

# La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas \*

Anthony Honoré

*En relación con cualquier institución social, después de determinar qué objetivo general o valor su mantenimiento fomenta, deberíamos preguntar si existen, y si es así cuáles, principios que limitan la irrestricta persecución de ese objetivo o valor.<sup>1</sup>*

H. L. A. Hart.

## 1. Las Preguntas Planteadas

Hart estaba escribiendo acerca del castigo. En su visión, aquellos que se encuentran desconcertados respecto de la justificación del castigo, deberían empezar por desenmarañar un número de preguntas acerca del proceso penal. Es un error buscar una justificación única (disuasión o retribución) para el sistema como un todo. Más aún, una vez que advertimos que un objetivo aislado no justifica cada aspecto del sistema, no deberíamos reemplazar el objetivo aislado por un objetivo compuesto. No deberíamos, por ejemplo, sostener que la justificación del castigo es una mezcla de disuasión, retribución, reforma y denuncia. Al menos seis preguntas acerca del castigo deben ser respondidas separadamente: (1) ¿Por qué existen ciertos tipos de conductas que son prohibidas legalmente bajo pena de ser castigadas? (2) ¿Cuál es la definición de castigo? (3) ¿Qué objetivos generales justifican que tengamos un sistema de derecho penal? (4) ¿Quiénes pueden ser legítimamente castigados? (5) ¿Sujeto a qué condiciones mentales y otras, una persona puede ser castigada? y (6) ¿Cuánto castigo estamos justificados a infligir? Las respuestas a las preguntas (4) a (6), que se relacionan con la “distribución” del castigo, limitan la extensión hasta la cual es correcto perseguir los objetivos generales que emergen en respuesta a (3).

La mención de Hart estaba destinada a ser aplicada a otras instituciones además del derecho penal, y ciertamente puede ser aplicada al derecho de la responsabilidad extracontractual. La teoría del derecho de la responsabilidad extracontractual es actualmente objeto de un sofisticado debate, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>2</sup>

---

• El trabajo que aquí se publica es parte del libro que compila distintos ensayos de Anthony Honoré titulado *Responsibility and Fault* (Hart Publishing, 1999), páginas 67-93. Publicado bajo permiso del autor. Traducido por Pablo Suárez, con la colaboración de Fernando Racimo.

1. H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law* 10 (Oxford, 1968) [de aquí en más *Punishment and Responsibility*].

2. Ver Richard W. Wright, “Substantive Corrective Justice”, 77 *Iowa Law Rev.* 625 (1992) (discutiendo el trabajo de Jules L. Coleman y Ernest J. Weinrib). Ver en general el Simposio, “Corrective Justice and Formalism – The Care One Owes One’s Neighbours”, 77 *Iowa Law Rev.* 403 (1992).

¿Pero ha sido realizado suficiente trabajo preliminar destinado a distinguir los varios interrogantes a ser respondidos? Este ensayo intenta aclarar algunas de las preguntas respectivas y sugerir algunas respuestas.

El derecho de la responsabilidad extracontractual y el derecho penal tienen características comunes. Cada uno apunta a eliminar o reducir comportamientos indeseables, cada uno prevé sanciones a ser impuestas sobre aquellos cuya conducta es indeseable, y cada uno propone interrogantes complejos acerca de las condiciones para imponer sanciones y la extensión de la responsabilidad de los autores de actos ilícitos. Por otro lado, los objetivos del sistema de responsabilidad extracontractual son de alguna manera más amplios que aquellos del sistema judicial penal; y, en forma correspondiente, la definición de responsabilidad extracontractual difiere de la de castigo.

Aquí hay algunas preguntas acerca del derecho de la responsabilidad extracontractual que se corresponden con aquellas expuestas por Hart acerca del derecho penal. Podríamos preguntarnos (1) ¿Por qué cierto tipo de conductas son convertidas en ilícitos civiles extracontractuales? (2) ¿Cuál es la definición de responsabilidad extracontractual? (3) ¿Qué objetivos generales justifican que el Estado mantenga un sistema de derecho de responsabilidad extracontractual? (4) ¿Qué justifica que la persona cuyos derechos han sido infringidos pueda reclamar compensación del autor del ilícito? (5) ¿Sujeto a qué condiciones una persona que mediante su conducta ha infringido los derechos de otro puede ser obligada a pagar una compensación? (6) ¿Qué límites deberían ser impuestos sobre el monto de compensación a ser pagada?

Sólo será examinado el aspecto moral de estas cuestiones. La eficiencia, y su elaboración por Richard Posner,<sup>3</sup> son dejadas a un lado, al igual que los problemas probatorios. El derecho de la responsabilidad extracontractual, como el resto del derecho, debe satisfacer varios valores, de los cuales la eficiencia en la persecución de objetivos valiosos es sólo uno.<sup>4</sup> La eficiencia debe ser perseguida dentro de un esquema moralmente justificable;<sup>5</sup> debemos preguntar entonces, y hacerlo en primer lugar, qué objetivos resulta moralmente justificable perseguir mediante la imposición de responsabilidad extracontractual.

## 2. Las Preguntas Respondidas

### A. El Marco Descriptivo del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual

Las primeras dos preguntas enunciadas, si bien se ocupan de normas, requieren respuestas descriptivas y no normativas.

---

3. Ver por ej. Richard Posner, "What has Pragmatism to Offer Law?", 63 *S. Cal. Law Rev.* 1653, 1657, 1662-3 (1992).

4. "El derecho de la responsabilidad extracontractual pone en práctica una variedad de principios y políticas": Jules L. Coleman, "The Mixed Conception of Corrective Justice", 77 *Iowa Law Rev.* 427 (1992) [de aquí en más *Mixed Conception*]; cf. Jules L. Coleman, "Tort Law and the Demands of Corrective Justice", 67 *Ind. Law J.* 349, 357 (1992) [de aquí en más *Tort Law and Demands*].

5. Ernest J. Weinrib, "The Case for a Duty to Recue", 90 *Yale Law J.* 247, 263 (1980); Guido Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970) pp.24-6, 291-308. Para una visión que deja un espacio mínimo para la búsqueda de la eficiencia, ver Richard W. Wright, "The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics", 63 *Chi.-Kent Law Rev.* 552, 562-7 (1987).

## **1. ¿Por qué cierto tipo de conductas son convertidas en ilícitos civiles extracontractuales?**

La primera pregunta que Hart efectuó en su análisis del derecho penal fue por qué ciertos tipos de conductas están prohibidas por la ley y de tal modo convertidas en crímenes o infracciones. Él dio la respuesta, “para anunciar a la sociedad que esas acciones no deben ser realizadas y para asegurar que se realice una menor cantidad de ellas”.<sup>6</sup> Lo mismo puede decirse de la conducta que a través de *common law* o una norma es convertida en un ilícito civil. Cuando la legislatura o los tribunales convierten a una conducta en un ilícito civil ellas pretenden, al rotularla como ilícita, prohibirla o disuadirla o, al menos, advertir a aquellos que la cometan de la responsabilidad en que pueden incurrir. Es cierto que los términos usados para describirla, “ilícita” o “incorrecta”, no son tan fuertes como el término “delito” en derecho penal, y no acarrear el mismo estigma. Pero ello es una cuestión de grado. En el derecho de la responsabilidad extracontractual no sólo las acciones sino también las omisiones son a veces tratadas como ilícitas; tal es el caso también en el derecho penal, por ejemplo en el delito de homicidio. Nuevamente, el derecho de la responsabilidad extracontractual en ocasiones convierte en ilícito no una acción o una omisión como tales, sino la causación de daño a través de una conducta de tipo potencialmente peligroso, por ejemplo la venta de un producto defectuoso o la colocación de explosivos. En esos casos la acción generadora de daño no necesita ser incorrecta en sí misma, si bien es realizada a riesgo del agente. El derecho penal también utiliza esta técnica, mayormente con la implicación de que la conducta es ilícita incluso más allá de sus consecuencias. Piense en el crimen (en el Reino Unido) de causar la muerte de otro por manejar peligrosamente, siendo la conducción peligrosa una infracción en sí misma, si bien una menos seria que el asesinato. El término que mejor cubre todos estos casos (acciones, omisiones, causación de consecuencias inesperadas) es el de “conducta”. Si la palabra conducta es entendida como incluyendo a todos esos casos, podemos decir que el derecho de la responsabilidad extracontractual, como el derecho penal, anuncia que ciertas conductas están prohibidas e intenta asegurar que una menor cantidad de ellas tenga lugar. La conducta ilícita es generalmente incorrecta en sí misma, aunque si no resulta en un daño no se incurrirá en responsabilidad. Cuando se impone responsabilidad objetiva la conducta generalmente no es incorrecta en sí misma, aunque el ilícito consiste en causar un daño por involucrarse en actividades riesgosas.

Pero esa no es la única razón por la cual el Estado y sus tribunales convierten a una conducta en un ilícito civil. Uno de los puntos de crear un ilícito civil, a diferencia de un delito, es definir y dar contenido a los derechos de las personas otorgándoles un mecanismo para protegerlos y asegurarles una compensación si sus derechos son infringidos.

