. Así, Honoré considera que en la mayor parte de los casos se utiliza un régimen subjetivo de atribución, es decir, una persona tiene un deber de compensar por un acto por el cual es responsable-resultado si su acto fue culposo.<sup>108</sup> Según este criterio, si era previsible para una persona evitar el perjuicio, y, pudiendo hacerlo no lo hizo, es correcto atribuirle tal perjuicio como parte de su marca en el mundo y debe compensación a la víctima. Sin embargo, también habrá casos en los cuales una persona responde por determinados resultados que implican riesgos especiales, por lo se permite que se le atribuyan los perjuicios sin

---

*responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 243-286. La versión original se publicó, Honoré, Anthony M., “Responsibility and Luck”, en *Responsibility and Fault*, Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 14-40.

<sup>107</sup> Honoré, *Responsibility and Fault*, cit., p. 25.

<sup>108</sup> Honoré, sin embargo, posee un entendimiento particular de la culpa.

valorar su conducta. En estos casos, “se aplica un argumento consecuencia-lista sobre la evitación de daños graves que refuerza un argumento no-consecuencialista para la imposición de responsabilidad-resultado”.<sup>109</sup> Algunos ejemplos que Honoré menciona son la responsabilidad que surge por generar riesgos especiales por perseguir sus intereses propios y la responsabilidad que surge por el hecho de terceros.<sup>110</sup> La elección entre responsabilidad objetiva o subjetiva es, a grandes rasgos, una asignación de las consecuencias a los actos.

La interpretación de Perry del principio de responsabilidad-resultado, aunque inspirada en la de Honoré, tiene su propio carácter.<sup>111</sup> En esta versión, una persona es responsable-resultado de las acciones que están bajo su control. Así, los dos conceptos fundamentales de su noción de responsabilidad-resultado son *previsibilidad* y *evitabilidad*. Para introducir estas ideas, Perry cita a Oliver Wendell Holmes: “El único propósito posible de introducir [el elemento de que el demandado haya tomado una decisión] es hacer que el poder de evitar el injusto sea una condición de la responsabilidad. No hay tal poder donde el injusto no podía ser previsto”.<sup>112</sup> Al igual que en la versión de Honoré, no todos los casos de responsabilidad generan deber de responder, sino que es necesario un segundo paso: la atribución. Una vez hayamos identificado quién o quiénes son responsables-resultado de una consecuencia porque podían preverla y evitarla, debemos determinar a quién atribuirle un deber de responder. En la mayor parte de los accidentes, dice Perry, dado que surgen de la interacción de actividades y no de acciones de un agente único, ambas partes cumplen las condiciones para ser consideradas responsables-resultado por éste, dado que en cierto sentido ambas pudieron preverlo y evitarlo. Por ejemplo, utilizando el ejemplo citado en varias ocasiones en este escrito, los daños que surgen de un accidente de tránsito tienen contribución causal de ambas partes: si el ciclista-víctima no hubiera salido a pasear ese día, probablemente no hubiera sido dañado (así que, en un sentido, el ciclista también tuvo un grado de control); si el paciente-víctima no hubiera solicitado una operación, el médico-dañador no hubiera causado el daño. El segundo paso de la posición de

<sup>109</sup> *Íbidem*, pp. 27-8.

<sup>110</sup> *Íbidem*, pp. 81-3 y 28.

<sup>111</sup> La presentación más clásica es Perry, Stephen R., “The Moral Foundations of Tort Law”, *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 449-514. Esta presentación está influenciada por Perry, “Tort Law”, *cit.*, pp. 87-88, donde el mismo Perry resume su teoría.

<sup>112</sup> Holmes, *The Common Law*, *cit.*, p. 185; Perry, “Tort Law”, *cit.*, p. 88.

Perry es complementar la responsabilidad-resultado con otros criterios adicionales que limitan las personas que pueden estar sujetas al deber de compensar los daños. En la mayoría de sistemas de responsabilidad extracontractual estos criterios adicionales son la existencia de culpa del agente o una imposición irrazonable de riesgo. Por ejemplo, si tenemos dos responsables-resultado de un accidente y uno es inocente y el otro actuó con culpa, le atribuiremos el deber de compensación al negligente. En otros casos, en especial relacionados con riesgos inusuales, la regla adecuada es la responsabilidad objetiva. Este segundo paso de atribución de responsabilidad, según explica Perry, es un tipo de “justicia distributiva localizada”.

Las teorías de Honoré y Perry tienen el atractivo especial de combinar las virtudes de la atribución de la responsabilidad moral, con las virtudes de la asignación de costos basada en la justicia distributiva. Sin embargo, las teorías que fundamentan la responsabilidad-resultado han sido criticadas por los teóricos de la justicia correctiva<sup>113</sup>, quienes han dicho que la responsabilidad-resultado es indiferenciable de la justicia correctiva, y que, por el contrario, depende de ella, dado que no establece un verdadero criterio normativo para la atribución de la responsabilidad<sup>114</sup>. Esta objeción tiene algo de valor. Las teorías de la responsabilidad-resultado no parecen representar un cambio radical de la postura estándar de la justicia correctiva, y sus visiones son ampliamente compaginables.

#### *E. La teoría del recurso civil de Goldberg y Zipursky*

La teoría del recurso civil de John Goldberg y Benjamin Zipursky tiene una posición totalmente diferente, dado que se enfoca en presentar la responsabilidad extracontractual no como la encarnación de un principio moral, sino como un recurso procesal para obtener compensación por los daños.<sup>115</sup> En otras palabras, el incumplimiento de un deber primario de no dañar a otros le genera dañador un deber de compensar, sino que genera una *facultad* en la víctima: la de acudir ante el Estado para reclamar la

<sup>113</sup> Véase Ripstein, Arthur, “Private Law and Private Narratives”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000, pp. 683-701.

<sup>114</sup> Coleman, *The Practice of Principle*, cit., pp. 50-51.

<sup>115</sup> La posición clásica Zipursky, Benjamin “Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 51, 1998, pp. 1-100 y “Civil Recourse, not corrective justice”, cit. Para la defensa más reciente, véase, Goldberg, John C. P. y Zipursky, Benjamin, “Tort Law and Responsibility”, en Oberdiek (ed.) *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, cit., pp. 17-37.

compensación. En este modelo, entonces, la responsabilidad extracontractual trata de los “recursos civiles” con los cuales la persona que ha sido dañada está legitimada para actuar contra el dañador. La relación relevante es entre la víctima y el Estado. Por un lado, la víctima no está legitimada para buscar la reparación de su perjuicio por sus propios medios, sino que debe utilizar las avenidas procesales que le proporciona el Estado. Por otra parte, el Estado no está legitimado para imponer la condena por propia iniciativa, sino que lo hace en respuesta a una actuación del demandante. Además, es el Estado el que señala las condiciones en las cuales una persona puede ser considerada legalmente dañada, habilitando para algunos daños una vía procesal y para otros no, o señalando las condiciones en las cuales se genera tal avenida, como la culpa del dañador. En una palabra, la idea central de la teoría del recurso civil es que la responsabilidad extracontractual es un poder, un recurso de acción, que se otorga a los demandantes para actuar contra aquellos que han cometido un ilícito frente a ellos. Bajo estas consideraciones, no es difícil ver que, frente al problema de la responsabilidad objetiva y subjetiva, la teoría del recurso civil sostiene que el Estado puede elegir. Sin embargo, esta debe ser una elección justificada. Como la responsabilidad civil es muy parecida a la responsabilidad moral, la culpa parece jugar un papel relevante. Sin embargo, es válido para el Estado desviarse de la responsabilidad moral y puede proporcionar justificaciones relevantes para ello.

La teoría del recurso civil ocupa un lugar central en las discusiones contemporáneas sobre la responsabilidad extracontractual. Ha sido criticada por que se considera parásita de la justicia correctiva, o porque implica una dignificación del derecho de venganza privada. El lector latino-americano podría objetar de una forma diferente, señalando que esta teoría confunde los derechos procesales con los derechos substantivos.<sup>116</sup> A pesar de estos defectos, creo debe reconocerse esta aproximación intenta recoger una intuición válida: no todo daño es fundamento de responsabilidad civil, y el

<sup>116</sup> La teoría del recurso civil pareciera que está diseñada para la tradición del *common law*, donde existen una lista pre-establecida de *torts* y no una norma general que da potestad para demandar. Sin embargo, esta teoría tendría aplicabilidad limitada en los sistemas continentales. En particular, en nuestra tradición jurídica, los grandes procesalistas que convirtieron al derecho procesal en la rama dogmáticamente respetable elaboraron una diferenciación entre el derecho de acción (un derecho público) y los derechos sustantivos particulares. Si esta división es acertada, parecería que la teoría del recuso civil uniera ambas nociones.

Estado tiene algún papel relevante en la formulación de los sistemas. Esto puede ocurrir *antes del daño*, a través del diseño de normas generales, o *posterior al daño*, a través del reconocimiento judicial de ciertas conductas que legítimamente deben ser compensadas y generan un precedente. Por ejemplo, la ruptura de un noviazgo es sin duda “dañosa” en muchos aspectos relevantes, pero en circunstancias ordinarias no genera responsabilidad civil en la mayoría de ordenamientos jurídicos. Además, el Estado puede señalar objetivos más generales en el diseño de determinados recursos civiles para la compensación de daños, a través de políticas públicas o diseñando mecanismos administrativos.

### *5. Repensando los problemas morales y políticos del debate responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva: Atribución de responsabilidad y asignación de costos*

#### *A. Dos preguntas*

Parece que un las defensas actuales de los sistemas monistas (de solo responsabilidad objetiva o de solo responsabilidad subjetiva) no son adecuadas pues no capturan nuestras prácticas existentes de responsabilidad civil. Por esta razón, una mejor descripción parece implicar un modelo que permita tanto la responsabilidad objetiva como la subjetiva dentro de una fundamentación coherente. En la presente sección, trataré de considerar los diferentes factores que se deben tener en cuenta para tal modelo. Tendré en cuenta las lecciones que nos dejan los argumentos expuestos anteriormente para el diseño de un sistema de responsabilidad extracontractual, y trataré de considerar el problema desde la posición del creador de un sistema de responsabilidad civil –la persona que tiene que una perspectiva externa y general, y que está encargada de diseñar fines, objetivos y principios de la responsabilidad extracontractual.<sup>117</sup>

<sup>117</sup> Esta perspectiva es, en principio, la del legislador o el doctrinante. Pero no se debe olvidar que por la doble función de la responsabilidad extracontractual (*supra* nota 12), el juez también toma esta posición. Debido a la función de la responsabilidad civil de generar normas de deberes de cuidado, los jueces también toman esta posición al ver las consecuencias de sus decisiones. El juez –como veremos en la sección siguiente– puede tomar una norma general de responsabilidad extracontractual y convertirla en normas particulares para un tipo de personas o actividades (conductores, peatones, montañistas, doctores, sea creando sub-reglas o eligiendo un régimen de responsabilidad). Hay un importante aspecto creativo que no puede ser soslayado.

El mejor modo de guiar nuestra exploración es utilizar una distinción formulada por Jules Coleman<sup>118</sup> entre dos preguntas generales que señalan dos perspectivas posibles para abordar los problemas de la responsabilidad extracontractual. Por un lado, encontramos la pregunta de la *atribución de responsabilidad*, es decir, el interrogante sobre “¿quién es el responsable por el accidente?” Desde esta perspectiva, el problema de la responsabilidad extracontractual se trata como una situación entre individuos particulares. Por otro lado, encontramos la pregunta de la *asignación de costos*, es decir, la pregunta sobre “¿a quién debe la sociedad asignarle el costo del daño?”. Desde esta posición, comúnmente se tratan los accidentes como situaciones que ocurren en la vida en común y cuyos costos deben ser asignados de una forma que sea justa y beneficiosa a los intereses colectivos –y esos costos deben ser trasladados a terceros solo si es beneficioso para esos intereses. En una palabra, es una dicotomía entre la responsabilidad individual y las reacciones sociales al daño. Como veremos en un momento, las dos preguntas no deben confundirse con las perspectivas de las teorías basadas en la justicia y el AED, ni con la dicotomía entre justicia correctiva y distributiva.

### B. *Atribución de responsabilidad*

La perspectiva atributiva ha sido la visión clásica de la responsabilidad civil que ha nutrido la mayor parte de nuestra tradición jurídica. Desde esta visión, comúnmente la tarea del derecho es reconocer la existencia de derechos y deberes entre las partes y condenar a los respectivos responsables de las violaciones. Los argumentos atributivos pueden tomar dos formas. Los principales argumentos son de tipo moral, en el sentido de que buscan hacer efectiva la responsabilidad moral que es previa a las instituciones de responsabilidad extracontractual. Este tipo de argumentos comúnmente se centran en la libertad de acción y autonomía de los individuos, como en muchas de las teorías basadas en la justicia: los seres humanos somos seres libres que tenemos capacidad de elegir nuestros actos y prever sus efectos, por que debemos responder por las consecuencias que nos son previsibles o debimos haber previsto (*i.e.*, de las que somos responsables). Bajo esta perspectiva “moral”, el derecho se encarga de regular nuestras interacciones

<sup>118</sup> Esta distinción se encuentra en Coleman, Jules, “Tort Law and Tort Theory: Preliminary Reflections on Method”, en Postema (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, *cit.*, p. 201. La siguiente exposición se encuentra fuertemente influenciada por la formulación de Coleman del problema en este y otros lugares.

sociales, tratando a cada individuo como un ser racional y libre y asignándole la responsabilidad cuando sus actos afectan a otros seres racionales y libres. Sin embargo, no se debe olvidar que existen otros argumentos atributivos que son de carácter “político”, en el sentido de que buscan dar efecto a afirmaciones de responsabilidad individual derivadas de ciertas concepciones del Estado. Por ejemplo, el argumento libertario a favor de la responsabilidad objetiva de Epstein tiene una concepción de la responsabilidad extracontractual como la salvaguarda de unos derechos de propiedad, que deben ser protegidos por el Estado frente a las infracciones voluntarias o involuntarias de otros. La responsabilidad moral de los dañadores es menos importante aquí que los derechos morales de las víctimas que deben ser protegidos en todos los casos.