## **2. ¿Cuál es la definición de responsabilidad extracontractual?**

La segunda pregunta surge naturalmente de la primera. Concierna a la definición de responsabilidad civil. La responsabilidad en el derecho de la responsabilidad extracontractual es impuesta, (a) si la disputa no puede ser resuelta sin litigio, por los tribunales del sistema legal que tienen jurisdicción, (b) a instancia de un individuo cuyo derecho ha sido infringido, (c) sobre una persona que ha cometido un ilícito civil (*tort*) contra el anterior, e (d)

---

6. Hart, *Id.* nota 2, p.6.

imponiendo normalmente sobre quien ha cometido el ilícito una obligación de pagar una suma de dinero como forma de compensación a la persona cuyo derecho ha sido infringido.<sup>7</sup> Podríamos considerar como subsidiarios, si bien teóricamente importantes, otros remedios del derecho de la responsabilidad extracontractual como las *mandatory orders* y las *injunctions* • y, fuera del derecho de responsabilidad extracontractual, medidas administrativas que podrían imponer penalidades pecuniarias por conductas de ese tipo.

## B. Los Objetivos Justificantes del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual

Las primeras dos preguntas requerían una descripción de cómo opera el sistema de responsabilidad extracontractual. Las respuestas a ellas no sirven para justificar la existencia del derecho de la responsabilidad extracontractual, menos aún de cualquier sector particular del mismo. La tercera pregunta se refiere a la justificación del derecho de la responsabilidad extracontractual:

### 3. ¿Qué objetivos generales justifican que el Estado mantenga un sistema de derecho de responsabilidad extracontractual?

Dos aspectos generales de esta pregunta necesitan ser tratados aquí: (a) ¿está autorizado el Estado a tomar medidas para desincentivar comportamientos indeseables? y (b) si es así, ¿puede hacerlo considerando a ciertos intereses de los individuos como derechos y dándoles a éstos el poder legal de proteger esos derechos y obtener compensación si son violados?

El sistema de responsabilidad extracontractual es un sistema mediante el cual el Estado, en nombre de la comunidad, busca reducir conductas que ve como indeseables. Otros incluyen el derecho penal, la educación, medidas administrativas como las licencias y las inspecciones, los impuestos diferenciales y muchas otras. El estado no sólo puede sino debe, para que una sociedad sea viable, tratar de minimizar al menos algunos tipos de conductas disruptivas. ¿Es el derecho de la responsabilidad extracontractual, como el derecho penal, un medio adecuado para este fin? Lo que el derecho de la responsabilidad extracontractual y el penal tienen en común, y lo que los distingue de otros medios de control social, es que ellos operan señalando conductas, o el fracaso en alcanzar un estándar de conducta requerido, como ilícitos. Por otro lado, las licencias, las inspecciones, los impuestos diferenciales y el racionamiento, desalientan comportamientos, no a través de señalarlos como ilícitos sino limitando las oportunidades de que se incurra en ellos, por ejemplo negando licencias para los sex shops; o negando beneficios a aquellos que incurren en dichos comportamientos, por ejemplo cobrando más caro por el combustible con plomo. Otras ramas del derecho de la responsabilidad civil, como el derecho de contratos o el de la acción de restitución,•• si bien proveen remedios para lo que son vistos como

---

7. Ver Wright, Id. nota 3, en p.634 n.38.

• N. de la T.: órdenes judiciales por las que se impone una obligación de hacer o de abstenerse. Institución propia del régimen de 'equity', que abarca figuras equivalentes a las medidas de no innovar, de cesar e inhibitorias.

•• N. de la T.: Law of restitution; se refiere a la acción de restitución a que da lugar la noción de enriquecimiento indebido, y por la que se reclama al demandado la restitución de lo indebidamente ingresado en su patrimonio a costa del actor, pero hasta el límite del empobrecimiento de este último.

ilícitos, no actúan primariamente tratando conductas como ilícitas, sino de otras maneras. El derecho contractual principalmente señala las condiciones en las cuales las convenciones serán exigibles, y el de la acción de restitución principalmente especifica qué es lo que contará como un enriquecimiento indebido.

La técnica del derecho de la responsabilidad extracontractual consiste de tal modo en etiquetar ciertas acciones como que no deben ser realizadas u omitidas o causadas, aunque de un modo menos estigmatizante que el derecho penal. Si el Estado está justificado en convertir conductas en delictivas y adosarles penalidades que pueden incluir prisión, debería también estar justificado en señalar conductas como ilícitas y adosarles la sanción menor representada por la compensación. En toda sociedad algunas personas actúan de modo disruptivo o, sin intención de serlo, exponen a otros a indebidos riesgos de lesiones. El Estado debe tener el derecho y la obligación de minimizar esos riesgos y de remediar esa disrupción.

Pero de allí no se sigue que la legislatura o los tribunales están autorizados a convertir cualquier tipo particular de conducta en ilícita. Ello debe depender de factores como aquellos que son familiares en el debate acerca del derecho penal. ¿Está justificado el Estado en convertir en ilícitos civiles (o penales) sólo conductas que amenazan con dañar a otros? Y si es así, ¿el daño debe ser físico/económico, o deberían también contar como daño las intromisiones sobre intereses personales, emocionales e inmateriales? Este no es el lugar para continuar este importante debate.

Asumiendo que el Estado puede legítimamente convertir conductas en ilícitos civiles, ¿está autorizado a hacerlo considerando a los intereses individuales como derechos y amenazando con sanciones económicas a aquellos que infringen esos derechos? ¿Puede el Estado justificadamente usar sus recursos, prestigio y poder con este objetivo? La pregunta cala hondo en la teoría política. Un partidario del Estado de Derecho, y por tanto de la idea del *Rechtsstaat*,<sup>8</sup> estará llevado a dar una respuesta positiva. El Estado de Derecho depende, entre otros factores, de una estructura de derechos individuales que deben ser respetados por otros y por el Estado mismo. Esto otorga a la gente un grado de independencia respecto de los demás y del poder del gobierno. Alguien que acepte este ideal considerará que el Estado está justificado en tratar de minimizar comportamientos indeseables mediante el recurso consistente en tratar algunos intereses como derechos y otorgar a los titulares de derechos el poder de evitar o rectificar la conducta indeseada.

Asumiendo que este es un correcto rol para el Estado, éste estaría asimismo justificado, dentro de ciertos límites, en subsidiar a los titulares de derechos mediante la creación y financiamiento de una estructura de tribunales civiles para hacer cumplir los reclamos por responsabilidad extracontractual. Pero incluso un crítico que no se oponga en principio al Estado de Derecho, podría argumentar que subsidiar los derechos privados de esta manera no resulta un uso correcto de los recursos del Estado. A pesar de que, hasta donde conozco, no existe Estado en el cual esta visión haya sido hasta ahora adoptada, sería apresurado en una era privatizadora asumir que ninguno en el futuro rechazará subsidiar el uso de sus tribunales para hacer efectivo el sistema de responsabilidad extracontractual.

---

8. Se trata de la idea de que el estado tiene un deber de disponer y hacer cumplir determinados derechos de los ciudadanos, incluso contra sí mismo.

En un Estado como ese, aquellos que persigan en los tribunales reclamos por responsabilidad extracontractual, deberían pagar por el costo de la ejecución judicial. Sería moral y políticamente objetable que un Estado fuese inclusive mas lejos, y negara acceso a sus tribunales a aquellos que desearan llevarles reclamos de responsabilidad extracontractual. Cerrar los tribunales a tales reclamos implicaría renunciar a una importante herramienta de reducción de conductas indeseables, y echaría por la borda un elemento central en la estructura de derechos que subyace al Estado de Derecho. Por supuesto que en determinadas sociedades (pasadas y presentes) se coloca mayor énfasis en reducir conductas incorrectas mediante presiones sociales y medios administrativos que a través de hacer cumplir los derechos individuales. Pero estas sociedades tienden a estar menos comprometidas con el Estado de Derecho.

Asumiendo que los argumentos a favor del Estado de Derecho son persuasivos, el Estado entonces está justificado en mantener un sistema de responsabilidad extracontractual que busque reducir la incidencia de conductas indeseables mediante el tratamiento de ciertos intereses de los individuos como derechos y la provisión a aquellos que los detentan del poder legal de evitar avances sobre dichos derechos y de, si ellos son infringidos, obtener compensación por su violación.

### C. La Distribución de la Responsabilidad Extracontractual

#### **4. ¿Qué justifica que la persona cuyos derechos han sido infringidos pueda reclamar compensación del autor del ilícito?**

Lo que fue dicho en respuesta a la pregunta (3) se encuentra incompleto. Para justificar el sistema de responsabilidad extracontractual, no es suficiente mostrar que el Estado está autorizado en tomar medidas para minimizar comportamientos indeseables y otorgar a los individuos el poder para proteger sus derechos y obtener compensación si son violados. Debe mostrarse además que algún principio o principios de justicia autorizan a los titulares de derechos (los actores del proceso de responsabilidad) a demandar a los autores de los ilícitos (los demandados del proceso de responsabilidad) una compensación. Pues si bien el Estado puede estar autorizado a designar ciertos intereses como derechos y ciertas clases de conductas como ilícitos, no puede a partir de eso sólo convertir en *justo* que los titulares de derechos demanden a los autores de los ilícitos una compensación. No puede mediante un decreto crear un principio de justicia que vincule ambas consideraciones. El asunto aquí es entonces si existe uno o más principios independientes que justifican los reclamos civiles contra los demandados.

##### a. Justicia Correctiva

El principio más usualmente citado es el de la justicia correctiva.<sup>9</sup> Este puede ser expuesto de varias maneras. De acuerdo a una visión amplia, requiere que aquellos que han dañado sin justificación a otros con su conducta, rectifiquen lo ocurrido.<sup>10</sup> Deben

---

9. Wright, *Id.* nota 3, pp.627-31.

10. La aplicación de la justicia correctiva a los beneficios indebidos no es tratada aquí, aunque un análisis similar podría ser posible.

hacerlo a partir de la base de que el autor del daño y la víctima deben ser tratados como iguales, no siendo ninguno de ellos más merecedor de una prerrogativa que el otro. Por lo tanto, el primero no está autorizado a resultar relativamente beneficiado a través de haber causado un daño al segundo. El equilibrio debe ser restablecido.

He dicho “sin justificación” más que “incorrectamente”, no porque este último término sea incorrecto, sino para dejar de lado la cuestión de si dañar a alguien sin justificación resulta algo incorrecto en sí mismo<sup>11</sup> o si es incorrecto sólo si la persona que causó el daño actuó con culpa. “Rectificar lo ocurrido” (reparación)<sup>12</sup> es un concepto que puede, de acuerdo a las circunstancias, requerir que el autor del daño devuelva algo a la víctima, o repare un objeto dañado, o (cuando la posición de indemnidad no puede ser restablecida, como usualmente sucede) compense a la víctima. Compensación a su turno significa hacer algo convencionalmente considerado como restableciendo a la víctima a la posición de indemnidad. “Compensar” es utilizado incluyendo lo que fuera que pudiera hacerse para reponer la pérdida cuando la reparación no es literalmente posible; lo que cuenta como compensación es mayormente una cuestión de convención. Nada en la idea de justicia correctiva requiere que la compensación sea en dinero. A pesar de que en el derecho de la responsabilidad extracontractual casi siempre toma esa forma, fuera del mismo también son consideradas como maneras adecuadas de rectificar el daño de la víctima varias formas de provisión sustitutivas en especie o servicios.<sup>13</sup>

El reclamo de rectificación del daño pesa sobre el autor del daño, y algunas veces sólo él puede satisfacerlo, por ejemplo porque lo que es requerido incluye un pedido de disculpas. Pero en otros casos, por ejemplo cuando el reclamo es meramente por dinero, el autor del daño puede acordar para que otra persona pague, tal vez a través de un seguro contra terceros o de la generosidad de un amigo. Si lo sucedido es rectificado de ese modo, el autor del daño ha satisfecho las demandas de la justicia correctiva.<sup>14</sup> Más aún, la pérdida podría ser cubierta por el seguro de la propia víctima, o por un esquema de compensación estatal, en cuyo caso el autor del daño podría hasta allí ser eximido de la necesidad de compensar a la víctima. El agente ha causado ilícitamente el daño físico pero, en última instancia, no ha causado una pérdida económica. Pero luego, no habiendo satisfecho la responsabilidad personalmente, al autor del daño podría requerírsele no sin justicia que

---

11. En la visión de la incorrección en sí misma, que prefiero, la conducta del demandado puede no haber sido *incorrecta en sí misma*, pero el causar un daño sin justificación resulta de todos modos una *injusticia* que fundamenta un reclamo de compensación. Jules Coleman lo expresa de modo diferente: “la obligación de reparar...pérdidas injustas está fundada no en el hecho de que ellas son el resultado de una incorrección, sino en el hecho de que las pérdidas resultan responsabilidad de la agencia del autor del daño”. Coleman, *Mixed Conception*, Id. nota 5, p. 443. A diferencia de Coleman, considero a los dos términos como correlativos: las pérdidas son injustas si y sólo si fueron causadas por el agente sin justificación.

12. Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy* (1982) p.212.

13. Contrariamente a Coleman, *Tort Law and Demands*, Id. Nota 5, pág. 366, Wright argumenta que en los casos en que la justicia correctiva requiere que la posición original legítima sea rectificada, el modo de rectificación se encuentra implícito en las razones que inspiran el restablecimiento y la responsabilidad: ver Wright, Id. nota 3, p. 683. Pero, a menos que se encuentre determinado por un sistema legal particular, el contenido preciso del derecho de la víctima y el modo apropiado de hacerlo efectivo contra el autor del daño, parece ser una pregunta a ser respondida aún, si bien la rectificación debe ser adecuada en el contexto dado.

14. Wright, *Corrective Justice*, Id. nota 3, p. 703.

compense al asegurador o al estado en vez de compensar a la víctima. En derecho esto toma la forma de subrogación.

A partir de lo que ha sido dicho estará claro que, en mi visión, la justicia correctiva es un principio relacional. Sólo puede existir cuando el ilícito cometido por el autor del daño viola el derecho de la víctima; los dos términos no pueden ser disociados. En este punto coincido con Weinrib y disiento con la visión originalmente sostenida por Jules Coleman. Dado que Coleman en un momento pensó que podían existir pérdidas injustas, que exigían reparación, en abstracto, a pesar de que uno no pudiese apuntar a ningún autor de ilícitos en particular como la persona que debería rectificarlas.<sup>15</sup>

La justicia correctiva presupone que el demandado ha causado un daño al actor. Es esta causación de daño lo que requiere que sea corregido. Por lo tanto debe existir un nexo causal entre la conducta del demandado y la pérdida del actor. La conducta no necesita ser *la causa* del daño.<sup>16</sup> Es suficiente que sea *una causa*, y puede existir más de una causa humana del daño en cuestión, en cuyo caso ambos (o todos) los autores del daño pueden ser responsables.<sup>17</sup> La existencia de un nexo causal es una condición *necesaria* de la justicia correctiva y del deber de compensar en una acción de responsabilidad extracontractual. No es una condición suficiente, sin embargo, por dos razones. Primero, pues para que una compensación pueda ser justamente reclamada, no debe haber existido justificación en infligirse el daño. Si hubo justificación, la persona dañada no puede por la misma razón estar justificada en reclamar una compensación. Segundo, si bien alguien que daña a otra persona sin justificación debe en principio rectificar el daño por razones de justicia correctiva, qué forma específica su responsabilidad debería tomar, ya sea legal o extra-legal, y sujeta a qué condiciones subsiguientes,<sup>18</sup> queda como una pregunta por responder.

Desde que un vínculo causal es necesario tanto para la justicia correctiva como para la responsabilidad extracontractual, mucho gira alrededor de la visión que tomemos acerca de la responsabilidad de una persona que causa a otra un daño. Una visión extendida es que la persona que daña a otra es responsable por el daño sólo cuando ha actuado con culpa.<sup>19</sup> Si esta visión es aceptada, la justicia correctiva debe ser definida más estrechamente que en mi formulación anterior. Requerirá reparación o compensación sólo si la persona que causó el daño actuó con culpa al hacerlo. Esta visión establecería un límite más estrecho a la justicia correctiva y, en particular, excluiría la responsabilidad objetiva del derecho de la responsabilidad extracontractual.<sup>20</sup> En la visión más amplia, a la que adhiero,

---

15. No enteramente abandonada en su *Mixed Conception*, Id. nota 5.

16. Stephen R. Perry, "The Moral Foundations of Tort Law", 77 *Iowa Law Rev.* 449, 464, n.58 (1992) [de aquí en más *Moral Foundations*].

17. Ver abajo, pregunta (6).

18. Ver abajo, pregunta (6).

19. Por ej. Coleman, *Mixed Conception*, Id. nota 5, 442-443; Perry, Id. nota 17, p. 497.

20. Entiendo a la responsabilidad objetiva como responsabilidad sin culpa, haya estado involucrado o no el demandado en una actividad peligrosa. El involucrarse en una actividad peligrosa otorga al derecho una razón para imponer responsabilidad objetiva a la persona envuelta en ella, aunque ello no forma parte de la definición de responsabilidad objetiva. Wright, interpretando a Aristóteles, tiene una visión diferente, distinguiendo entre responsabilidad objetiva por riesgo y responsabilidad absoluta; Wright, Id. nota 3, p. 697 n.335. ¿Pero las "pérdidas injustas" de las que habla Aristóteles no son sencillamente aquellas causadas por otro sin justificación, por ejemplo accidentalmente, incluso si la conducta no acarreó con ella en apariencia ningún riesgo especial?

la importancia de la culpa no es negada, pero el requisito de la culpa opera, hasta donde lo hace, como un límite independiente del objetivo de la justicia correctiva más que como un elemento de ella. Si esto es así, ello debe ser discutido en la próxima pregunta (5), que trata sobre las condiciones para imponer responsabilidad extracontractual.