Entonces, la cuestión atributiva no sólo tiene en cuenta argumentos basados en la responsabilidad moral o la justicia correctiva, sino que consideraciones de justicia distributiva y condiciones sensibles del contexto de recursos que pueden tener influencia en atribución de la responsabilidad civil. Consideremos, por ejemplo, la situación de la distribución: Si nos oponemos al modelo de Weinrib, donde la restauración del equilibrio normativo es una cuestión formal, y pasamos a verificar la distribución de recursos en la sociedad donde la rectificación del injusto opera o los recursos y el estatus de las partes, vamos a tener una visión diferente de la atribución de responsabilidad. Puede ser, por ejemplo, que no se deba atribuir responsabilidad civil y deber de reparación en situaciones donde la distribución de recursos –el *status quo* que se quiere restaurar– sea injusto.<sup>119</sup> Por otro lado, puede que el estatus de la partes también afecte las consideraciones atributivas. Si una persona extremadamente pobre –a la cual la sociedad no le ha cumplido con sus bienes básicos– ha causado un daño inocentemente a una persona extremadamente rica –a Donald Trump o Bill Gates–, es posible que si situación precaria puede ser tenido en cuenta en la atribución de

<sup>119</sup> Este argumento ha sido desarrollado por James Nickel, “Justice in compensation”, *William and Mary Law Review*, vol. 18, 1976, pp. 379-388. El argumento puede ser expuesto de la siguiente forma: La justicia correctiva se encarga de restaurar el equilibrio existente entre las partes, es decir, el *status quo* que fue afectado por la conducta dañosa del demandado. Pero, ¿qué pasa si este *status quo* es injusto, por ejemplo, cuando ocurre una distribución anormalmente injusta de recursos en la sociedad? ¿Puede el Estado proceder a restaurar tal situación injusta? La línea de argumento que es comúnmente identificada con Nickel responde de forma negativa esta pregunta. En esta concepción, la justicia correctiva sólo puede proceder cuando existe una distribución de recursos justa, o al menos mínimamente justa, de acuerdo con nuestros criterios de justicia distributiva –es decir, la corrección depende de una distribución justa previa.

responsabilidad moral y civil. Se han intentado diversas modos de ver este potencial problema, pero no voy a referirme a ellas en esta exposición.

Ahora bien, los argumentos atributivos comúnmente tienen una conexión con la causalidad que debe resaltarse y que genera efectos problemáticos. En principio, sólo se puede atribuir responsabilidad a un dañador por los perjuicios que éste *causa*. Esto puede parecer fácil en algunos casos, incluso en aquellos donde existen diferentes contribuciones causales de dañador y víctima (piénsese el conductor y el ciclista, que hemos citado varias veces). Sin embargo, no todos los casos son tan claros. No es siempre del todo fácil entender cuál es la *causa* de algo en muchas complejas situaciones que surgen en el mundo contemporáneo. Si se piensa en un accidente donde una fábrica vierte un líquido tóxico en un río causando daños a los habitantes locales, se verá que muchas podrían ser las causas y a veces no se puede individuar a una persona natural o jurídica: culpa de los operarios de la empresa, o de los responsables de mantenimiento o supervisión de las máquinas, o de los diseñadores o fabricantes de las máquinas, pero también puede haber participación causal de los directivos que dieron determinadas instrucciones, del Estado por su falta de control y regulación, e, incluso, podría haber participación de los mismos residentes por no mudarse lejos de una fábrica donde se tratan líquidos tóxicos. En estas preguntas sobre la causalidad hay una interacción entre los filósofos de la responsabilidad civil y los filósofos generales y expertos en otras ciencias. No es exagerado decir que en muchos casos la posibilidad de la atribución de responsabilidad depende del desarrollo una concepción plausible de la causalidad.

### C. *Asignación de costos*

La perspectiva asignativa es diferente. En ésta no se ve la responsabilidad extracontractual como un problema individual, sino como un problema social o colectivo, es decir, como situaciones que deben ser reguladas para que el funcionamiento de la sociedad sea posible, distribuyendo los riesgos entre los miembros de la comunidad, estableciendo expectativas de conducta y asignando los costos. Los accidentes hacen parte de un tipo especial de “mala suerte” de la vida y generan unos costos que deben ser asignados de formas justas y benéficas. Algunos de los costos de la “mala suerte” deben ser cubiertos en principio por la víctima (una inundación, una enfermedad) o, en otros casos, pueden ser trasladados parcialmente al Estado en forma de ayudas (*e. g.*, el Estado puede proporcionar alguna ayuda a los damnificados del desastre) o mediante determinados servicios públicos (en

un estado de bienestar, la enfermedad es un costo que debe ser asumido por la seguridad social pública). Sin embargo, cuando sea benéfico para ciertos intereses colectivos, los costos pueden ser trasladados a *otros individuos*, y la pregunta asignativa se centra en estos. Si la inundación fue causada por una persona natural o jurídica (los administradores de una hidroeléctrica, o la enfermedad fue causada por la exposición accidental cierto tipo de radiación en un hospital), es benéfico trasladarle los costos a esas personas (por que lo causaron, porque se lucran de la actividad, por que estaban en mejor posición de evitarlos, etc.). A veces los argumentos para trasladar los costos se parecen a la responsabilidad moral (i.e., un operario fue negligente en el cuidado de la represa), pero a veces los argumentos se derivan de otro tipo de consideraciones (e.g., si no hubiera culpa de los agentes de la hidroeléctrica –por ejemplo, la falla se deriva de defectos de fabricación de las piezas de la represa–, aún hay argumentos para atribuirle responsabilidad a ella, pues, después de todo, la hidroeléctrica se lucra de la actividad y debe cubrir los costos, la hidroeléctrica creó un riesgo del cual se lucra, o debemos crear incentivos para que no se generen tales riesgos en el futuro, etc.).

Ver la responsabilidad extracontractual como un problema colectivo nos da una perspectiva diferente. Los asuntos de responsabilidad extracontractual no están limitados a la asignación abstracta responsabilidad con base en criterios morales o políticos (a “culpar” a alguien de los accidentes); sino que hay un componente importante en la distribución de riesgos y creación de incentivos de comportamiento y expectativas legítimas necesarias para el funcionamiento social. En el mundo actual, los cálculos de probabilidad nos permiten saber que la construcción de una represa genera un número determinado de decesos entre los constructores, o que el tráfico diario genera un número determinado de víctimas, y esos costos pueden ser modificados por las reglas adecuadas que generen incentivos hacia la realización de gastos que generen mayor seguridad. Además, esos cálculos e incentivos son vitales para la viabilidad de las actividades económicas, muchas de las cuales requieren una asignación previa de los costos que generan. Pensemos, por ejemplo –para actualizar el ejemplo de Posner–, en la aviación comercial. Si la aviación comercial debiera pagar por *todos* los costos de la “mala” suerte en su actividad, incluyendo accidentes y retrasos (Juan no llegó al matrimonio de su hija, Pedro perdió una importante reunión de negocios, etc.), la actividad sería inviable económicamente y nadie invertiría en ella. Por tal razón se consideró prudente *ex ante* asignar los costos de la actividad (*inter alia*, mediante los Convenios de Varsovia y Montreal), para permitir que una actividad con tantos beneficios sociales sea posible, incluso cuando los causantes de los daños (las aerolíneas, los

operarios, los pilotos, etc.) sólo asuman una parte de los costos y las víctimas deban cargar con parte de ellos de los mismos.

Se puede decir que la posición asignativa se nutre de tres tipos de argumentos o consideraciones: Primero, argumentos morales que expresan criterios de justicia sobre como esa distribución de costos y riesgos debe proceder (e.g., en muchos casos, se considera que es socialmente útil que se le asignen los costos a aquellas personas que fueron *causalmente responsables* de los mismos); segundo, hay argumentos políticos que justifican la interferencia estatal en tales ejercicios de autoridad, o incluso, la asunción de la responsabilidad por el mismo Estado (e.g., por determinadas razones políticas como el principio de solidaridad o la distribución de las cargas se soslaya el requisito causal y se les asigna a determinadas personas ciertos costos), y, finalmente, hay argumentos empíricos que verifican la viabilidad y aplicabilidad de los argumentos morales y políticos en la práctica (e.g., análisis de costos y de generación de incentivos).

El mejor ejemplo de la posición asignativa es la teoría de Calabresi, donde la responsabilidad civil se ve enteramente como un problema de distribución de costos de los accidentes, los cuales deben ser asumidos por aquel que esté en mejor posición para evitarlos. En la teoría de Calabresi y todas las teorías del AED, se establece un objetivo normativo (eficiencia) y las reglas se de asignación de costos se hacen teniendo en cuenta tal objetivo. Sin embargo, la asignación de costos puede tomar un camino distinto a la eficiencia y no requiere ser una teoría instrumental. Dos ejemplos son la primera teoría de Coleman o la teoría igualitaria de Dworkin. La concepción anuladora, que se centra en la anulación de pérdidas ilícitas, asigna los costos de las pérdidas ilícitas bajo la idea de mantener los derechos existentes de los individuos.<sup>120</sup> La teoría Dworkin de la responsabilidad civil, por otro lado, sostiene que los costos de los accidentes deben ser distribuidos en la sociedad de forma tal que desplieguen igual preocupación por los individuos y mantengan una distribución justa de los recursos sociales.<sup>121</sup>

#### D. *Posiciones mixtas*

Las posiciones atributivas y asignativas no deben verse como alternativas excluyentes. Existen algunas posiciones –como las posiciones de Coleman y

<sup>120</sup> Véase, *supra* III.4.C.

<sup>121</sup> Véase, *supra* nota 98.

Ripstein, por un lado, y las de Honoré y Perry, por el otro— que combinan aspectos de ambas perspectivas. Para Coleman-Ripstein, la justicia correctiva es en parte un principio atributivo que se enmarca en unas prácticas sociales, pero estas prácticas sociales dependen de un teoría política sobre la asignación de riesgo y la responsabilidad.<sup>122</sup> Honoré-Perry, por su parte, ven a los principios sociales de distribución del riesgo y asignación de responsabilidad como dependiente de la responsabilidad-resultado.<sup>123</sup>

Ambas posiciones se diferencian en la prioridad explicativa a los pasos atributivo y asignativo: Coleman-Ripstein ponen a la cuestión política del papel estatal en primer lugar (asignación), y estos principios determinan los criterios relevantes de responsabilidad (atribución); Honoré-Perry hacen lo contrario, ponen la pregunta moral de la atribución de responsabilidad en primer lugar, y luego establece que el criterio asignativo en segundo lugar. Si bien ambas posiciones son plausibles, la lección más importante es que nos muestran como la lección de un punto de partida (asignativo o atributivo) puede llevar a condiciones diferentes y conclusiones prácticas sobre la responsabilidad extracontractual.

#### *E. La complejidad del problema*

Esta re-conceptualización del debate en términos de atribución de responsabilidad y asignación de costos, si bien no nos da una guía substantiva de la solución, sí revela algunos elementos que se deben tener en cuenta desde la posición general del creador del sistema para su resolución. Se puede apreciar que establecer el régimen adecuado implica, por un lado, preguntas sobre la atribución, que se relacionan con responsabilidad moral y preguntas políticas que llevan intrínsecas cuestiones de libertad, elección e incluso, cuestiones metafísicas sobre la causalidad; y, por otro lado, las preguntas sobre la asignación, que conciernen con criterios políticos, morales y económicos de distribución del riesgo, las costos y las cargas, además de la creación de incentivos y la legitimidad de intervención estatal.

Además, estas consideraciones hacen parte de un universo más complejo de consideraciones que deben ser tenidas en cuenta. Si queremos presentar el problema en todo su esplendor, teniendo en cuenta todas las consideraciones expuestas en las secciones anteriores, se puede decir que la construcción de un sistema adecuado de responsabilidad debe solucionar

<sup>122</sup> Véase, *supra* nota 95.