#### b. Responsabilidad por los Resultados •

La visión según la cual aquellos que causan daños son responsables por ello incluso en ausencia de culpa, encaja con lo que en otro lugar denominé responsabilidad por los resultados.<sup>21</sup> De acuerdo a esta visión, si tenemos total capacidad y nos hallamos por tanto en posición de controlar nuestro comportamiento, somos responsables por los resultados de nuestra conducta, se trate de actos u omisiones.<sup>22</sup> Esta responsabilidad es un elemento constituyente esencial de nuestro carácter e identidad, sin el cual careceríamos tanto de logros como de fracasos. Si careciésemos de una historia positiva de lo que hemos hecho y sus consecuencias, resultaríamos cuando mucho personas a medias.<sup>23</sup> La responsabilidad por los resultados figura de manera prominente en nuestro sentido de nuestro carácter de agentes y es importante tanto para la teoría de la agencia•• como para la teoría moral.<sup>24</sup> Esto no significa que somos responsables por todo lo que no hubiese ocurrido si no hubiésemos actuado, o evitado actuar, como lo hicimos.<sup>25</sup> Esa sería una interpretación errónea. Las conductas que dan base a la responsabilidad por los resultados incluyen lo que hacemos, pero no incluyen el no hacer todo lo que no hacemos. Bajo la noción de no hacer, comprende sólo las omisiones, y una omisión es la violación de una norma.<sup>26</sup>

No hay nada misterioso acerca de esta limitación de nuestra responsabilidad a las acciones y aquellas omisiones que violan normas. Cuando actuamos nos lanzamos al mundo e implícitamente elegimos ser responsables por lo que hacemos, incluyendo sus resultados. Cuando *no* actuamos sólo somos responsables en tanto se nos imponga responsabilidad porque la sociedad requiere de nosotros ciertas acciones que omitimos llevar a cabo. Más aún, las consecuencias a las que la responsabilidad por los resultados se aplica, no consisten en todo lo que no hubiese sucedido sino fuera por la conducta en cuestión, sino que están limitadas a las consecuencias adecuadamente atribuibles a la conducta, más que a posteriores intervenciones voluntarias o anormales de otras personas y eventos.

---

• *N. de la T.: en el original, 'outcome responsibility', noción acuñada por el autor con la que refleja su idea de que en principio debemos responder por los resultados o consecuencias de nuestros actos, independientemente de la culpa o su ausencia en el actuar; noción relacionada -si bien más limitada- que la de responsabilidad objetiva.*

21. *Ibíd* pp.27, 31-2.

22. Cf. Perry, *Id.* nota 17, pp.488-9. Mi tesis tiene su propio sustento. Aunque es discutible que Aristóteles tuviese una visión similar, a saber, que las conductas incorrectas, equivocadas y accidentales (comprendiendo tanto a la responsabilidad por culpa como a la objetiva) que causan daño a otros, obliguen al autor del daño a repararlo por razones de justicia correctiva. Wright, *Id.* nota 3, en pp.697-8.

23. La otra mitad, "negativa", de nuestra historia, trata sobre lo que nos ha ocurrido.

•• *N. de la T.: 'Theory of agency' en el original.*

24. Perry, *Moral Foundations*, *Id.* nota 17, p. 490.

25. Como argumenta Wright, *Id.* nota 3, p. 682.

26. Arriba pp. 46-54.

La responsabilidad por los resultados permite desarrollar un sentido de identidad ya que no se extiende indefinidamente en el futuro, sino que permite a cada uno de nosotros reclamar como nuestros, o compartir con algunos pocos otros, resultados de una extensión limitada, ya sean éxitos o fracasos.<sup>27</sup> Sin embargo, la responsabilidad por los resultados dañosos causados a otro no genera por sí misma una obligación de compensar. La forma en que nuestra responsabilidad por un resultado debería tomar, queda como una respuesta por responder. Un pedido de disculpas o una llamada telefónica generalmente serán suficientes. Pero la responsabilidad por los resultados es una base sobre la cual el derecho puede construir una obligación de compensar si existe razón para hacerlo. Habrá alguna razón para hacerlo si la conducta en cuestión es socialmente indeseable y si también hay razón para considerar al daño sufrido como la violación de un derecho.

Si el resultado de la conducta es dañoso para otro, la próxima pregunta es si en el contexto dado existió *justificación* para infligir el daño. Algunas veces estamos justificados en dañar a otros, por ejemplo en defensa propia. Cuando competimos estamos justificados en infligir pérdidas o desventajas a nuestros rivales. Que esas lesiones, pérdidas o desventajas cuenten como “daño”, depende de si se piensa que esa inasible palabra acarrea la implicancia de que la lesión o la pérdida no ha sido infligida justificadamente.<sup>28</sup> Yo gano los cien metros y tú pierdes. La responsabilidad por los resultados me convierte en responsable tanto de tu derrota como de mi victoria. Pero la naturaleza de la carrera me justifica en infligir esa desventaja sobre ti. Lo mismo ocurre con otras formas de competencia, por ejemplo en el comercio, los negocios, la política, la literatura, y el amor. Si unos vencen, otros son derrotados. Cuando, sin embargo, no existe justificación para infligir una pérdida a otro, la responsabilidad por los resultados respalda las exigencias de la justicia correctiva. Desde que soy responsable por una pérdida infligida a ti sin justificación, tengo un deber de responder por lo que he hecho, y realizar las rectificaciones apropiadas a la situación. Estará justificado entonces el Estado en imponer responsabilidad extracontractual para compelermelo a rectificar tu pérdida, si mi conducta fue indeseable y tu pérdida una violación a tus derechos, siempre y cuando el hacerlo no sea inconsistente con otros valores importantes de mantener.<sup>29</sup>

---

27. La discusión de la responsabilidad por los resultados encaja aquí con un análisis de conceptos causales desarrollado por Hart y por mí mismo, que no necesita ser reiterado en este ensayo: ver en general H.L.A. Hart y Tony Honore, *Causation in the Law* (2nd ed. 1985), 68-83 [de aquí en más Hart y Honore]. Stephen Perry lo considera un análisis de la responsabilidad más que de la causalidad: ver Perry, *Id.* nota 17, en p. 503. Pero ya que nuestro enfoque del tema es criticado regularmente por contener elementos normativos que son ajenos a la causalidad, vale la pena remarcar que el análisis de conceptos causales que proponemos, aunque no es normativo, es funcional. Los conceptos causales toman esa forma dado que están hechos a medida (por supuesto que no de manera conciente) para encajar con ciertos propósitos, especialmente explicativos y de atribución de responsabilidad. Esos propósitos requieren de esos conceptos que incorporen puntos limitantes al análisis causal. Sin puntos limitantes, tanto hacia atrás como hacia delante, los conceptos causales no jugarían el rol prominente que juegan en la vida de todos los días, porque no servirían ningún propósito útil. Pero estos conceptos no son normativos: son neutrales entre las diferentes formas de comportarse y las diferentes evaluaciones de la conducta. De tal modo, la responsabilidad que sirve para identificar, es tanto responsabilidad por buenas conductas y resultados favorables, como por malas conductas y resultados desfavorables.

28. De acuerdo a Jules Coleman, “daño” implica que un interés legítimo del actor ha sido lesionado: ver Coleman, *Tort Law and Demands*, *Id.* nota 5, p. 350.

29. Ver abajo, pregunta (5).

### c. Justicia Distributiva

Pero si la responsabilidad por los resultados respalda la visión amplia de la justicia correctiva,<sup>30</sup> debemos tener en cuenta que la justificación de imponer responsabilidad por los resultados sobre aquellos que causan daños a otros descansa, no en la justicia correctiva, sino en la distributiva. Perry correctamente señala la distinción entre la responsabilidad por los resultados desde el punto de vista del agente –algo que ayuda a fomentar en él un sentido de identidad, carácter e historia personales- y la responsabilidad por los resultados como una justificación para considerar responsables a las personas respecto de otros por el resultado dañoso de sus conductas.<sup>31</sup> Pero no coincido con él en que estos dos aspectos de la responsabilidad por los resultados sean inconsistentes. La razón para considerar responsables a las personas respecto de otros por las consecuencias dañosas, es que resulta justo hacer que la persona sobre la que recaerá la ventaja de una situación incierta sobre la que tiene algún control (o en la que ha elegido ingresar) cargue con las pérdidas que igualmente podrían derivar de dicha situación. Es justo tratar al agente como si hubiese hecho una apuesta sobre el resultado de su acción. Esta razón, expresada a grandes rasgos, trata de explicar lo que la justicia requiere en situaciones de incertidumbre. Es una noción familiar en contextos legales y extra-legales. Por ejemplo, la persona a la que beneficiarán los ingresos de una propiedad o negocio si son exitosos, debe normalmente además cargar con el riesgo de pérdida si no marchan bien. En el derecho de la compraventa, cuando el derecho a los ingresos o frutos sobre lo adquirido normalmente pasa al comprador, el riesgo de deterioro o destrucción normalmente pasa a éste igualmente.

Aristóteles y otros filósofos que han desarrollado la teoría de la justicia distributiva no mencionan expresamente este principio del riesgo, sin duda porque ha surgido principalmente en contextos legales. Pero, a pesar de las apariencias, el principio del riesgo descansa en una forma de justicia distributiva.<sup>32</sup> Si bien esta forma de justicia se ocupa generalmente de la distribución de bienes, también comprende la distribución de las pérdidas y las cargas. Por ejemplo, se aplica a la incidencia de las cargas impositivas. La justa distribución de las cargas y las pérdidas entre los miembros de una sociedad requiere que se determine un criterio (digamos el beneficio o la capacidad) de acuerdo al cual ellas puedan ser distribuidas justamente. No existe razón por la que la distribución de los *riesgos* de ganancias o pérdidas en una situación de incertidumbre no debería igualmente ser parte de la justicia distributiva. Para ser concreto, podemos hablar de la justa distribución de riesgos como justicia distributiva de riesgos. Podría parecer a primera vista que este tipo de justicia no es distributiva, porque el beneficio de éxito y el riesgo de fracaso caen

---

30. Más amplia en el sentido de que razones distintas de la culpa podrían respaldar la obligación de compensar.

31. Perry, *Id.* nota 17, en pp.490-1.

32. Esto no significa aceptar la idea de Nickel según la cual la justicia correctiva sólo se aplica a la lesión de tenencias de bienes justamente distribuidos: ver James W. Nickel, "Justice in Compensation", 18 *Wm. & Mary Law Rev.* 379, 381-3, 385-8 (1976) cf. Jules L. Coleman, "Justice and the Argument for No-Fault", 3 *Social Theory & Practice* 161, 174, 180, n.19 (1975) [de aquí en más *Argument for No-Fault*]. La justicia correctiva se aplica a los bienes existentes de la víctima, más allá de si esos bienes deberían por razones de justicia ser redistribuidos en todo o en parte a otros miembros de la comunidad.

sobre la misma persona, mientras que la justicia distributiva se ocupa de la asignación de bienes y cargas entre todos o muchos de los miembros de una comunidad. Pero el principio del riesgo es completamente general. Él coloca sobre cada miembro de la comunidad la carga de soportar el riesgo de que su conducta puede terminar siendo dañosa para otros, en contrapartida por el beneficio para él mismo que resultará si su conducta termina resultando como él lo planea. Distribuye a lo largo de toda la sociedad los riesgos de daño atribuibles a conductas humanas.

#### d. La Combinación de las Justicia Correctiva y Distributiva (de Riesgos)

De tal modo, considero a la justicia correctiva como diferente de la justicia distributiva en un sentido, y en otro como dependiendo de ella. Es diferente en el sentido de que los intereses (bienes) que la justicia correctiva protege no necesitan ser justos desde el punto de vista de la justicia distributiva. El obscenamente rico puede apelar a la justicia correctiva si sus bienes son usurpados por el desesperadamente pobre. Pero la justificación de la justicia correctiva involucra apelar, a cierto nivel, a la justa *distribución de riesgos* en una sociedad. En este sentido la justicia correctiva depende de la justicia distributiva. La justicia correctiva es una forma genuina de justicia sólo porque la justa distribución de riesgos requiere que las personas con capacidad plena carguen con el riesgo de ser considerados responsables por haber dañado a otros con su conducta, incluso cuando no hayan incurrido en culpa al hacerlo.<sup>33</sup> Por esta razón, la justicia correctiva es un principio sustantivo y no uno meramente formal. Requiere, y puede serle dada, una base moral.

Este principio de distribución de riesgos es intuitivamente atractivo. Es posible que descansa en la suerte de intuición moral según la cual alguien no puede salir perjudicado por el resultado de lo hecho por otro; o puede ser que un análisis más profundo muestre que gira alrededor de algo más fundamental aún. De cualquier manera, la distribución de riesgos sirve para justificar la responsabilidad por los resultados, y la responsabilidad por los resultados abre la puerta para imponer un deber de reparación en los casos correspondientes, como asimismo lo hace con la justicia correctiva. Esta conclusión es bienvenida, desde que coloca algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual sobre una sólida base moral. Pero esto sólo ocurre cuando el demandado ha infringido personalmente los derechos del actor. Porque sólo cuando esto ocurre, y la víctima demanda a la persona que es responsable por el resultado dañoso, la justicia correctiva por sí misma justifica el reclamo.

En el derecho penal, el delincuente es casi siempre considerado responsable por lo que ha hecho personalmente. La responsabilidad indirecta o, lo que resulta en lo mismo, la responsabilidad de las corporaciones y otros entes por la conducta de sus miembros, es excepcional. La responsabilidad civil extracontractual es diferente. Muchas acciones de responsabilidad extracontractual hacen efectiva la responsabilidad personal. Pero otras siguen un patrón diferente. Ellas son seguidas, por ejemplo, contra el empleador por el acto del empleado que, trabajando para él, ha dañado al actor. En ese caso la responsabilidad por los resultados y la justicia correctiva no sirven para justificar la acción contra el

---

33. Hasta dónde esta responsabilidad debe ser traducida en responsabilidad objetiva legal, depende de las respuestas a las preguntas (5) y (6) de más abajo.

empleador,<sup>34</sup> aunque ellas pueden justificar una contra el empleado. ¿Existe otra justificación disponible? Las razones convencionales que se dan para sostener que el empleador debe cargar el riesgo de pérdida, dentro de ciertos límites, por la conducta dañosa del empleado, son que el empleador (a) tiene control sobre el negocio, incluyendo el trabajo de los empleados, y (b) se beneficia de los servicios que presta el empleado. Una combinación de estas razones, se piensa generalmente, justifica la imposición de responsabilidad indirecta sobre el empleador. Como sucede en la responsabilidad por los resultados, la persona que, en una situación de incertidumbre, tiene un grado de control sobre el modo en que resultará ésta, y que se beneficiará si lo hace en su favor, debe cargar con el riesgo de que resulte en un daño a otro. Este razonamiento apela una vez más a un principio de justicia basado en la distribución de riesgos. La justificación de la responsabilidad extracontractual es, como en el caso anterior, una combinación de justicia correctiva y distributiva. Pero la justicia distributiva aparece ahora en dos puntos más que en uno. Lo hace, primero, para respaldar la responsabilidad por los resultados del empleado y, segundo, para respaldar la acción contra el empleador, que no ha dañado personalmente al actor.

Finalmente, la justificación de la responsabilidad extracontractual tanto contra el autor del daño personalmente como contra los demandados secundarios, como los empleadores considerados indirectamente responsables, descansa tanto en la justicia correctiva como en la justicia distributiva (de riesgos).

## **5. ¿Sujeto a qué condiciones una persona que mediante su conducta ha infringido los derechos de otro puede ser obligada a pagar una compensación?**

Los interrogantes principales son si la culpa es, moralmente hablando, una condición necesaria de la responsabilidad extracontractual, y si las condiciones modernas justifican utilizar la dispersión de pérdidas para respaldar una responsabilidad que puede resultar fuera de proporción con la reprochabilidad de la conducta del demandado. La segunda pregunta no se relaciona estrictamente con las condiciones legales de la responsabilidad extracontractual, sino con un estado de cosas antecedente que puede requerirse para que la búsqueda de la justicia correctiva a través del derecho de la responsabilidad extracontractual sea moralmente defendible. Ambos interrogantes dan pie a la cuestión de cuán lejos, o si siquiera en algún modo, la justicia correctiva debería ser atemperada por consideraciones de justicia retributiva.

### **a. La Justicia Retributiva y la Culpa en el Derecho Penal**

Para comenzar con la culpa, no hay duda que, como quiera que sea que esta compleja noción sea interpretada, resulta una condición general necesaria para la condena por una infracción penal, al menos para una violación seria respecto de la cual la pena de prisión es posible. Una razón para ello es que las prohibiciones legales

---

34. Richard Wright argumenta que la justicia correctiva requiere que el empleador compense a la víctima "por las lesiones que son injustamente causadas en la persecución de los objetivos del empleador": Wright, *id.* nota 3, p. 674, n.219. Pero, como él mismo reconoce, *id.* p. 674, es injusto obligar a alguien a resultar asegurado de las faltas de otro, a menos que haya asumido hacerlo (o a menos, yo agregaría, que la justa distribución de riesgos requiera que lo haga). Argumentar que el acto del empleado en verdad pertenece al empleador, o debe ser tenido por tal, parece ser una mera ficción.

tienen el sentido de guiar las posibles elecciones del delincuente. Su objetivo es influenciar las conductas y sus sanciones están dirigidas a aquellos que eligen hacer lo que la ley prohíbe, no a aquellos que realizan la acción prohibida sin elegir hacerlo. Si, por tanto, el demandado no tuvo opción, sino que fue compelido a actuar como lo hizo, por ejemplo si fue forzado a robar contra su voluntad, no puede decirse que él *ignoró* la prohibición. La contravino pero, desde que no la desoyó o desafió, no debería ser pasible de castigo.

Pero el foco en la elección no termina aquí. Si, más allá de no haber sido compelido, el delincuente no tuvo intención de cometer el ilícito que la ley prohíbe, nuevamente no puede decirse que ha desafiado la prohibición. Por ejemplo, si no tuvo intención de que la víctima que asaltó muriese, o si, extrañamente, no se dio cuenta que la mujer con la que estaba teniendo sexo no lo consintió, no puede decirse que ha desobedecido la prohibición de asesinato o violación, si bien pudo haber desafiado alguna prohibición menor a éstas, digamos asalto o acoso sexual.