<sup>123</sup> Véase, *supra* III.4.D.

tensiones y relaciones entre dañadores y víctimas, entre responsabilidad individual y utilidad social, entre libertad y bienestar, entre eficiencia y equidad, entre justicia correctiva y justicia distributiva, entre instrumentalismo y no-instrumentalismo; además de otros conflictos relacionados con la rectificación de los daños pasado e incentivos adecuados hacia el futuro; entre las particularidades del caso particular y las generalidades de los tipos de caso, la seguridad y estabilidad que establecen las reglas generales y la adaptabilidad a nuevas circunstancias a manos de los jueces. Todo este debe responderse dentro un marco que tenga cierto grado un criterio que tenga coherencia conceptual, y que sea metodológicamente transparente para los participantes y que balancee diferentes principios morales en conflicto en búsqueda de un equilibrio reflexivo. El reto del creador de un sistema, tomado seriamente, es complejo y apasionante y su solución requiere un debate detallado y concienzudo. Y la filosofía, aunque no soluciona todas las preguntas, es un elemento fundamental del debate al hacer claras las preguntas, además de los conceptos y los supuestos que informan las soluciones.

#### IV. LOS DEBATES DE LA FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN LATINOAMÉRICA

El principal mensaje de este escrito es que los debates de la responsabilidad extracontractual solo se hacen inteligibles en relación a principios y valores explicados por consideraciones filosóficas más abstractas. No es mi objetivo generar un nuevo entendimiento comprehensivo de la responsabilidad extracontractual, ni estoy en capacidad de producir una perspectiva novedosa sobre estos perennes problemas filosóficos y dogmáticos. Sin embargo, sí creo que es relevante hacer un llamado al debate sobre los principios últimos de la responsabilidad civil en Latinoamérica y el papel que la filosofía juega en ello. En esta última sección, voy a centrarme en plantear algunos comentarios generales sobre la forma en la que creo esta reflexión puede ser adelantada. Comenzaré por aclarar algunas ideas que creo compartidas por todos los que abogamos por la aproximación filosófica a la responsabilidad extracontractual. Seguidamente, presentaré el núcleo de una objeción al modo como se adelantan las discusiones en nuestro contexto, centrada en la legitimidad de la sede judicial. Esta objeción, cuyo desarrollo completo será dejado para una próxima oportunidad, es un ejemplo adicional de como la filosofía puede iluminar a la responsabilidad extracon-

tractual. Finalmente, presentaré algunos puntos en los cuales debe darse el debate desde nuestra tradición jurídica.

### *1. La filosofía de la responsabilidad extracontractual como un llamado al debate*

En la sección anterior, presenté el estado del arte en el debate “responsabilidad objetiva vs. responsabilidad subjetiva” en el *common law*, y sostuve que del mismo se pueden obtener varias lecciones acerca de cómo enmarcar las preguntas fundamentales de la responsabilidad extracontractual y las diferentes consideraciones que pueden ser tenidas en cuenta para su resolución. El jurista práctico latinoamericano, sin embargo, podría permanecer escéptico. Podría objetar, por ejemplo, que “los sistemas jurídicos del *common law* y del *civil law* son tan incompatibles que las consideraciones filosóficas sobre los primeros no pueden iluminar aspectos conceptuales de los segundos.” O, por otro lado, podría pensar que “el proyecto de estudiar la aproximación anglosajona de la responsabilidad extracontractual es simplemente otra importación de ideas o trasplantes jurídicos, con todo los problemas de interpretación y adaptación que estos procesos generan”. Aunque tienen algo de valor, no creo que estas objeciones sean decisivas, y darles respuesta me permitirá proporcionar una mejor visión de la propuesta del enfoque filosófico de la responsabilidad extracontractual.

Por un lado, si bien es cierto que existen diferencias entre el *civil* y el *common law*, debe reconocerse que Occidente comparte en muchos aspectos una tradición jurídica propia fundada en los postulados de un modelo similar de Estado y con un mismo sistema económico, por lo que las distancias entre los sistemas no son tan grandes como tradicionalmente se cree.<sup>124</sup> En

<sup>124</sup> El profesor James Gordley, refiriéndose a ello en la filosofía de los contratos (pero que es aplicable a la responsabilidad extracontractual), manifiesta: “Con la promulgación del Código Civil Chino, los sistemas de derecho privado de tipo occidental gobernan casi todo el mundo. Los sistemas jurídicos occidentales, además, son mucho más similares. Los sistemas del ‘common law’ tales como Inglaterra, Estados Unidos y los sistemas del ‘civil law’, tales como Francia, Italia y Alemania tienen una estructura similar basada en conceptos jurídicos similares. Ellos dividen el derecho privado en grandes campos tales como propiedad, derecho de daños y contratos y analizan los problemas de una forma similar... La organización del derecho y sus conceptos más amplios son similares incluso si sus reglas particulares no lo son. De acuerdo con lo anterior, aunque las respuestas pueden diferir, el problema si un niño es responsable por dañar a un compañero de juegos o si un vendedor es responsable por los defectos en su mercancía es analizado en casi la misma forma en Hamburgo, Montpellier, Manchester y Tucson; e incluso en Nueva Dehli, Tel Aviv, Tokyo y Jakarta”. Véase, Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 1.

particular, en áreas como la responsabilidad extracontractual, las diferencias entre el *common law* y el *civil law* no son tan profundas pues ambas se construyeron sobre similares nociones jurídicas del derecho romano y concepciones de filósofos de la antigüedad y la modernidad. Además, y de forma más importante, gran parte del contenido de la filosofía de la responsabilidad extracontractual no está dirigido a una dogmática determinada, sino que tiene un alcance universal. Nociones como justicia correctiva, justicia distributiva, causalidad o responsabilidad moral no se encuentran delimitadas a jurisdicciones particulares, sino que superan las fronteras de los sistemas jurídicos.

Y, por otro lado, si bien ciertamente la exposición anterior implica cierta aprobación de la profundidad y sofisticación de los debates de la responsabilidad civil que se han dado en el *common law*, es equivocado pensar que esta defensa de la filosofía equivale a pretender una “importación”, “traspante” o “copia” del modelo anglosajón. De hecho, no hay nada en lo anterior que asuma que el sistema del *common law* sea correcto o sea más coherente que el *civil law*.<sup>125</sup> El objetivo de este trabajo es mucho más modesto y centrado: es un *esfuerzo por rescatar una concepción filosófica de la responsabilidad extracontractual*. Quienes hablamos de esta área estamos tratando de recuperar una característica fundamental del modelo continental que, en una medida importante, ha quedado olvidada. Tal vez tenga razón Horacio Spector al decir que con la codificación, la ciencia jurídica del *civil law* perdió el nivel de vitalidad intelectual que alcanzó con los filósofos modernos.<sup>126</sup> Sin embargo, debemos recordar que el fundamento de la filosofía de la responsabilidad extracontractual es eminentemente continental y proviene de Aristóteles y de los grandes filósofos de la Edad Moderna; y que solo en la última mitad de siglo XX ha tenido un desarrollo anglosajón, tomando como base, en gran medida, nociones aristotélicas y kantianas.<sup>127</sup> Como aptamente lo describe Villey, “[la] responsabilidad civil es un regalo que nos ha hecho, a los juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna... La

<sup>125</sup> Es posible que el sistema de responsabilidad civil de los países del *common law*, como muchos teóricos críticos han sostenido, sea profundamente incoherente. Véase , una crítica al estado del arte del *common law*, Alexander, Larry y Ferzan, Kimberly “Confused Culpability, Contrived Causation, and the Collapse of Tort Theory” en Oberdiek (ed.) *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, cit., pp. 406-425.

<sup>126</sup> Véase, *supra*, nota 22.

<sup>127</sup> Respecto de la influencia de la doctrina continental de la responsabilidad civil extracontractual en el *common law*, véase, Gordley, James, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 174-200.

historia demuestra la dependencia de nuestras definiciones técnicas con relación a los grandes sistemas generales de filosofía<sup>128</sup>.” Así, rescatar la filosofía de la responsabilidad extracontractual no es sólo estudiar unos conceptos que trascienden a las tradiciones jurídicas, sino que es retomar una tarea que los filósofos continentales se tomaron en serio hasta la codificación. En otras palabras, el objetivo de quienes proponemos el estudio de la filosofía anglosajona de la responsabilidad extracontractual –y creo que esta defensa también podría incluir a otros quienes defienden posiciones similares– no es nada cercano a una importación o un trasplante de conceptos; sino que es un llamado a una algo mucho más débil: un concepción más filosófica de la responsabilidad extracontractual, es decir, más atenta a los supuestos e implicaciones morales y políticas de nuestras doctrinas jurídicas. En esto, el desarrollo anglosajón cuando más puede servir como un punto de partida o un ejemplo de discusiones recientes, pero nunca será –nada en filosofía lo es– una respuesta definitiva.

Quienes defendemos la visión filosófica nos oponemos a parte del estado del debate actual en Latinoamérica. Aún tiene mucha fuerza hoy entre académicos, jueces y abogados una visión tradicional puramente dogmática de la responsabilidad extracontractual, donde la “interpretación” de los textos legislativos y las “teorías” que representan tienen un papel central.<sup>129</sup> Lastimosamente, la buena doctrina de derecho de daños no es la regla general y lo que abunda son libros y artículos sobre la sistematización de la ley con recopilaciones jurisprudenciales y reseñas a los conceptos de autores franceses, italianos y alemanes de diferentes épocas con una mínima labor crítica. En muchos casos, desde la visión tradicional se obvian las consideraciones morales, políticas y económicas relevantes, y lo que se debate son las “definiciones” de los conceptos clave (qué entender por “daño”, “causalidad”, etc., según los autores clásicos), o disputas técnicas sobre las normas codificadas (por ejemplo, sobre si la culpa debe ser relevante en la interpretación de cierto artículo del Código Civil). Contra esta posición, el filósofo de la responsabilidad extracontractual desea romper el molde y pensar los fundamentos últimos del área como unas preguntas donde, parafraseando a Berlin, “no existen diccionarios, encyclopedias, compendios de conocimiento, ni expertos, ni ortodoxia, a los cuales se pueda referir con la confianza de poseer la autoridad incuestionable o el conocimiento de tales

<sup>128</sup> Villey, Michael, “Esquema histórico de la responsabilidad”, Carlos Sanz (ed.) *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Ohersi, Buenos Aires, 1980, pp. 69 y ss.

<sup>129</sup> Este diagnostico se complementa en *infra*, sección IV.2.A., donde se sostiene que la mayor parte de los debates se centran en la sede judicial.

materias”.<sup>130</sup> El filósofo no se sonroja de traer cuestiones políticas, morales y metafísicas a la responsabilidad extracontractual, y de unirlas con consideraciones más prácticas sobre costos y eficiencia. El filósofo busca clarificar los conceptos, formular preguntas más amplias, tener en cuenta los supuestos e implicaciones de las posiciones y, en general, intenta explicar donde el dogmático calla o asume. Defender la filosofía de la responsabilidad extracontractual es en buena parte, entonces, oponerse a la visión tradicional.

Sería injusto, sin embargo, presentar todo el estado del debate en Latinoamérica como uno capturado por el formalismo o pensar que los filósofos son los únicos que se han levantado frente a la postura tradicional. Además de la escasa doctrina crítica en materia de responsabilidad extracontractual, un tipo de ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO se ha consolidado como la teoría de vanguardia y como el principal paradigma para repensar el derecho privado. Pero la recepción del análisis económico en nuestras tierras no es uniforme y se pueden identificar al menos dos variantes. Existe un ala “modesta” –la que hemos expuesto como una de las teorías de la responsabilidad extracontractual– que es consciente de las limitaciones de su enfoque y que se ve como una herramienta para la evaluación y la revisión de nuestras instituciones jurídicas.<sup>131</sup> El filósofo y analista económico se oponen la visión tradicional: Ambos sostienen que las teoría clásicas no son constructos inmodificables, y que la autonomía del derecho privado no significa que todo lo externo (la moral, la economía, la sociología, etc.) es impuro a la estructura formal e inmanente del derecho. Por el contrario, sostienen que el derecho y las teorías del derecho no son fines en sí mismos, sino que se deben conectar con realidades sociales y principios morales. Sin embargo, no todo el AED de Latinoamérica es modesto. Existe en nuestro contexto un ala “radical”, que es aún más extrema que los analistas económicos anglosajones más drásticos. El analista radical afirma que la eficiencia es el *único* criterio para estudiar el derecho –bajo el supuesto, a veces inconsciente, de que el consecuencialismo es la única teoría moral válida. Es decir, el AED radical se ve como una teoría imperialista y excluyente que proporciona los únicos criterios de explicación y justificación del

<sup>130</sup> Véase, *supra* nota 10.

<sup>131</sup> Por ejemplo, autores como Bullard (ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, vol. I) o Hugo Acciari (véase, “El análisis económico del derecho de daños. Una aproximación general”, en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *Filosofía de la Responsabilidad Civil*, cit., pp. 427-429) presentan aproximaciones modestas y conscientes de las limitaciones de su enfoque.

derecho, y todos los demás estudios son visiones del pasado, o cuando más, su validez se mide en tanto puedan proporcionar elementos al análisis económico de las instituciones jurídicas. El filósofo, si bien se une con el analista modesto, se opone al analista económico radical: el análisis económico no es la única herramienta válida, y la eficiencia es sólo uno más de los varios criterios posibles para entender el derecho. En ese sentido, el filósofo de la responsabilidad extracontractual busca proporcionar un contrapeso al analista económico radical, mostrando otros problemas que trascienden a la institución y otras consideraciones morales aparte del consecuencialismo, y con ello contrarrestando el imperialismo explicatorio.

De este modo, puede enmarcarse la filosofía de la responsabilidad extracontractual como una respuesta al dogmatismo y análisis económico radical. Los defensores de la filosofía de la responsabilidad extracontractual pretendemos presentar los problemas y supuestos conceptuales, morales y políticos que trascienden a la institución; para superar el análisis meramente dogmático del problema y contener la pretensiones utilitaristas y monistas del análisis económico radical. Otro modo de poner el punto es el siguiente: La idea de una filosofía de la responsabilidad extracontractual es simplemente tomarnos *más en serio* las consideraciones teóricas, morales y políticas de la institución –ver más allá la aproximación dogmática– y *menos en serio* las consideraciones puras de eficiencia –ver más allá el análisis económico radical. Se pretende volver a pensar la responsabilidad civil más filosóficamente, como ocurrió en la tradición histórica del *civil law* hasta la codificación y como ha ocurrido en el mundo del *common law* en los últimos cincuenta años. En una palabra, *la filosofía de la responsabilidad extracontractual es un llamado al debate sobre los fundamentos de esta institución jurídica*.

## 2. *Modificando los términos del debate actual: Contra la centralidad de la sede judicial*

Hasta ahora hemos dicho que quienes defendemos la filosofía de la responsabilidad extracontractual estamos llamando al debate sobre los fundamentos de esta institución, pero no hemos dicho nada acerca de ese debate. En esta sección se intenta responder a la pregunta sobre los sujetos relevantes de la discusión, es decir, *quienes* deben debatir (diré algo sobre el contenido del debate en la sección siguiente). Trataré de sostener que, en nuestro contexto, los principales debates sobre la responsabilidad extracontractual están centralizados en *la sede judicial y que tal foco de debate es inadecuado* pues obscurece las consideraciones relevantes. En mi concepto, el foro judicial no solo es un instrumentalmente deficiente, sino que, de forma más importante, no tiene la legitimidad democrática requerida. Estas objeciones, im-

portadas y adaptadas de la FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, se condensan en la idea que los jueces no tienen legitimidad para diseñar los principios y objetivos del sistema de responsabilidad extracontractual (las normas de textura abierta). El argumento será presentado en su forma más dramática y fuerte, con el objetivo de maximizar la oposición con la visión contraria. Sin embargo, la visión que se defiende no implica que la creación judicial se elimine totalmente. Trataré de señalar la existencia de un diálogo entre los creadores de las normas y los jueces y otras consecuencias importantes para la interpretación y aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual.

#### A. *La centralidad de la sede judicial*

Los debates dogmáticos sobre la responsabilidad extracontractual a los que hicimos referencia anteriormente<sup>132</sup> se dan principalmente en sede judicial. A pesar de que en Latinoamérica nos preciamos de tener un sistema de derecho continental romano-francés, las cortes han sido las mayores creadoras y reguladoras de la responsabilidad extracontractual, y la doctrina ha debatido sobre las creaciones judiciales. Para explicar esta idea de la centralidad de la sede judicial, permítase simplificar la estructura de los debates de la responsabilidad extracontractual en tres características: (i) En términos generales, las normas sobre la responsabilidad extracontractual en Latinoamericana se encuentran en los Códigos Civiles, en muchos casos, inspirados en el movimiento codificador del siglo XIX y principios del XX. A pesar de que temas particulares han recibido regulación especial más recientemente (en general, regímenes de responsabilidad civil objetiva, como riesgos profesionales, responsabilidad por productos defectuosos, aviación, residuos peligrosos, algunas formas responsabilidad comercial, etc.), la mayor parte de los debates de la responsabilidad extracontractual giran sobre la interpretación de las normas codificadas. (ii) Los jueces se encargan de la interpretación autoritativa de las normas codificadas, y no es extraño que *vía* interpretación, ellos hayan determinado las modificaciones más importantes del sistema de responsabilidad. Por ejemplo, aunque el redactor del Código Civil –un sabio del siglo XIX– no pudo imaginarse la conducción de automotores, a través de la interpretación las cortes han

<sup>132</sup> Véase, *supra* nota 129 y texto que la acompaña.

determinado que ésta es una “actividad peligrosa” para efectos de una norma codificada, y le han atribuido consecuencias jurídicas (*e. g.*, si ello implica una presunción de culpa o de responsabilidad). (iii) La doctrina de los dogmáticos y teóricos tradicionales de la responsabilidad civil se encarga de sistematizar las “teorías” contenidas en el Código, comúnmente contrastando el sentido original (lo que los escritores del código tenían en mente) con la evolución y los diferentes avances jurisprudenciales. El doctrinante comúnmente comenta y critica la jurisprudencia de las cortes, o busca hacerla consistente con otras normas, o propone una interpretación alternativa. Para tomar un ejemplo colombiano, el debate sobre responsabilidad objetiva y subjetiva (de la que nos ocupamos anteriormente) es principalmente sobre el fundamento legislativo adecuado de la responsabilidad objetiva y la evolución de las interpretaciones en la jurisprudencia a lo largo del tiempo. En Colombia, el fundamento de la responsabilidad objetiva es diferente de la regla general de artículo 2341 (que establece una regla general de responsabilidad derivada de dolo o culpa); por lo que algunos fallos y doctrinantes lo buscan en el artículo 2356 (que enumera algunas actividades peligrosas), mientras otros lo encuentran el artículo 669 (que define la propiedad). La doctrina se dedica principalmente a ver cómo la interpretación de estas normas ha evolucionado en los distintos fallos de las altas cortes. Con estas tres características en mente, la sede judicial es central porque el Código (a pesar de su vejez) regula la responsabilidad civil, la jurisprudencia lo interpreta y lo actualiza, y la doctrina discute los principales desarrollos interpretativos y jurisprudenciales –sin cuestionar la legitimidad del Código o el papel de los jueces–.

Voy a ejemplificar estas características con dos ejemplos colombianos, que espero que sean representativos para otros países. En agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia de Colombia modificó el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas del artículo 2356. En este momento, el magistrado William Name manifestó en nombre de la mayoría que “el fundamento y criterio de imputación de la responsabilidad es el riesgo que el ejercicio de una actividad peligrosa comporta por el peligro potencial e inminente de causar un daño a los bienes e intereses tutelados por el ordenamiento, por lo que la culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración”.<sup>133</sup> Con

<sup>133</sup> Nos referimos a la Sentencia de la CSJ SC, 24 ago. 2009, rad.-2001-01054-01, p. 61. (Nota: En Colombia, citados según la Circular 04 de 2014 de la Corte Suprema de Justicia. Hasta esta circular, no existía en Colombia un estándar oficial para la citación jurisprudencial. Véase, <http://www.filosofiadelderechocolombia.net/2014/05/citacion-de-jurisprudencia-de-la-corte.html>).

estas palabra, la Corte estaba cambiando una tradición centenaria de considerar el régimen de la responsabilidad civil por actividades peligrosas como una presunción de culpa. Sin embargo, en menos de un año, la posición cambió totalmente. En un nuevo fallo de casación, escribiendo en nombre de la mayoría, la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda desestimó la interpretación anterior, y estableció que el “criterio hermenéutico” de la Corte era “encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular en condición de guardián jurídico de la cosa”, debido a “la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo”.<sup>134</sup> En una palabra, en menos de un año, la Corte Suprema de Colombia *interpretó* el artículo 2356 del Código de dos formas diferentes: en la primera, creó un sistema de responsabilidad objetiva basada en el riesgo; en la segunda, volvió a su interpretación de que es una sistema subjetivo con una presunción de culpa donde el riesgo no juega un papel relevante. La discusión doctrinal sobre este punto se ha centrado sobre si esta es una interpretación correcta,<sup>135</sup> pero casi nadie se ha cuestionado si los jueces tenían el poder para hacer ese cambio. El punto importante para apreciar es, en todo caso, cómo la sede judicial es el centro del debate: *la Corte Suprema colombiana estableció unilateralmente el régimen responsabilidad objetiva y subjetiva, y los delicados balances políticos y morales que ello conlleva.*

La situación es más compleja en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado. En Colombia, toda la responsabilidad estatal se rige por una norma constitucional<sup>136</sup> que es interpretada por el Consejo de Estado, el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa (jurisdicción que se encarga de los litigios frente al Estado) el cuál ha creado en sus sentencias –de forma unilateral y sin tener en cuenta casi ningún criterio proveniente de sede democrática– las normas y los regímenes de responsabilidad extracontractual. Durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, el Consejo de Estado sostuvo que la noción de “daño antijurídico” implicaba una responsabilidad estricta y absoluta, posi-

<sup>134</sup> CSJ SC, 26 de ago. 2010, rad. 2005-00611-01.

<sup>135</sup> Al respecto, Mantilla, Fabián y Ternera, Francisco, “La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano” *Temas de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídicos*. Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, pp. 211-249.

<sup>136</sup> El artículo 90 que establece que “el Estado responderá patrimonialmente por los *daños antijurídicos* que le sean imputables”.

ción que se fue morigerando. Posteriormente, el Consejo de Estado retomó los entendimientos que había construido desde los años sesenta y setenta, restableciendo una compleja doctrina donde existen varios regímenes: unos regímenes subjetivos de “falla en el servicio” (*i. e.*, culpa del ente estatal en la cumplimiento de sus función, culpa que algunos casos puede ser presumida, *e. g.*, en el uso de armas oficiales) y un conjunto de regímenes de responsabilidad objetiva, que pueden ser “daño especial”, –que surge por ejemplo, cuando hay desequilibrios en las cargas públicas (*e. g.* cuando un bien particular es destruido en una operación militar)–, o “riesgo excepcional” –que, en términos generales, se refieren a actividades peligrosas creadas por el Estado (*e. g.*, automotores, servicios públicos como electricidad, etc.) – o casos de responsabilidad estricta (*e. g.*, responsabilidad por pérdida de bienes en bodegas oficiales).

Sin embargo, esta evolución se ha dado a través de casos concretos, sin hacer transparente las consideraciones políticas y morales que informan la distinción, y de forma no siempre coherente. Tomemos el controversial ejemplo de la responsabilidad del Estado por actos terroristas cometidos por terceros, para ver los problemas de esta evolución.<sup>137</sup> En aras de proteger a las víctimas de atentados terroristas de las guerrillas y otros actores armados ilegales (que, por supuesto, no pueden ser llamados a sede judicial), se ha establecido que, por principio de solidaridad, el Estado está obligado a dar compensación en responsabilidad civil por estos daños.<sup>138</sup> La idea parece buena, pero su aplicación ha sido difícil. Se puede aplicar un régimen subjetivo u objetivo para resolver estos casos, casi a elección del juez. Si se elige un régimen subjetivo, el problema no es sólo la ausencia de una definición de “falla en servicio” (es decir, no hay un entendimiento claro la “culpa estatal”, un problema extendido en el todo el derecho administrativo colombiano<sup>139</sup>) y, sino que se piden unos requisitos muy exigentes para la declaración de responsabilidad estatal (como, por ejemplo, que el hecho debe ser “previsible”, es decir, debía haber amenazas previas)

<sup>137</sup> Al respecto, véase, Peláez, Juan Carlos, *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, y MCausland, María Cecilia, “Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros” en Bernal y Fabra (ed.), *Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado, 2013,

<sup>138</sup> En el lenguaje introducido en la sección III.V.A., se podría decir que le han asignado los costos de estos daños al Estado, en virtud de determinados argumentos políticos (el Estado Social de Derecho y el Principio de solidaridad).

<sup>139</sup> Peláez, *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo*, *cit.*, pp. 33-6.

y que la falla sea “grave”. En últimas, se termina en una aplicación *ad hoc* y demasiado severa incapaz de proteger a las víctimas.<sup>140</sup> Pero la situación no mejora si se elige la responsabilidad objetiva. Como anota M’Causland, la jurisprudencia ha utilizado las tres teorías de la responsabilidad objetiva indistintamente, e incluso, en otro conjunto de casos, el alto tribunal ha unido las teorías de la responsabilidad objetiva entre ellas o con el régimen subjetivo de falla presunta.<sup>141</sup> Pero lo curioso es que en otro grupo de casos similares, ha dejado sin compensación a personas en circunstancias muy similares.<sup>142</sup> Por ello, los doctrinantes colombianos han criticado fuertemente la jurisprudencia administrativa. Por ejemplo, Juan Carlos Peláez ha dicho que la jurisprudencia administrativa colombiana “carece de un estatuto epistemológico”, sufre de “falta de cohesión, coherencia y claridad”,<sup>143</sup> “carece de una política jurisprudencial definida”, y de una “adecuada técnica jurídica en algunas ocasiones, lo cual no facilita la determinación precisa del fundamento utilizado”.<sup>144</sup> De forma similar, M’Causland concluye que el régimen de responsabilidad está “lleno de imprecisiones”, al punto que no existe una “distinción entre los distintos fundamentos de la responsabilidad del Estado”, lo que “genera inseguridad jurídica” y otras “consecuencias negativas aún no superadas por la jurisprudencia”.<sup>145</sup> Y el asunto de los regímenes de responsabilidad es sólo el elemento más representativo de los muchos aspectos problemáticos de la responsabilidad extracontractual del Estado.<sup>146</sup> En cualquier caso, el punto claro es que la responsabilidad civil del Estado se mueve a los vaivenes de la jurisprudencia.