Esta condición del castigo, el que el delincuente debe haber desobedecido la ley, al hacer intencionalmente aquello que ésta prohíbe, está correctamente colocada para aquellos casos serios que acarrear fuertes penalidades. Esto sigue siendo cierto aunque el infractor, dadas las dificultades de la prueba y el deseo de no recompensar el desconocimiento del derecho, pueda no haber conocido los términos exactos en los cuales la prohibición es expresada. Cuando la falta del autor del ilícito es menos seria, digamos grave imprudencia o negligencia,<sup>35</sup> la mayoría de los sistemas legales permitirán de todos modos grados menores de castigo. En estos últimos tipos de casos, el ofensor no necesita haber desobedecido deliberadamente la prohibición. Es suficiente que se haya comportado de un modo que exhibió demasiado egoísmo y muy poco interés por los intereses de los demás. La indiferencia o falta de preocupación, sin llegar al desafío de la prohibición, es suficiente. Más aún, cuando la penalidad es sólo una modesta multa, puede prescindirse por completo de la culpa, incluso en el sentido de indiferencia o falta de preocupación, e imponerse responsabilidad objetiva. Sin embargo incluso en el caso de la responsabilidad objetiva, el demandado debe haber elegido actuar como lo hizo. La compulsión excluye el castigo. Pero dado el elemento de elección, el argumento a favor del castigo aquí depende de la justa distribución de riesgos. El derecho penal puede ser adecuadamente utilizado para asegurar que aquellos que, actuando en su propio interés, crean un riesgo a otros, sufran una penalidad modesta por el daño que su actividad genera. Por ejemplo, el vendedor de leche que, sin saberlo, se encuentra adulterada, puede justificadamente ser multado con una suma modesta por vender leche adulterada. Existe de tal modo en la práctica una correlación aproximada entre el tipo de falta o conducta y el peso del castigo impuesto. Para las penalidades más serias el ofensor debe haber elegido desafiar la ley, para las de alguna manera menos serias, debe haber actuado con indiferencia hacia los intereses de los demás, y para las relativamente menores debe al menos haber elegido hacer algo que es potencialmente dañoso para otros.

---

35. Las infracciones de negligencia, como el causar lesiones o la muerte en forma negligente, por supuesto son más comunes en los sistemas de derecho civil que en los de *common law*, aunque ello no significa de modo alguno que no existan en el *common law*.

Lo que ha sido dicho describe a grandes rasgos la correlación entre la falta/conducta y la pena en la mayoría de los sistemas de justicia penal. ¿Puede justificarse moralmente esta aproximada correlación? Tiene un evidente atractivo intuitivo. El principio en el que parece descansar es retributivo. El principio retributivo tiene, sin embargo, dos aspectos. Uno *requiere* que sea impuesta una sanción aproximadamente proporcional a la gravedad moral de la conducta. El otro *prohíbe* que sea impuesta una sanción fuera de proporción con la gravedad de la conducta. Es este segundo aspecto, limitante, del principio retributivo, el que se encuentra en juego aquí. El principio limitante requiere que la sanción no sea mayor de lo que está justificado por la gravedad de la conducta, de la cual el grado de culpa es un ingrediente importante. Por supuesto, la correlación es extremadamente aproximada.

Podría ser objetado que hablar del principio retributivo esté fuera de lugar. De acuerdo a algunas versiones de la justicia retributiva, no puede haber castigo en ausencia de culpa, desde que la conducta libre de culpa no posee ni siquiera un grado menor de gravedad moral. De tal modo, no debería existir la responsabilidad objetiva en el derecho penal. Pero una persona que libremente hace algo, elige intervenir en el mundo y, si bien lo que hace puede no mostrar ni desafío ni indiferencia respecto de los intereses de otros, puede, en la persecución de sus propios intereses, colocar a otros en riesgo. Parece razonable colocar a las conductas que exponen a otros a un riesgo que luego se materializa –por ejemplo al vender leche que posiblemente y de hecho está adulterada- en un punto bastante bajo dentro de la escala de inconductas, en la que mostrar indiferencia hacia o desafiar los intereses de otros ocupan los lugares más altos. El comportamiento ubicado abajo en la escala no es malo moralmente, y no equivale a culpa, pero tampoco es moralmente indiferente; las conductas que pueden afectar a los demás no pueden serlo. Es arriesgarse a dañar a otros.<sup>36</sup> Debidamente extendido, de tal modo, el principio retributivo, puede seguramente tratar como justa, y no meramente conveniente, a la imposición de sanciones menores para las conductas que crean riesgos que luego se instancian. El principio retributivo, modificado de este modo, continuará requiriendo que la gravedad de la conducta sea aproximadamente proporcional a la sanción.

Por supuesto que, incluso sin la extensión sugerida, la retribución como teoría dirigida a justificar el proceso penal ha sido atacada en forma virulenta. Pero tiene sus defensores en lo que concierne a las condenas, y todo sistema de justicia criminal, hasta donde sé, le presta alguna atención en ese contexto. Este no es el lugar para una discusión detallada de las razones que justifican esta teoría; simplemente doy por asumido que, en su versión limitante, tiene algún mérito. Y si es correcto requerir que la conducta sea de la suficiente gravedad moral que corresponda aproximadamente a la severidad de la pena impuesta en el derecho penal, algo similar en principio debe ser verdad también en el derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

---

36. Stephen Perry dice que está basado en algo parecido a la culpa: ver Perry, *Id.* nota 17, p. 504. La diferencia se encuentra entre lo que uno no debería en ningún caso hacer, y lo que uno puede hacer siempre y cuando ello no termine siendo dañoso para otros.

b. La Justicia Retributiva y la Culpa en el Derecho de la Responsabilidad Extracontractual

¿Cómo debería aplicarse el principio retributivo al derecho de la responsabilidad extracontractual? Primero, el autor del daño, como el infractor criminal, presumiblemente no debe ser hecho responsable a menos que haya elegido hacer lo que la ley prohíbe. No debería haber responsabilidad civil por un acto realizado bajo compulsión. Ello parece ser requerido por el hecho de que el derecho de la responsabilidad extracontractual, como el derecho penal, está dirigido a influenciar conductas induciendo a las personas a abstenerse de realizar comportamientos indeseables. Pero, desde que el derecho de la responsabilidad extracontractual no impone penas de prisión, no existe a partir del principio retributivo un argumento sólido para exigir que el agente del daño deba haber tenido la intención de desafiar la ley, aunque, si lo hizo, el argumento a favor de una sanción es fortalecido.<sup>37</sup> Mientras que su comportamiento haya sido egoísta o desconsiderado, como usualmente la conducta negligente lo es, puede ser responsabilizado civilmente en forma debida. Pero las condenas de la responsabilidad extracontractual, si bien menos graves que la pérdida de la libertad física personal, pueden ser muy serias, especialmente si el demandado no se encuentra asegurado.<sup>38</sup> En esos casos, el principio retributivo no simplemente justificará sino que requerirá la culpa como una condición de la responsabilidad extracontractual.

En otros casos, sin embargo, la culpa no será necesaria. Un demandado civilmente generalmente se encuentra asegurado y en algunos de los tipos más comunes de responsabilidad extracontractual, como los accidentes de tránsito, el aseguramiento es obligatorio. De aquí que el demandado no tiene que pagar los daños personalmente, a excepción de la medida en que los paga indirectamente a través de sus primas de seguro. Siempre y cuando la prima de seguro sea modesta, entonces, parece no existir razón moral para requerir culpa como una condición de responsabilidad en estos casos.<sup>39</sup> En la práctica muchos países, como Francia y Alemania, imponen responsabilidad objetiva para los accidentes de transporte, descansando en que el seguro minimice la carga que pesa sobre los demandados individuales. Nuevamente, cuando el demandado es responsable indirectamente por la conducta de un empleado,<sup>40</sup> el principio retributivo puede no requerir que su responsabilidad esté limitada a casos en los que el empleado haya actuado con culpa. Desde que el beneficio que recibe el empleador no siempre resulta tan sólo la cantidad que merece, sino que puede incluir ganancias inesperadas, la responsabilidad indirecta del empleador no necesita ser confinada a accidentes causados por culpa de parte del empleado, sino que puede a veces extenderse a daños que son puramente accidentales.<sup>41</sup>

---

37. Ver en general David G. Owen, "The Moral Foundations of Punitive Damages", 40 *Ala. Law Rev.* 705 (1989).

38. O si su empleador es indirectamente responsable por su conducta, pero ejercita los derechos de subrogación contra él –un evento inusual en la práctica–.

39. Ver en general Coleman, *Argument for No-Fault*, Id. nota 33, en pp.173-4; Jules Coleman, "Mental Abnormality, Personal Responsibility and Tort Liability", en *Mental Illness: Law and Public Policy* (ed. Baruch A. Brody y H. Tristram Engelhardt, Jr., 1980) pp.107, 118-21, 123-4. Cf. Jules Coleman, "The Morality of Strict Liability", 18 *Wm. and Mary Law Rev.* 259, 283-4 (1976).

40. Por cuya conducta el empleador carga el riesgo de acuerdo con principios de justicia distributiva.

41. Es verdad que en la práctica los sistemas legales tienden a limitar la responsabilidad indirecta de los empleadores a los accidentes atribuibles a la culpa de los empleados.