<sup>140</sup> *Ibidem*, pp. 38-63.

<sup>141</sup> Véase M’Causland, “Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros”, *cit.*, pp. 531-544.

<sup>142</sup> M’Causland, *íd*.

<sup>143</sup> Peláez, *Reflexiones*, *cit.*, p. 127.

<sup>144</sup> Peláez, *Reflexiones*, *cit.*, p. 117.

<sup>145</sup> M’Causland, “Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros,” *cit.*, pp. 544-545.

<sup>146</sup> El Consejo de Estado no sólo determina los “regímenes” de responsabilidad, sino que ha determinado cuáles perjuicios han de ser indemnizados. El observador externo se sorprenderá con el modo en que la indemnización de los daños no patrimoniales en Colombia ha evolucionado. El Consejo de Estado ha concedido diferentes tipos de perjuicios no patrimoniales diferentes de los daños morales (‘daño a la vida en relación’, ‘daño a las condiciones de existencia’, ‘perjuicio fisiológico’) inspirado en la doctrina extranjera y se ha debatido incesantemente para crear un criterio que resuelva estos conflictos. Por fuera de estos debates, el punto es que el Consejo unilateralmente ha establecido cuáles criterios son indemnizables y no existe posibilidad de revisión y corrección de errores.

cia del Consejo de Estado. Aquí también la sede judicial es el centro de los debates.

### B. *La legitimidad de la sede judicial*

Los dos ejemplos anteriores generan innumerables problemas filosóficos y prácticos, que comúnmente son obviados por el dogmático.<sup>147</sup> Me centraré para efectos de mi crítica en un solo problema: *la legitimidad de los jueces para la fijación de los fines de la responsabilidad civil*. Como dejan claro los ejemplos, los jueces en Colombia (y creo que en otras jurisdicciones) han tenido la libertad para crear, a través de la interpretación, los régimenes de responsabilidad civil, y con ello, hacer los delicados balances políticos y morales a

<sup>147</sup> Pensemos en algunos de estos problemas: (1) Por ejemplo, si tenemos en cuenta que en muchos casos los códigos civiles son documentos antiguos, surgen interesantes preguntas de interpretación: ¿Qué se debe tener una interpretación “correcta” de una norma de responsabilidad civil promulgada hace más de doscientos años? ¿Deben ser interpretadas según el significado que le pusieron sus creadores originales o sus redactores latinoamericanos? ¿O esta interpretación debe basarse en los valores y principios morales que expresan? ¿Pueden interpretarse de forma evolutiva en el tiempo? ¿Si es así, qué criterios deben tenerse en cuenta? El lector no debería perder de vista las similitudes en ese debate sobre el originalismo (que puede ser vista como una forma de exégesis) y el árbol en filosofía del derecho constitucional. Véase POSITIVISMO JURÍDICO y FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. (2) Hay problemas relacionados la IGUALDAD de los ciudadanos frente a la ley –la “virtud soberana de la democracia”. En Colombia, debido a los vaivenes jurisprudenciales, los ciudadanos que sufrieron los mismos daños no tienen ninguna garantía de obtener la misma indemnización. Las personas sujetas cuyas peticiones fueron resueltas en las sentencias de 2009 y 2010 de la Corte Suprema, incluso si tuvieron la misma situación fáctica, pudieron haber recibido diferente respuesta. ¿Cómo interpretar ese hecho? ¿Cómo hacerlo consistente con el Estado de Derecho? ¿Tiene alguna consecuencia? (3) Y, por otro lado, están los problemas de la mora judicial –que en Colombia en algunos casos es de más de 10 años– en la decisión de un caso. Más allá de la afectación de los derechos individuales, (el procesalista Eduardo Couture decía “el tiempo, en los procesos, más que oro, es justicia”. Couture, Eduardo J. Estudios de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 392); el problema teóricamente más interesante es sobre la aplicación de los criterio jurisprudenciales en el tiempo. La sentencia proferida en 2014 juzga hechos que ocurrieron en el año 2000, pero se aplica la jurisprudencia vigente a 2014, sin tener en cuenta la posición de los agentes y sus expectativas al momento de la realización de los hechos. Tal vez, una teoría de la “vigencia de los precedentes en el tiempo” sea necesaria para que las doctrinas contenidas en los fallos judiciales cumplan el principio de legalidad. (4) Un último problema se centra en la responsabilidad del Estado. Dejando de lado la cuestión de quién es el competente para establecer el régimen, ¿qué consideraciones políticas deben tenerse en mente para construir una responsabilidad del Estado? ¿Tienen nuestros sistemas jurídicos teorías coherentes de justifiquen la asignación de costos al Estado?

los que hicimos referencia anteriormente. El primer punto a notar es que la legitimidad de ese poder es rara vez cuestionada. En responsabilidad civil entre particulares, las críticas se trataban de si la interpretación de la Corte era la correcta; no sí ella estaba legitimada para hacer esos cambios. En responsabilidad civil del Estado, es aún más dramática la ausencia de esta crítica como un elemento central. Un ejemplo muy claro son las posiciones de Peláez y M’Causland, que mencionamos anteriormente,<sup>148</sup> quienes critican la coherencia de la jurisprudencia, pero en ningún momento se preguntan si el Consejo de Estado es el ente encargado del diseño de las políticas o los regímenes respectivos. De hecho, toda la doctrina administrativista parece que asumiera que ese es un poder legítimo del Consejo de Estado. Esta situación es problemática por la especial importancia política de esas doctrinas, que regulan una porción substancial del uso del presupuesto nacional<sup>149</sup> (y que es equivalente a unos puntos porcentuales del PIB)<sup>150</sup>, sobre las cuales no hay ningún tipo de control democrático o criterio legislativo –en otras palabras, los jueces parecen ser una autoridad que determina unilateralmente el destino de los impuestos sin representación o responsabilidad. En ambos casos, entonces, se actúa bajo la presunción de que la Corte Suprema y el Consejo de Estado están legitimados para establecer los regímenes de responsabilidad civil y del daño indemnizable.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> Véase, *supra* nota 137.

<sup>149</sup> Sólo en 2013, el Estado colombiano pagó en condenas (de todo tipo) la suma de \$1.19 billones de pesos (1U\$ equivalente a \$2000 COP). Las estadísticas por el pago de condenas en Colombia comúnmente se cuentan en billones de pesos, según se aprecia en el informe de la recientemente creada Agencia de Defensa del Estado ([http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Lists/Informe%20de%20Gestion%20Judicial%20de%20la%20agencia%20para%20cons/Attachments/1/informe\\_actividad\\_litigios.pdf](http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Lists/Informe%20de%20Gestion%20Judicial%20de%20la%20agencia%20para%20cons/Attachments/1/informe_actividad_litigios.pdf)).

<sup>150</sup> En Colombia, los pasivos continentales del Estado derivados de condenas judiciales (pago de posibles condenas) al año 2010 equivalían a USD\$48.750.000.000, equivalente al 18.4% del PIB. Fuente, Gafe, Fernando, *¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado? Perspectivas sobre la gestión del riesgo fiscal en América Latina*, Documento de Debate No. IDB-DP-338, Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, p. 15.

<sup>151</sup> Cuando la legitimidad de los jueces para la creación judicial de normas se critica, estas objeciones comúnmente se formulan de forma confusa. La pregunta a veces es puesta en términos del debate entre el “nuevo derecho” y el “derecho tradicional”. Tamayo Jaramillo ha sido el un representante de esta posición, defendiendo una aproximación formalista basados en argumentos democráticos y de separación de poderes. Creo que la posición de Tamayo yerra no sólo por mezclar diferentes fenómenos bajo una sola etiquetas confusas y por que presenta lecturas idiosincráticas de los autores debatidos; sino, de forma más importante, porque carece de un argumento convincente sobre la legitimidad de su propia con-

El principal objetivo de esta sección es intentar una crítica a la legitimidad de los jueces para hacer ello. La objeción contra la legitimidad de la sede judicial (la resolución de casos por los jueces), se inspira en desarrollos de la filosofía del derecho constitucional,<sup>152</sup> y asciende a lo siguiente: la sede judicial en los sistemas del *civil law* no es un foro *instrumentalmente adecuado y democráticamente legítimo para debatir los fines, objetivos y principios de la responsabilidad extracontractual*. De entrada, debo hacer tres de clarificaciones sobre los tres límites de mi objeción: (i) mi objeción ataca la *legitimidad* de determinadas decisiones tomadas por los jueces, y no otros aspectos; (ii) la objeción se centra en la capacidad de los jueces para definir *los fines y objetivos del sistema de responsabilidad extracontractual*, y no otras normas de creación judicial, y (iii) la crítica tiene aplicación para sistemas de *civil law*. Respecto a (i), se debe reconocer que los jueces han tomado esta vocería por razones prudenciales, y, en muchos casos, por proactividad y en aras de resolver los casos de forma justa. Como muestran los ejemplos, en derecho civil, ante normas con más de dos siglos de antigüedad, han debido modificar el sistema de responsabilidad para poder ejecutar satisfactoriamente su trabajo; o, en derecho administrativo, han perseguido objetivos loables, como tratar de permitir el resarcimiento de víctimas que de otras formas no podrían ser compensadas. Además, los jueces en algunos casos han hecho esfuerzos para limitar sus propios poderes, estableciendo criterios unificados que contrarresten la falta de certeza.<sup>153</sup> Pero el centro de la crítica es *legitimidad*

---

cepción jurídica. Es de notar, Tamayo tampoco nota la forma en los jueces del viejo derecho también “crean” derecho en un sentido relevante y la creación judicial –como veremos– hace parte importante de la responsabilidad civil. Tamayo Jaramillo ha defendido esta posición en, entre otros, “La constitucionalización del derecho privado en Colombia”, *Derecho y Justicia*, año 2, núm. 3, 2009; “Hermenéutica constitucional y legal. Al rescate de la pureza del Derecho” (2009) Disponible en: [http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1\\_JJ/T1\\_JJ\\_LIBRO.pdf](http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1_JJ/T1_JJ_LIBRO.pdf); y *La decisión judicial*, Medellín, Diké, 2013, *passim*.

<sup>152</sup> Sobre estas objeciones, véase, en esta *Enciclopedia*, FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DEMOCRACIA, y CONSTITUCIONALISMO VS. DEMOCRACIA. Véase, además, Jorge Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo (eds.) *Filosofía del Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2014, sección II, en especial, el capítulo 8, Jeremy Waldron, “El núcleo del argumento contra el control judicial de constitucionalidad sobre la legislación”. Ejemplos de la aplicación de esta objeción a la responsabilidad extracontractual, véase, Richard Abel, “Questioning the Counter-Majoritarian Thesis: The Case of Torts”, *DePaul Law Review*, vol. 48, 1999, pp. 533. Para la misma conclusión, de que el proceso político es una mejor defensa para la modificación de la responsabilidad civil, véase, Peter Cane, “Taking Disagreement Seriously: Courts, Legislatures and the Reform of Tort Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, núm. 3, 2005, pp. 393-417.

<sup>153</sup> Por ejemplo, recientemente la Sección Tercera (encargada de la responsabilidad civil) del Consejo de Estado, aprobó mediante Acta No. 28 de agosto de 2014, el “Documento

(es un argumento moral sobre la posición de la corte para solucionar determinados conflictos), no sobre las motivaciones de los jueces ni su sabiduría o sobre la necesidad o deseabilidad de su intervención. Los elementos (ii) y (iii) serán explicados con mayor detalle en la sección siguiente. Entre tanto, lo importante es enfatizar, por un lado, que mi crítica se centra en las normas fundamentales de la responsabilidad extracontractual, como aquellas que señalan el régimen de responsabilidad debe ser objetivo o subjetivo y, por el otro, que la objeción como no aplica a países donde el diseño de los objetivos del sistema de responsabilidad extracontractual fue dejado a los jueces –como en los países del *common law*–.

La objeción que defiendo se apoya en argumentos instrumentales y argumentos no instrumentales. Los argumentos instrumentales son bien conocidos desde la teoría del RAZONAMIENTO JURÍDICO, y han sido resumidos magistralmente por Andrei Marmor.<sup>154</sup> Siguiendo y adaptando a Marmor, son dos las razones principales por las cuales los jueces no deben estar legitimados a crear las normas generales de la responsabilidad extracontractual. Por un lado, la sede judicial es “insular”, los jueces están enfocados en tomar las decisiones en los casos concretos, y no pueden ver toda la complejidad social, económica y moral de las cuestiones. En el sistema adversarial –incluso mitigado por reglas inquisitivas y por el principio de *iura novit curia*– los jueces están limitados al problema específico y peticiones de las partes. Como los jueces no responden ni deben responder al punto de vista de la sociedad, el sistema de adjudicación caso por caso no permite la consecución de determinados fines generales u otros balances más sutiles que el sistema requiere para beneficiar a la sociedad entera. Además, proferir justicia en un caso concreto, generando normas vinculantes para el futuro vía precedente, puede no ser el mejor modo de resolver la tensión entre dañadores y víctimas para el futuro, o puede crear incentivos nocivos a largo plazo. Y, por otro lado, las decisiones judiciales son auto-perpetuantes y carecen de mecanismos de retroalimentación. El único modo

---

ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.” Este documento establece una tipología de los perjuicios indemnizables y los montos correspondientes con que deben ser indemnizadas. La objeciones que se presentarán a continuación también aplican a este tipo de acuerdos, pues ellos no son más que recopilaciones de posiciones desarrolladas en la jurisprudencia.

<sup>154</sup> Lo siguiente lo adapto de: Marmor, “¿Son legítimas las constituciones?” en Fabra y García Jaramillo, *Filosofía del Derecho Constitucional*, cit., sección III.4.D.

de cambiar un precedente es a través de una demanda, y puede que tal demanda no ocurra. Además, como bien anota Marmor, si hay un precedente bien establecido en un área del derecho, existe un fuerte incentivo a no demandar, puesto que no todas las personas están en la posición de gastar dinero en litigios sin futuro y asumir costas si la demanda no le es favorable. Y si la demanda llegara a ocurrir, no es seguro que llegue a la instancia adecuada capaz de generar precedentes vinculantes que modifiquen la regla pertinente, e.g., porque el tipo de caso no sea susceptible de apelación, no hay suficiente evidencia, hay nulidad por otras razones, etc.

Estas objeciones instrumentales, sin embargo, son susceptibles a refutación empírica. Queda la posibilidad de probar empíricamente, por ejemplo, que los jueces tienen una mejor posición que el regulador para resolver determinados casos o en determinados contextos; o que la carencia de mecanismos de retro-alimentación es algo bueno. Aunque puede haber plausibilidad en estas líneas de respuesta creo que, incluso si las objeciones instrumentales son erradas, los jueces no deberían tener el poder para diseñar los fines de la responsabilidad extracontractual. Ello ocurre por una razón no instrumental y no susceptible de refutación empírica, que se refiere a que los jueces carecen de *legitimidad democrática*. Como se ha sostenido a lo largo de este escrito, establecer un régimen de responsabilidad civil implica tomar un número importante de decisiones sobre complicados asuntos morales, políticos y económicos. Siguiendo una versión fuerte y algo radical del argumento presentada por Waldron,<sup>155</sup> sobre esta clase de asuntos morales y políticos existen desacuerdos radicales entre diferentes sectores sociales. No se trata sólo que las personas discrepan sobre la posible respuesta, sino que también están en desacuerdo sobre cuáles deben ser las consideraciones relevantes y cómo deben ser perseguidas y aplicadas. Como ninguna persona tiene la verdad sobre estos asuntos, el mecanismo más legítimo para solucionar este tipo de desacuerdos es la participación democrática: Si tenemos una comunidad democrática adecuadamente constituida y reglas justas de participación,<sup>156</sup> se esperaría que las diferentes facciones y opiniones debatieran las posiciones en pugna y se alcanzara un acuerdo que, aunque no sea compartido por todos, sí pudiera ser considerado legítimo por todas las partes. Dejar las decisiones en manos de los

<sup>155</sup> Waldron, “El núcleo del argumento contra el control judicial de constitucionalidad sobre la legislación”, *cit.* El argumento es puesto en su versión más fuerte y dramática para efectos ilustrativos.

<sup>156</sup> Se debe resaltar que la presencia de reglas adecuadas de participación es una condición necesaria para que el argumento democrático de Waldron funcione.

jueces, según esta línea de pensamiento, es peligroso e inmoral. Por un lado, los jueces no son “reyes platónicos” con una comunicación directa con la verdad sobre asuntos morales, políticos y económicos. Además, los jueces no responden de ninguna forma a los deseos de los electorados ni representan grupos políticos. Y, por otro lado, los asuntos de la responsabilidad extracontractual (justicia, costos, riesgos, utilización de nuestros impuestos) son delicados asuntos morales y políticos que nos interesan a todos, y sobre los cuales todos tenemos un derecho de participación. Incluso, diría Waldron, los jueces le están quitando a los ciudadanos algunos de sus derechos de participación política: le están impidiendo que su voz sea escuchada directa o indirectamente en la regulación de estos asuntos morales importantes que se relacionan con la responsabilidad extracontractual.

La contraposición a las objeciones democráticas parecen demostrar que lo que llamaré “regulador democrático” es el foro adecuado para debatir y establecer los fines y objetivos de la responsabilidad civil extracontractual. El regulador democrático puede ser el órgano legislativo, un ente puramente político, pero también puede incluir entidades reguladoras especializadas respaldadas democráticamente e, incluso, a grupos de expertos con algún tipo de representatividad o refrendación democrática. En el aspecto instrumental, el regulador democrático puede apreciar la complejidad social, económica, moral y política que tiene la creación general de normas. El regulador puede escuchar a diferentes puntos de vista y adaptarse a nuevas circunstancias. En el aspecto no instrumental, idealmente (a veces no aplica para los legislativos latinoamericanos), los reguladores pueden representar a diferentes facciones de la sociedad con visiones políticas y morales disímiles, deliberar sobre las consideraciones relevantes y producir una decisión que sea considerada legítima por todos los participantes. Esta legitimidad procedimental democrática debe moderarse por algunos aspectos substantivos. En responsabilidad extracontractual no se trata sólo de un acuerdo político y moral, sino que también hay aspectos técnicos y económicos. En estos últimos, no todo puede estar en las mejores manos si se deja a legisladores o políticos profesionales. Sin embargo, el punto democrático aquí es que, incluso si deja la decisión en mano de expertos para que fijen los fines y objetivos de la responsabilidad extracontractual siguiendo algún compromiso político-moral (por ejemplo una comisión de notables para que fijen la responsabilidad extracontractual siguiendo a la Constitución), la legitimidad última de las decisiones que fijen los fines de la responsabilidad extracontractual debe tener algún tipo de refrendación democrática.

La decisión no (sólo) es legítima porque la dicten los más sabios, sino porque sea aceptada o refrendada en seno democrático.

### C. *La normas de generales de textura abierta*

En todo caso, las anteriores objeciones deben ser más sutiles en la responsabilidad extracontractual. Pretender que los jueces sean las “bocas” del legislador es una teoría ingenua de la decisión judicial todas las áreas del derecho, y, es especialmente errónea en responsabilidad extracontractual. La objeción adaptada a la responsabilidad extracontractual se limita a la afirmación de que los jueces en la tradición de derecho continental *no* pueden crear el sistema de responsabilidad civil, ni establecer los fines, objetivos y principios del mismo. Sin embargo, los jueces conservan un papel fundamental en la creación de normas más particulares o sub-reglas, las cuales siempre permiten a un alto nivel de discreción. Permítase explicar esta distinción introduciendo la noción de “normas de textura abierta”.

El derecho regula la conducta estableciendo reglas generales, ya sea formalmente (mediante leyes y decretos, y, en cierta medida, mediante precedentes) o mediante costumbres y prácticas sociales. Las reglas generales son necesarias pues establecen nuestras expectativas sociales, coordinan nuestra conducta y todas las demás ventajas de lo que se conoce como “principio de legalidad.” En algunos casos, los creadores de las normas pueden regular la conducta en términos exactos: “sólo las personas mayores de 18 años se consideran mayores de edad”, “la policía debe llevar al imputado ante un autoridad judicial en menos de 24 horas” o “toda persona conduciendo con más de 40mg de alcohol en la sangre se encuentra sujeta a una multa”. En otros casos, los creadores de normas pueden formularlas en términos más generales: “el castigo impuesto debe ser *proporcional* a la ofensa”, “la policía judicial debe llevar al imputado ante la autoridad judicial competente en un plazo *razonable*”, o, en responsabilidad civil, “las personas son responsables de los daños accidentales que hayan causado cuando no ejercieron el cuidado que *un buen padre de familia* hubiera ejercido.” Las palabras en cursiva son ejemplos de lo que H. L. A. Hart llamó “textura abierta”, es decir que tienen un área cuyo significado es indeterminado.<sup>157</sup> En estos casos, el legislador se basa en la vaguedad e indeterminación del lenguaje natural para dejar en manos de los jueces la resolución del conflicto en el caso concreto, teniendo en cuenta las particularidades

<sup>157</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Prelot, Buenos Aires, 1963, pp. 159 y 60.

del mismo. Las reglas señalan unos criterios generales, y los jueces, aunque están limitados por el significado del “centro” de la norma, tienen una discrecionalidad en la aplicación; es decir, es el juez quién determina que es “proporcional”, “razonable” o “quién es un buen padre de familia” en el caso concreto.<sup>158</sup> La textura abierta y la discrecionalidad que ella conlleva no deben verse como características nocivas. Sin importar la sabiduría del legislador, no es posible regular todas las particularidades de la conducta a través de normas generales. Por ello, en algunas ocasiones, los legisladores optan por dejar que, dentro de ciertos límites, el significado de las normas se adapten a diversos casos y se modifiquen a diversas circunstancias. En ese sentido, la textura abierta permiten un equilibrio entre *rigidez* y *seguridad*, por un lado, y *flexibilidad* y *adaptabilidad* por el otro.<sup>159</sup> Lo primero viene del centro de la norma que establece unos criterios que deben ser cumplidos por los jueces; lo segundo de la discrecionalidad del juez de acomodarse a las particularidades del caso y las circunstancias cambiantes. Con este modelo, Hart responde por igual al formalismo y al REALISMO: no es cierto que toda la labor judicial sea la aplicación de criterios preestablecidos, pero tampoco es cierto que los jueces estén ilimitados en la creación del derecho.

Bajo este entendimiento podemos aclarar los límites de la objeción democrática en la responsabilidad extracontractual de los países continentales. Mientras en los países del *common law* se ha decidido dejar el desarrollo de las reglas generales a los jueces –por supuesto, bajo diseños institucionales diferentes y otras presiones políticas y académicas sobre ellos–, en los países del *civil law* a los jueces no se le confían esos asuntos, sino que dependen de determinaciones democráticas previas. Asumiré que tal característica es central en nuestra tradición jurídica.<sup>160</sup> De este modo, en los sistemas

<sup>158</sup> Entender este punto de Hart deja claro que la crítica de Dworkin en “Modelo de las Reglas I” no es del todo acertada. Para Hart, las reglas no son estándares “todo-o-nada”. Gran parte de lo que Dworkin considera principios Hart los puede encuadrar como normas de textura abierta.

<sup>159</sup> Una teoría del derecho constitucional que pone en un lugar central este equilibrio entre flexibilidad y seguridad es la teoría del “árbol vivo” de la interpretación constitucional. véase, Waluchow, FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

<sup>160</sup> En nuestros sistemas, sin embargo, los jueces a veces son los primeros en manifestar, bajo un manto de falso formalismo, que están actuando de acuerdo “el imperio de la ley,” o “interpretando el verdadero sentido de la ley” para escaparse de la responsabilidad de decir que en muchos casos la ley es vaga o amplio y en realidad están creando nuevas normas jurídicas. Lo curioso es que, en responsabilidad civil, los jueces más activistas y creativos son al mismo tiempo los que comúnmente defienden vehementemente la separación de poderes

continentales han establecido que la regulación de la responsabilidad civil, incluyendo sus principios, fines y objetivos, debe hacerse a través de reglas generales. Estas normas son de textura abierta. La objeción democrática, entonces, está limitada de la siguiente forma: los jueces no están legitimados para crear normas generales de textura abierta que fijen los principios, objetivos y fines de la responsabilidad extracontractual; esta es la labor del “regulador democrático”. Entre más general sea la norma, mayor es la presunción de que no se debe debatir y crear en sede judicial. Pero los jueces son confiados con un gran poder de crear las sub-reglas que dan aplicación a las normas de textura abierta. Ello no sólo es inevitable, sino que es deseable para alcanzar un equilibrio entre seguridad y flexibilidad en responsabilidad extracontractual.

En esa medida, va a ocurrir un *diálogo creativo* entre los reguladores democráticos, que crean las normas y establecen los objetivos y los fines generales, y los jueces que las aplican y crean normas más particulares, adaptando las generales a nuevas circunstancias. En este modelo dialógico, los jueces no pierden su capacidad de crear reglas mediante precedentes, sino que las normas que crean son especializadas para determinadas conductas o tipos de conductas. Así, los jueces están atados a los principios y objetivos que han sido establecido por el regulador democrático;<sup>161</sup> pero los reguladores también deben estar atentos a los casos que reciben los jueces, pues, en cierto sentido, ellos son un foro institucional que puede conducir a la modificación de los principios más generales.

Lo anterior es sólo un intento de descripción de las características más generales de la aplicación e interpretación de las normas de textura abierta en la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no se trata de una teoría comprehensiva de la misma.<sup>162</sup> De hecho, una teoría completa de la

---

y la democracia. Parte de la crítica, como veremos más adelante, busca aclarar el papel judicial en los países del *civil law*.

<sup>161</sup> Surge entonces la cuestión de cómo las reglas de creación judicial pueden cumplir con la publicidad requerida por el principio de legalidad. Nótese que en este modelo dialógico, los jueces tienen un poder importante para determinar las consecuencias jurídicas de las normas en los casos concretos. Pero, ¿cómo puede el ciudadano que no es parte del proceso conocer esas normas que también son vinculantes a él? Es posible que los jueces deban compilar sus sub-reglas o publicarlas de forma similar a como las leyes son publicadas.