Usualmente, por ello, no debería en principio haber objeción moral a la responsabilidad objetiva en el derecho de la responsabilidad extracontractual,<sup>42</sup> siempre y cuando ésta no imponga una carga indebida sobre el demandado personalmente. De aquí que no resulta sorprendente que el grado de cuidado y habilidad requeridos en el derecho de la responsabilidad extracontractual sea riguroso. El estándar de negligencia es casi siempre objetivo. El demandado podría por lo tanto ser considerado responsable por faltas que una persona razonable no habría cometido, pero que él no pudo evitar porque ha sido demasiado apresurado, torpe o estúpido.<sup>43</sup> Aunque nominalmente la responsabilidad es por culpa, el demandado en los hechos es sujeto a una responsabilidad objetiva. Claro que usualmente la culpa está de hecho presente, pero las culpas en cuestión pueden ser faltas bastante menores de desatención o lentitud para reaccionar.

Lo que ha sido dicho hasta aquí muestra que la justicia correctiva atemperada por el principio retributivo, respalda algunos casos de responsabilidad objetiva, aunque no una responsabilidad objetiva universal. Pero también muestra que la línea entre la culpa y la responsabilidad objetiva es usualmente borrosa. E incluso cuando la culpa es genuinamente una condición de la responsabilidad extracontractual, y más aún cuando la responsabilidad es objetiva o estricta, la compensación a pagar puede ser desproporcionada en relación a lo que a menudo es una falta menor. Para evitar esta desproporción, el principio retributivo insiste en que los demandados no deberían ser expuestos a pérdidas desproporcionadamente pesadas. Para que las reivindicaciones de la justicia correctiva sean moralmente viables, deben encontrarse formas en las cuales dispersar tales pérdidas.

El aseguramiento provee un mecanismo para dispersar pérdidas, y sirve al mismo tiempo para proteger el reclamo compensatorio del actor. La dispersión de pérdidas precisamente se consigue usualmente a través de una forma de justicia distributiva que asigna cargas en proporción aproximada a los beneficios. Aquellos que se benefician con una actividad, digamos el manejo, son obligados a soportar una parte proporcional de las pérdidas que la actividad causa, por ejemplo a través del seguro contra terceros obligatorio. Ciertamente que este no es un instrumento infalible de justicia, desde que las primas de los seguros pueden ser exorbitantes. De cualquier manera, ayuda a asegurar, en la mayoría de los casos, que los daños civiles no sean groseramente desproporcionados a la falta del demandado que ha causado el daño. De aquí que, si bien la dispersión de pérdidas (a través del seguro contra terceros) es distributiva, la razón por la cual es requerida como un complemento del sistema de responsabilidad extracontractual es, al menos en parte, para satisfacer las demandas de la justicia retributiva. Sirve para amortiguar pérdidas que, hayan actuado los demandados con culpa o no, se encuentran fuera de proporción con la gravedad de su conducta. Esto no implica que la dispersión de pérdidas sea un objetivo del sistema de responsabilidad extracontractual como tal, sino simplemente que es esencial para que un sistema de justicia correctiva opere en condiciones medianamente modernas.

---

42. Como Coleman ha puntualizado, los fundamentos retributivos a favor de la responsabilidad por culpa en el derecho de responsabilidad extracontractual como opera en la práctica, son bastante débiles: *Argument for No-Fault*, Id. nota 33, en pp.162-72. Pero en otro sentido ver David G. Owen, "The Fault Pit", 26 *Ga. Law Rev.* 703 (1992).

43. Arriba pp.16-17, 24.

La justicia correctiva puede operar como un sistema moralmente defendible sólo en conjunto con la justicia retributiva. Esto a su turno requiere recurrir a una forma de justicia que distribuya las cargas equitativamente.

Por lo tanto, mientras que la justicia correctiva aisladamente justifica considerar a las personas objetivamente responsables para que reparen la pérdida causada a aquellos a quienes han dañado sin justificación, el sistema de responsabilidad extracontractual no está obligado a traducir esto en una responsabilidad legal de compensar, cuando hacerlo fuese indebidamente oneroso para el demandado. Contrariamente, el principio retributivo requiere que la carga sea aproximadamente proporcionada a la gravedad de la conducta. En muchos casos esto puede ser logrado hasta cierto punto convirtiendo a la culpa como una condición de la responsabilidad. En otros, la carga personal del demandado debe ser reducida, ya sea que haya actuado con culpa o no, por medio de un sistema que redistribuya pérdidas entre aquellos que se benefician con las actividades que las causan. En esa forma se logra la compensación integral, como lo demanda la justicia correctiva, siempre y cuando la responsabilidad personal del demandado sea atemperada por la distribución de pérdidas.

## **6. ¿Qué límites deberían imponerse sobre el monto de la compensación a ser pagada?**

Las justicias retributiva y distributiva no constituyen las únicas consideraciones morales que pueden limitar la irrestricta persecución de los objetivos de la justicia correctiva. Otras tres razones se dan normalmente para restringir la compensación a ser pagada en las acciones civiles: el alcance de la regla violada, la previsibilidad del daño por el cual la compensación es requerida, y la conducta del actor. Una cuarta es más radical. A veces es dicho que la responsabilidad extracontractual debería ser remplazada, enteramente o a partir de ciertos montos, por un esquema de compensación estatal, al menos en ciertas áreas de la vida.<sup>44</sup> ¿Cuál es el estatus moral de estos argumentos?

### **a. El Alcance de la Regla Violada**

Una regla que convierte a una conducta en ilícita, por ejemplo exigiendo que la maquinaria peligrosa se encuentre cercada, puede tener un alcance limitado. Puede resultar que, debidamente interpretado, el objetivo de dicha regla sea prevenir que partes del cuerpo de los empleados o sus ropas no sean atrapados por la maquinaria, más que evitar que partes de la maquinaria salgan despedidas y lastimen a alguien. No hay nada particular en esta necesidad de interpretación en el derecho de la responsabilidad extracontractual. Cada regla que convierte conductas en ilícitas, ya sea en el derecho penal, el derecho de la responsabilidad extracontractual, el derecho contractual, el derecho de fideicomisos, o el que fuese, requiere interpretación y la interpretación fijará límites al alcance de la regla en cuestión. Cuando la interpretación excluya cierto tipo de daños, la persecución de la justicia correctiva a través de la maquinaria estatal es en ese punto descartada. ¿Pero resulta justo excluir del alcance de una regla de derecho de la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, algunos de los intereses económicos, psicológicos o emocionales del actor por completo?

---

44. Como en Nueva Zelanda, en relación con los accidentes.

Parecería que el Estado debe estar justificado en imponer algunos límites sobre los tipos de daños por los cuales puede reclamarse compensación. Requerir compensación por todo tipo de daño en el contexto de toda regla de derecho de la responsabilidad extracontractual, sería imponer una responsabilidad por demás onerosa sobre los demandados. Sería además ineficiente cuando, como es probable que sea el caso con algunos tipos de daños difíciles de determinar, el costo de imponer responsabilidad extracontractual excedería en mucho el probable beneficio. La legislatura y los tribunales deben estar autorizados a considerar que algunos intereses –digamos, un daño psicológico trivial, si bien ilícitamente infligido- no merecen el estatus de derecho. Por supuesto que el Estado puede cometer errores en estos asuntos, pero con seguridad debe estar justificado, es más, obligado, a marcar tales límites a la responsabilidad. Si el Estado está obligado a decidir qué conductas deberían ser convertidas en crímenes o ilícitos civiles, a pesar de lo falible de su juicio, también debe estar obligado a fijar los límites de responsabilidad para varios tipos de daño.

#### b. La Previsibilidad del Daño

La previsibilidad del daño respecto del cual se reclama compensación es usualmente presentada, particularmente en reclamos de responsabilidad extracontractual basados en negligencia, como un fundamento independiente para limitar la extensión de la responsabilidad del demandado. Suele decirse que el fundamento para esta limitación es que, cuando la responsabilidad está basada en la negligente omisión de prever y tomar medidas para evitar el daño, la responsabilidad resultante debería lógicamente estar restringida al daño, o tipo de daño, que debió haber sido previsto. De tal modo, si el demandado debería haber previsto un daño derivado exclusivamente de un impacto, no debería ser responsable por el daño causado por acción del fuego o de una explosión que ocurre inesperadamente. Este razonamiento asume que no existen nunca argumentos a favor de colocar el riesgo de un resultado inesperado sobre la persona culpable de crear el riesgo.<sup>45</sup> Dicho razonamiento no es más convincente que la visión según la cual, donde es una condición de la responsabilidad que el demandado haya tenido intención de dañar, el daño por el cual será responsable debería confinarse al que intentó causar. Las condiciones de la responsabilidad (pregunta (5), arriba) y la extensión de la responsabilidad (esta pregunta (6)) presentan cuestiones morales y políticas de algún modo diferentes. Claro que el principio retributivo requiere que sea preservada una proporción aproximada entre el grado de la falta y el peso de la sanción. El descartar el resarcimiento de daños que no pudieron ser previstos, o de daños de una clase que no puede ser prevista, permite a los tribunales limitar la extensión de dicha carga, aunque lo hace en una forma de alguna manera arbitraria, dada la fluidez del criterio usado para identificar daños impredecibles luego el evento. Si bien debe ser remarcado que el argumento a favor de la proporcionalidad se debilita cuando el demandado no paga la compensación personalmente, como en los casos de responsabilidad asegurada, indirecta o institucional, los que constituyen una gran parte de la responsabilidad extracontractual por negligencia.