<sup>162</sup> Esta doctrina no explica, por ejemplo, bajo cuáles condiciones el juez debe aceptar las normas democráticas (su sentido original) o si estas nociones son adaptables a través de la evolución, y si este es caso, cuáles consideraciones son válidas y cuales no. Tampoco se explica cuando una interpretación evolutiva es “aceptable”, o cuando se transforma en una “modificación” o suplantación de las normas (como creo que ocurre en los ejemplos del derecho civil colombiano), ni los casos de la desviación judicial justificada, *i. e.*, los casos en

creación, aplicación e interpretación de las normas de textura abierta sigue siendo un asunto pendiente en la dogmática y filosofía de la responsabilidad. Aunque la imagen completa falte, lo dicho es suficiente para los propósitos de limitar el alcance de la objeción democrática. Mi objeción no es eliminar la discrecionalidad de los jueces en la interpretación de las normas de responsabilidad extracontractual, ni posibilidad de crear sub-reglas que especifiquen las reglas generales. Tampoco el punto es que las normas de creación judicial no están sujetas a crítica. El punto es que, al menos en lo que se refiere a las normas de textura abierta, el debate debe ser técnico, deliberado y representativo, donde los actores sociales puedan concurrir y presentar sus divergentes visiones morales y se alcance el consenso moral y político sobre estas materias. En un palabra, *las complejas decisiones morales y políticas que están implícitas en la normas de responsabilidad extracontractual no deben ser el monopolio de unos cuantos jueces, sino que deben ser deliberadas públicamente y deben ser legitimadas democráticamente.*

### *3. El debate sobre las normas de textura abierta*

Con estos elementos en mente podemos aclarar la modesta contribución de esta defensa de la filosofía de la responsabilidad extracontractual: Los problemas de la responsabilidad civil han estado algo oscurecidos por un modo particular de ver el área. Por un lado, los debates centrales han sido vistos como cuestiones puramente dogmáticas, obviando importantes dimensiones morales y políticas que las mismas tienen. Y, por otro lado, estas consideraciones han sido oscurecidas por la centralidad de la sede judicial, que no sólo no hace transparentes las consideraciones relevantes bajo un manto de formalista, sino que posiblemente no sea instrumental ni democráticamente el mejor foro para crear las normas de textura abierta que estructuran nuestra responsabilidad civil. Bajo estas consideraciones podemos ver el humilde pero importante papel que juega la filosofía de la responsabilidad extracontractual: es *un llamado al debate sobre las normas de textura abierta con atención a los supuestos políticos y morales que las informan.* La idea aquí no se trata de que la filosofía proporciona respuestas, sino que proporciona algunas

---

los que los jueces deben apartarse de los criterios generales para generar justicia la situación concreta (pues ello parece posible y adecuado en algunas circunstancias, siempre cuando y la mejor posición para la desviación judicial es que sea consciente, argumentada, y pública).

preguntas que nos permitirán pensar mejor nuestras instituciones de responsabilidad civil.

Permitáse, además, añadir un paso adicional a este modesto papel que juega la filosofía en la responsabilidad extracontractual, que será la última contribución de este escrito. Creo la tradición jurídica latinoamericana, si se toma en serio la complejidad de la labor y se empodera de una perspectiva propia, puede hacer un contribución importante a los debates globales sobre la responsabilidad extracontractual. Ya sabemos que la responsabilidad extracontractual no se agota en el limitado universo del derecho privado, sino que hay una multiplicidad de consideraciones morales y políticas que influyen en la adecuada constitución de nuestros sistemas. El punto clave es que los diferentes balances de consideraciones políticas y morales cambian en el tiempo y en las tradiciones jurídicas. Por un lado, los diferentes balances normativos cambian ante nuevas circunstancias y nuevos modos de percibir problemas que nos conllevan a pensar soluciones a asuntos que fueron resueltos en el pasado. Pero, por otro lado y de forma más importante, cada sociedad y tradición jurídica puede hacer sus propios balances de los principios morales y políticos teniendo en cuenta su historia cultural, ideales políticos, objetivos colectivos y necesidades particulares. Ello no significa que se defienda un relativismo absoluto –puesto que esto eliminaría la reflexión filosófica y la crítica externa–, sino que los balances de los principios morales y políticos pueden ser llevados de formas diferentes en cada cultura. Se puede explicar esta idea adaptando una noción de la filosofía tomista –la *determinatio* de lo justo natural–: Los principios morales son abstractos y permiten diferentes “especificaciones”, es decir, diferentes aplicaciones justas (*e.g.* aunque la moral dice que hay que diferenciar entre adultos y menores de edad, no dice cual es la edad correcta para ello y hay varias formas válidas de hacerlo –pueden ser 16, 18, 21, 25, años–). Cada una de éstas determinaciones es un ejemplo válido del principio moral, pero que generan diferentes consecuencias que pueden adaptarse a diferentes grupos o circunstancias. Esas determinaciones son las que crean caminos para que la justicia se realice en el mundo real.

La idea que quiero sostener es que en Latinoamérica, si estamos conscientes de las preguntas y los supuestos que las informan, podemos realizar nuestras propias determinaciones de los principios morales y políticos. Hasta ahora, a veces se piensa que entre más doctrina extranjera introduzcamos, mejor es nuestra tradición jurídica; es decir, somos un punto de recepción de las determinaciones que hacen otros según su historia y sus necesidades. Pero esta posición puede no ser la correcta. Incluso si estamos en la misma tradición jurídica y trabajando con los mismos conceptos uni-

versales (justicia correctiva, causalidad, etc.), es una alternativa viable explorar nuestras propias respuestas al tomar en serio los problemas morales y políticos que trascienden a la institución. De este modo, la comunidad jurídica latinoamericana debe tener en cuenta las particularidades de nuestro contexto para realizar nuestras propias determinaciones de los conceptos comunes: En general, nuestras sociedades son multiculturales, con sistemas jurídicos constitucionalizados, con contextos de pobreza y desigualdad, con problemas institucionales, ávidas de desarrollo económico, con bajo cumplimiento de las normas, con amplias economías informales, en algunos casos con amenazas bélicas o problemas sostenidos de delincuencia común, pero al mismo tiempo con deseos de reconciliación, etc. Esto parecería dar lugar, sino para nuestras propias innovaciones teóricas, al menos para una perspectiva diferente de los mismos problemas. Al igual que actores europeos (y sus “European Principles of Tort Law”) y los estadounidenses (y su “Third Restatement”), en Latinoamérica también deberíamos pensar seriamente, desde nuestras particularidades, sobre *qué* entendemos por responsabilidad extracontractual, *cuáles* objetivos morales y políticos perseguimos con nuestras normas, y *cómo* esas normas afectan nuestra realidad.<sup>163</sup> Incluso si los resultados no son radicalmente diferentes, esta exploración puede resultar en que Latinoamérica ponga su parte a los debates globales de responsabilidad extracontractual.

Con elementos que espero haber introducido en este escrito, se aumentan los retos que deben ser estudiados. Creo que es un buen momento para repensar la noción misma de responsabilidad civil y los valores y funciones que le atribuimos; los conceptos dogmáticos de daño y riesgo y los supuestos morales que los informan; se debe desarrollar una nueva teoría de la CAUSALIDAD; se debe actualizar la noción de culpa, sus estándares y unificación; se debe proporcionar una justificación coherente de la responsabilidad objetiva; se debe de proporcionar un entendimiento coherente de los perjuicios indemnizables; y se debe prestar atención a los problemas de

<sup>163</sup> Que tenga conocimiento, hay varios esfuerzos sistemáticos para proporcionar una perspectiva latinoamericana al derecho privado: Por ejemplo, el “Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano” promovido por el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del CNR-Università di Roma ‘Tor Vergata’ [[www.ciduci.org/portal/modules/news/index.php?storytopic=3](http://www.ciduci.org/portal/modules/news/index.php?storytopic=3)]), o el Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos es de Universidad Diego Portales y la Fundación Fernando Fueyo Laneri y por la Fondation pour le Droit Continental (para [www.fundacionfueyo.udp.cl/index.php](http://www.fundacionfueyo.udp.cl/index.php)), entre otros. Pero ninguno, que sepa, se aproxima desde la visión filosófica defendida aquí.

responsabilidad colectiva y los daños masivos. Además, hay que desarrollar una teoría de la creación e interpretación de las normas de responsabilidad extracontractual; de la publicidad de las sub-reglas de creación jurisprudencial para garantizar el principio de legalidad; del diálogo legislativo-judicial en el derecho de daños, además del papel de la narración y el estudio de la evidencia relevante que nos permite resolver los procesos. Finalmente, hay otros puntos un poco más locales que merecen atención: la relación entre la responsabilidad extracontractual, el constitucionalismo y los postulados del Estado social; la representación democrática en la creación de normas de responsabilidad extracontractual (en especial, en contextos poco representativos); el papel de la distribución en la responsabilidad civil y la influencia de condiciones de pobreza e injusticia social en los deberes de reparación; la responsabilidad civil y la promoción de la libertad económica y la generación de desarrollo; el funcionamiento de la responsabilidad civil frente a violaciones de derechos humanos y en procesos de transición; una fundamentación política para la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad civil frente al PLURALISMO JURÍDICO en sociedades multiculturales. En estos aspectos hay lugar para el desarrollo e innovación, es decir, para determinaciones y respuestas que se acomoden a nuestras particularidades. Los estudiosos latinoamericanos deben ser participantes activos de nuestros propios debates –y no meros receptores– y potencialmente podrán generar perspectiva una diferente que pueda enriquecer los debates internacionales sobre la responsabilidad extracontractual. Y creo, por supuesto, que la filosofía tiene un papel relevante en esta transformación.

## V. CONCLUSIONES

La responsabilidad civil solo se hace inteligible con relación a principios y valores explicados por consideraciones filosóficas más abstractas. Por un lado, el problema de la responsabilidad civil es un problema cotidiano y bien delimitado que invita a los “abogados y ciudadanos a pensar filosóficamente”.<sup>164</sup> Es claro que estos problemas no surgen en los casos ordinarios. Sin embargo, cuando el jurista está en la posición de diseñar un sistema de responsabilidad extracontractual o una política particular, o de identificar o solucionar un caso difícil, o de repensar enteramente su tradición jurídica, estas consideraciones necesariamente salen a la luz. Por otro

<sup>164</sup> Zipursky, “Filosofía de la responsabilidad extracontractual”, *cit.*, p. 230.

lado, la filosofía del derecho de daños es difícilmente banal en términos filosóficos. Las consideraciones filosóficas necesarias para entender la responsabilidad extracontractual se relacionan con algunos de los problemas más profundos de filosofía jurídica, política y moral.<sup>165</sup> Se puede decir, entonces, tomando la formulación de Zipursky, que *la filosofía de la responsabilidad extracontractual no vuelve esotérica la realidad del derecho, sino que la define; ni banaliza la filosofía, sino que la hace práctica y real.*

Estas consideraciones son particularmente relevantes y oportunas en el contexto latinoamericano, dominado por cierto dogmatismo en la visión más tradicional, y algún extremismo economicista en las visiones más avanzadas. Pensar filosóficamente la responsabilidad extracontractual implica ver más allá del texto e historia de la normas, y tratar de traer a la luz todas los supuestos e implicaciones que son relevantes para entender la institución. El llamado por una filosofía de la responsabilidad extracontractual es un llamado al debate sobre los principios y fundamentos de nuestro derecho de daños. Esta labor, si es tomada en Latinoamérica con debida seriedad y como un esfuerzo local por entender los problemas desde nuestras particularidades, puede ser fructífera para nuestros sistemas jurídicos y una contribución para el debate global de la responsabilidad extracontractual.

Un último mensaje: Lo anterior no debe dar la impresión de que el éxito de la filosofía se mide en tanto sea capaz de generar consecuencias prácticas, o modificar de la realidad, o que la filosofía está atada a contextos particulares. La filosofía puede tener una profunda influencia en el mundo, pero procede de una forma indirecta: clarificando los objetos de estudio, y esta clarificación puede ser punto de partida de otras investigaciones o desarrollos prácticos. Sin embargo, para ponerlo en términos kantianos, la filosofía no debe verse como un medio para fines adicionales, sino que es un fin en sí mismo. Por ello, es una actividad valiosa aún cuando se sabe de antemano que no hay una respuesta última ponga término sus debates. La filosofía, tomando nuevamente de Berlin, esa “actividad socialmente peligrosa, intelectualmente difícil y a menudo agonizante y desagradecida” de resolución de aquellas preguntas que “no son susceptibles a los métodos de las ciencias o a la observación diaria,” sobre las cuales “no existen diccionarios, enciclopedias, compendios de conocimiento, ni expertos, ni ortodoxia a las cuales se pueda referir con la confianza de poseer la autoridad incuestionable o el conocimiento de tales materias,” tiene siem-

<sup>165</sup> *Idem.*

pre el mismo papel: *ayudar a los seres humanos a entenderse a sí mismos y así operar en una forma abierta, y no en la oscuridad.*<sup>166</sup> Este escrito hace parte de un esfuerzo por promover entre los juristas latinoamericanos la misión de ver la responsabilidad extracontractual desde la perspectiva de la filosofía. De este punto de vista, el derecho de daños genera el tipo de preguntas que Berlin magistralmente explicó, y su resolución es, igualmente, una “actividad socialmente peligrosa, intelectualmente difícil y a menudo agonizante y desagradecida.” Pero es una tarea valiosa porque, como toda la filosofía, podrá ayudar a los seres humanos –juristas y ciudadanos en general– a entenderse a sí mismos y a sus normas jurídicas y a su responsabilidad extracontractual, y así operar en una forma abierta, y no en la oscuridad.

## VI. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

### 1. *Bibliografía Fundamental*

- BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge, (eds.) *La Filosofía de la Responsabilidad Civil: Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- COOPER-STEPHENSON, Ken y GIBSON, Eliane (eds.), *Tort Theory*, Toronto, Captus, 1993.
- ENGLARD, Izhak, *The Philosophy of Tort Law*, Aldershot, Dartmouth Company, 1993.
- GORDLEY, James, *Foundations of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- LUCY, William, *Philosophy of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- OBERDIEK, John (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford, 2014.
- OWEN, David (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- OWEN, David; SCHROEDER, Christopher H. y HONORÉ, Anthony, *Teoría de la Responsabilidad Civil Extracontractual* (Pablo Suárez, ed.), Bogotá, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, 2014.

<sup>166</sup> Esta es la famosa elucidación de Berlin, a la que hemos hecho referencia varias veces en este texto. Véase, *supra* nota 10.

- PAPAYANNIS, Diego M., *Comprensión y Justificación de la Responsabilidad Extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- POSTEMA, Gerald (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002
- ROSENKRANTZ, Carlos (ed.), *La responsabilidad extracontractual: Donde la filosofía, el derecho y la economía se juntan*, Barcelona, Gedisa, 2006.

## 2. *Introducciones a la filosofía de la responsabilidad extracontractual*

- BERNAL PULIDO, Carlos “Presentación”, Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.
- COLEMAN, Jules L. Coleman y MENDLOW, Gabriel, “Teorías de la responsabilidad extracontractual” en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.
- FABRA ZAMORA, Jorge Luis, “Estudio introductorio: Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.
- FLETCHER, George P., “Remembering Gary - And Tort Theory”, *UCLA Law Review*, vol. 50, 2002.
- GOLDBERG, John C. P., “Twentieth Century Tort Theory”, *Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2002.
- HONORÉ, Anthony, “La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas”, Bernal Pulido y Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.
- MURPHY, Jeffrie y COLEMAN, Jules L., *Philosophy of Law*, Nueva York, Westview, 1990.
- MURPHY, Mark C. *Philosophy of Law: The Fundamentals*, Oxford, Blackwell, 2007.
- OBERDIEK, John, “Philosophical Issues of Tort Law”, *Philosophy Compass*, vol. 3/4, 2008.
- OWEN, David G., “Why Philosophy Matters to Tort Law?”, Owen (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*.
- PAPAYANNIS, Diego Martín, “Teorías de la responsabilidad extracontractual” en Hevia, Martín (ed.) *Teoría y crítica del derecho civil y comercial*, Fontamara, México, 2012.
- \_\_\_\_\_, “Teorías sustantivas de la responsabilidad extracontractual y la relevancia de la metodología”, *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, vol. 37, 2012.

- PERRY, Stephen R., “Tort Law”, Denis Patterson (ed.), *Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2010.
- POSTEMA, Gerald, “Introduction”, Postema (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002.
- RIPSTEIN, Arthur, “Philosophy of Tort Law,” Jules L. Coleman y Scott Shapiro (eds.) *Oxford Handbook of Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 2001.
- SCHWARTZ, Gary, “Tort Scholarship”, *California Law Review*, vol. 73, 1985.
- SUÁREZ, Pablo, “Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual”, Bernal Pulido y Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.
- \_\_\_\_\_, “Mapa de la responsabilidad”, Owen *et al*, *Teorías de la responsabilidad extracontractual*.
- WILLIAMS, Bernard. “Afterword: What Has Philosophy to Learn from Tort Law?”, *Philosophical Foundations of Tort Law*.
- ZIPURSKY, Benjamin, “La filosofía de la responsabilidad extracontractual: entre lo esotérico y lo banal”, Bernal Pulido y Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.

### 3. Análisis Económico de la Responsabilidad Civil Extracontractual

- ACCIARI, Hugo, “El análisis económico del derecho de daños. Una aproximación general,” Bernal Pulido y Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.
- \_\_\_\_\_, *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, Berkeley, University of California at Berkeley Law and Economics Center, 2008.
- BORGO, John, “Causal Paradigms in Tort Law”, *Journal of Legal Studies*, vol. 10, 1979.
- BULLARD, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Palestra, 2003.
- CALABRESI, GUIDO, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.
- CALABRESI, Guido, *Un vistazo a la catedral*, Lima, Perú, 2011.
- COASE, Ronald, “The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.
- COLEMAN, Jules L. “The Economic Structure of Tort Law”, *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988.
- GEISTFELD, Mark, “Economics, Moral Philosophy and the Positive Analysis of Tort Law”, Postema (ed.) *Philosophy of the Law of Torts*.

- \_\_\_\_\_, “Fault Lines in the Positive Economic Analysis of Tort Law” Jennifer Arlen (ed.) *Research Handbook on the Economics of Torts*, Edward Elgar Press, 2013.
- KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, “Fairness versus Welfare”, *Harvard Law Review*, vol. 144, 2002.
- LANDES, William N. y POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1987.
- MURPHY, Jeffrie y COLEMAN, Jules L., *Philosophy of Law*, Nueva York, Westview, 1990.
- PAPAYANNIS, Diego Martín, “El Enfoque económico del derecho de daños”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 32, 2009.
- \_\_\_\_\_, “La responsabilidad civil como asignación de pérdidas”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2014, 2014.
- \_\_\_\_\_, *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires (ARG), AdHoc, 2009.
- POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 7a. ed., New York, Aspen, 2010 [1972].
- \_\_\_\_\_, “A Theory of Negligence”, *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972.
- ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994.
- SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.
- \_\_\_\_\_, “Strict Liability versus Negligence”, *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980.
- \_\_\_\_\_, “Responsabilidad extracontractual por accidentes en el análisis económico del derecho”, Bernal Pulido y Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.
- SPECTOR, Horacio, *Elementos de análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Rubinzal, 2004.
- SCHWARTZ, Gary T., “Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?”, *UCLA Law Review*, vol. 42, 1994.

#### 4. Teorías Basadas en la Justicia

- COLEMAN, Jules L., “Tort Law and the Demands of Corrective Justice”, *Indiana Law Journal*, vol. 67, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Market, Morals and The Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 1989.

- \_\_\_\_\_, *Risks and Wrongs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992  
[*Riesgos y Daños* (Diego Papayannis, trad.) Madrid: Marcial Pons, 2010].
- \_\_\_\_\_, *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_, “The Mixed Conception of Corrective Justice”, *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992.
- COLEMAN, Jules L. y RIPSTEIN, Arthur, “Mischief and Misfortune”, *McGill Law Journal*, vol. 41, 1995.
- EPSTEIN, Richard A. “A Theory of Strict Liability”, *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973.
- FLETCHER, George, “Fairness and Utility in Tort Theory,” *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972.
- GOLDBERG, John C.P. y ZIPURSKY, “Tort law and responsibility”, Oberdiek (ed.) *Philosophical Foundations of the Law of Torts*.
- \_\_\_\_\_, “Torts as Wrongs”, *Texas Law Review*, vol. 88, 2001.
- HONORÉ, “Responsabilidad y Suerte”, en Owen *et al.*, *Teorías de la responsabilidad civil extracontractual*, 2014.
- \_\_\_\_\_, *Responsibility and Fault*, Oxford, Hart, 1999.
- KEATING, Gregory C., “A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents”, en Postema (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*.
- \_\_\_\_\_, “Reasonableness and Rationality in Negligence Theory”, *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996.
- PERRY, Stephen R., “The Impossibility of General Strict Liability”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 1, 1988.
- \_\_\_\_\_, “The Moral Foundations of Tort Law”, *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992.
- \_\_\_\_\_, “Responsibility for Outcomes, Risks, and the Law of Torts”, Owen (ed.) *Philosophy and the Law of Torts*.
- \_\_\_\_\_, “Risk, Harm, and Responsibility”, Postema (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*.
- \_\_\_\_\_, “Tort, Risks and Responsibility”, Oberdiek (ed.) *Philosophical Foundations of the Law of Torts*.
- RIPSTEIN, Arthur *Equality, Responsibility and the Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 1998.
- ROSENKRANTZ, Carlos, “Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual”, Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *La filosofía de la responsabilidad civil*.
- STONE, Martin, “On the Idea of Private Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 9, 1996.
- WEINRIB, Ernest, *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

- \_\_\_\_\_, *The idea of private law*, Oxford, Oxford University Press, 2012 [1995].
- \_\_\_\_\_, *Tort Law*, Aldershot, Ashgate, 2002.
- \_\_\_\_\_, “Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva”, Bernal Pulido y Fabra, *Filosofía de la responsabilidad civil*.
- ZIPURSKY, Benjamin, “Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 51, 1998.
- \_\_\_\_\_, “Civil Recourse, Not Corrective Justice,” *Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2003.

### 5. Otras lecturas recomendadas

- A.A.V.V., *Hofstra Law Review*, vol. 8, 1980.
- A.A.V.V., “Values in Tort Law”, *Law and Philosophy*, vols. 2 y 3, 1982-1983.
- A.A.V.V., *Journal of Law and Public Policy*, vol. 15, núm. 3, 1992.
- A.A.V.V., *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 3 y 4, 2003-2004.
- A.A.V.V., *Iowa Law Review*, vol. 77, núm. 4, 1992.
- A.A.V.V., *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 16, núm. 3, 1993.
- A.A.V.V., *Florida State University*, vol. 39, núm. 1, 2011
- A.A.V.V., *Diritto e Questione Pubbliche*, vol. 12, 2012,
- ABEL, Richard, “A Critique of American Torts”, *British Journal of Law and Society*, vol. 8, 1981.
- ARAMBURO, Maximiliano, “¿Es útil la filosofía del derecho para el derecho de la responsabilidad civil?” *Responsabilidad Civil y del Estado*, vol. 31, 2012.
- BERNAL-PULIDO, Carlos, “Is Tort Law a Practice of Corrective Justice?”, *Diritto e Questione Pubbliche*, vol. 12, 2012.
- CALNAN, Allan, *Justice and Tort Law*, Durham, Carolina Academic Press, 1997.
- CANE, Peter, *The anatomy of Tort law*, Oxford, Hart, 1997.
- CANE, Peter y GARDNER, John (eds.) *Relating to Responsibility: Essays for Tony Honoré on His Eightieth Birthday*, Oxford, Hart, 2001.
- CHAPMAN, Bruce. “Pluralism in Tort and Accident Law: Towards a Reasonable Accommodation”, Postema (ed.) *Philosophy and the Law of Torts*.
- COLEMAN, Jules L., “Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits: Part I”, *Law and Philosophy*, vol. 1, 1982.

- \_\_\_\_\_, “Moral Theories of Torts: Part II”, *Law and Philosophy*, vol. 2, 1983.
- DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Londres, Fontana, 1986, pp. 276-310 [hay traducción al español, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992].
- ENGLARD, Izhak, “The System Builders: A Critical Appraisal of Modern America Tort Theory”, *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011 [1980].
- FRIED, Charles, *An Anatomy of Values*, Cambridge, Harvard University Press, 1970.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual”, Bernal Pulido y Fabra, *Filosofía de la responsabilidad civil*.
- \_\_\_\_\_, “Responsabilidad jurídica”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 1, 2011.
- GARDNER, John, “What is tort law for?”, *Law and Philosophy*, vol. 11, 2011.
- HART, H. L. A. y HONORÉ, Tony, *Causation in the law*, Oxford, Oxford University Press, 1985.
- HERSHOVITZ, Scott, “Harry Potter and the Trouble with Tort Theory”, *Stanford Law Review*, vol. 63, 2010.
- HEVIA, Martín, FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTRACTUAL (vol. III).
- HONORÉ, Tony, CAUSALIDAD EN DERECHO (vol. II).
- KEREN-PAZ, Taschi, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Dartmouth, Ashgate, 2007.
- LARRAÑAGA, Pablo, RESPONSABILIDAD (vol. III).
- PERRY, Stephen R., “On the Relationship between Corrective and Distributive Justice”, Jeremy Horder (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence (Fourth Series)*, Oxford, Clarendon Press, 2007.
- SPECTOR, Horacio, “Justicia y Bienestar: una perspectiva de derecho comparado”, *Doxa*, vol. 26, 2003.
- SCHWARTZ, GARY T. “Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice”, *Texas Law Review*, vol. 75, 1997.
- SHEINMAN, Hanoch, “Tort Law and Corrective Justice”, *Law and Philosophy*, vol. 22, 2002.
- ROSENKRANTZ, Carlos, “El riesgo y la responsabilidad extracontractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas

de una difícil relación”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 4, 1999.

\_\_\_\_\_, “A Compensatory Conception of Corrective Justice Revisited”, *Diritto e Questione Pubbliche*, vol. 12, 2012.

WALDRON, Jeremy “Moments of Carelessness and Massive Loss”, Owen (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*.

WRIGHT, Richard, “Rights, Justice, and Tort Law”, Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*.