---

45. Hart y Honoré, *Id.* nota 28, en pp.259-75.

### c. La Conducta y la Culpa del Actor

La justicia correctiva sugiere que la obligación del demandado de compensar al actor debería ser limitada cuando la conducta del actor, junto a la del demandado, sea una causa del daño. En ese caso el actor tanto como el demandado son responsables por el resultado. Si ambos son responsables, el actor debería cargar parte de la pérdida. Cuán grande tal parte debería ser dependerá de si la contribución causal de cada uno puede ser cuantificada. La cuestión es controversial, sin embargo en mi visión la noción de contribución causal es una noción coherente.<sup>46</sup> Si la contribución causal puede ser calculada, el reclamo del actor, desde el punto de vista de la justicia correctiva, debería ser reducido proporcionalmente a esa contribución. Si no fuera posible, deberían tenerse en cuenta principios retributivos.

Supongan que la conducta del actor no sólo ha sido una causa del daño junto a la conducta del demandado, sino que el actor ha incurrido en culpa al comportarse como lo hizo, o ha actuado con deliberación. ¿Debería la culpa o intención del actor, negar o reducir su compensación? El actor podría estar moralmente desautorizado a demandar, por ejemplo porque consintió la conducta del demandado o intencionalmente la provocó. Más difícil aún es la pregunta de hasta dónde su resarcimiento debería verse afectado por el hecho de que, si bien sin haberlo causado deliberadamente, su culpa contribuyó a provocar el daño. ¿La existencia de culpa concurrente modifica el derecho a ser compensado sobre la base de la justicia correctiva? Reducir el derecho del actor respecto de lo que la justicia correctiva por sí misma justificaría, significa imponer una pérdida sobre él. El principio retributivo requiere que la pérdida no sea desproporcionada a su falta. Esto fija un límite a la posible extensión de la reducción, pero no define la cuestión relativa a si una reducción proporcional a la falta es moralmente requerida. Si tanto el actor como el demandado fueron culpables en causar el daño, el principio retributivo liso y llano haría que ambos fueran responsables hasta un límite aproximadamente proporcional a la gravedad de sus respectivas faltas. Poniendo estas consideraciones juntas, el reclamo del actor, cuando tanto él como el demandado han actuado con culpa, debería ser reducido en una cantidad que resulte en que tanto él como el demandado carguen con una parte de la pérdida aproximadamente proporcional a sus respectivas faltas, pero no al punto de imponer sobre el actor una pérdida desproporcionada con su culpa considerada aisladamente. En la práctica, aquellos sistemas legales que admiten la determinación de daños por culpa concurrente adoptan estos criterios u otros parecidos.

### d. El Reemplazo de la Responsabilidad Extracontractual por un Esquema Estatal de Compensación

De acuerdo a Richard Wright, el remplazo de la responsabilidad extracontractual por un esquema estatal de compensación sin culpa obligatorio, sería inconsistente con la justicia correctiva.<sup>47</sup> No impondría la obligación de compensar a la parte que debería cargar con ella y la impondría sobre personas que, desde el punto de vista de la justicia

---

46. Hart y Honoré, Id. nota 28, pp. 225-35.

47. Wright, Id. nota 3, p. 704.

correctiva al menos, no tiene ninguna obligación de hacerlo. El efecto de un esquema tal sería la transferencia de todo o parte de la obligación de compensar, del autor del daño al contribuyente de impuestos o de un fondo asegurador.

Existe, sin embargo, una razón para hacer justamente esto, basada en la justa distribución de riesgos. Si es justo que todos tengan que contribuir a través de los impuestos a la defensa del país, desde que todos en el país se benefician al ser éste defendido, entonces también es justo que todos lo que sean propietarios o manejen un vehículo, o que se beneficien con la existencia de un sistema de transporte, contribuyan al pago de los costos de los accidentes que tal sistema acarrea con él. Razonar de este modo es simplemente extender a un grupo más amplio el tipo de argumento que lleva a un empleador a ser responsable por el daño causado por su empleado mientras se encuentra trabajando para él. Por supuesto que existe una diferencia técnica en que, bajo el esquema estatal imaginario, el autor del daño no sería responsable civilmente, mientras que en el derecho de la responsabilidad indirecta que predomina en la mayoría de los países, el empleado continúa siendo responsable más allá de la responsabilidad indirecta del empleador. Pero en la práctica el empleado no es demandado, porque usualmente no podrá pagar los daños, o no tan fácilmente como el empleador, y usualmente ni siquiera paga las primas de seguro que cubren la potencial responsabilidad del empleador por su conducta. Difícilmente pueda resultar una injusticia quitarle a la víctima (que tiene derecho a ser compensado de otra fuente) el derecho técnico de poder demandar al agente del daño en estos casos.

Ello no significa que exista un argumento moralmente convincente para reemplazar la responsabilidad extracontractual por un esquema estatal de compensación. Hacerlo tendería a socavar el sentido de responsabilidad personal de algunos agentes dañosos potenciales, del mismo modo que la responsabilidad indirecta tiende a socavar el sentido de responsabilidad personal de algunos empleados. Pero la introducción de un esquema estatal de compensación en mi visión no violaría la justicia correctiva. La propiedad de la justicia correctiva depende, como he argumentado, de que adoptemos una determinada visión acerca de la justa distribución de riesgos en una sociedad, una visión para la que la responsabilidad individual por los resultados provee un fundamento. Pero es posible adoptar una visión más amplia acerca de los riesgos que deben ser distribuidos, al menos en ciertas áreas de la vida. Podría argumentarse que la distribución de riesgos debería, por ejemplo en relación al manejo, tener lugar no al nivel del individuo sino de la población propietaria de vehículos o de la comunidad toda. El nivel al cual los riesgos deberían ser distribuidos en un área particular de la vida en comunidad parece ser preeminentemente una cuestión de consideración política.

### **3. Las Respuestas Sintetizadas**

Un breve resumen de las respuestas sugeridas a las seis preguntas discutidas podría ser útil:

(1) y (2) Mediante el sistema de responsabilidad extracontractual el Estado busca reducir la incidencia de conductas indeseables, considerando ciertos intereses individuales como derechos, y otorgando al titular de derechos el poder de protegerlos y obtener compensación si son infringidos mediante conductas indeseables señaladas como ilícitos civiles.

(3) El Estado se encuentra justificado en mantener, y probablemente en subsidiar, un sistema de responsabilidad extracontractual y un marco institucional, incluyendo un sistema judicial, para hacerlo efectivo.

(4) Sujeto a (5) y (6) más abajo, los actores civiles en principio se encuentran moralmente justificados, sobre la base de la justicia correctiva, a ser resarcidos por los demandados civiles que personalmente y sin justificación les causaron un daño. En una visión amplia, la justicia correctiva requiere que aquellos que sin justificación dañaron a otros con su conducta, rectifiquen lo ocurrido, incluso si no incurrieron en culpa. La razón es que somos responsables por los resultados de nuestras conductas (responsabilidad por los resultados), y que una justa distribución de riesgos requiere que rectifiquemos el daño que nuestra conducta causa a otros a cambio del beneficio y crédito que logramos cuando nuestros planes resultan. El fundamento para imponer responsabilidad indirecta en el derecho civil sobre los empleadores y las organizaciones que no han causado personalmente el daño, igualmente descansa en la justa distribución de riesgos.

(5) Pero la búsqueda de la justicia correctiva debe ser atemperada por la necesidad de mantener una proporción entre la carga de la compensación que recae sobre el demandado en forma personal y la gravedad de su conducta. Existen casos en los cuales es injusto considerar al demandado responsable si no existió culpa de su parte y en los cuales, incluso si incurrió en culpa, la extensión de su responsabilidad personal debe ser limitada a través de la dispersión de pérdidas. La base moral de la necesidad de proporcionalidad es el principio retributivo, que requiere que la sanción no sea desproporcionada a la gravedad de la conducta por la que es impuesta. El argumento a favor de la proporcionalidad no se aplica, o se aplica más débilmente, cuando la responsabilidad es indirecta más que personal.

(6) La búsqueda de la justicia correctiva es también atemperada a través del deber y poder del Estado de decidir qué daños serán considerados como infracción de derechos legales. El Estado está justificado en reducir o negar compensación cuando el daño cae fuera del alcance de la regla de derecho sobre la que descansa el reclamo del actor, o fue de un tipo imprevisible cuyo riesgo no debe ser impuesto sobre el demandado. Cuando la conducta del actor contribuye a causar el daño que sufre, la extensión con la que su reclamo debería ser reducida, si es que debe serlo, debería ser determinada de acuerdo a los principios de la justicia correctiva y al principio retributivo. Finalmente, no sería injusto, si bien podría ser poco prudente, que el Estado remplazase la responsabilidad extracontractual en ciertas áreas por un esquema de seguro sin culpa basado en la justa distribución de pérdidas. El principio de justicia correctiva que justifica los más simples casos de responsabilidad extracontractual, en los que el demandado ha causado el daño personalmente, debe ser por tanto atemperado por consideraciones de justicia distributiva y retributiva que limitan la extensión a la que puede ser aplicado correctamente.