

DIEGO M. PAPAYANNIS
(ED.)

DERECHO DE DAÑOS, PRINCIPIOS MORALES Y JUSTICIA SOCIAL

Participantes

Carlos BERNAL
(Macquarie University)

Jules L. COLEMAN
(New York University)

John GARDNER
(University of Oxford)

Martín HEVIA
(Universidad Torcuato Di Tella)

Tsachi KEREN-PAZ
(Keele University)

Diego M. PAPAYANNIS
(Universitat de Girona)

Carlos ROSENKRANTZ
(Universidad de San Andrés)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN. VEINTE AÑOS DE <i>RIESGOS Y DAÑOS</i>	13
1. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO EN EL CONTEXTO DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA.....	13
2. TRES CONCEPCIONES DE LA JUSTICIA CORRECTIVA.....	17
2.1. La concepción anuladora	17
2.2. La concepción relacional	22
2.3. La concepción mixta.....	25
3. LAS TENSIONES METODOLÓGICAS EN <i>RIESGOS Y DAÑOS</i> ..	27
4. DERECHO DE DAÑOS, PRINCIPIOS MORALES Y JUSTICIA SOCIAL	33
BIBLIOGRAFÍA	37
I. LA JUSTICIA CORRECTIVA, CORREGIDA, por <i>John Gardner</i>	39
1. EL CAMBIO DE OPINIÓN DE COLEMAN	39
2. DISTRIBUCIÓN Y CORRECCIÓN	41
3. EL SUPUESTO CARÁCTER RELATIVO AL AGENTE DE LA JUSTICIA CORRECTIVA	47
4. ALGUNAS PROPUESTAS MODESTAS	53
4.1. Una limitación de la concepción anuladora.....	53
4.2. Una ampliación de la concepción anuladora	56
BIBLIOGRAFÍA	59
II. UNA REVISIÓN DE LA CONCEPCIÓN COMPENSATORIA DE LA JUSTICIA CORRECTIVA, por <i>Carlos Rosenkrantz</i>	61

	<u>Pág.</u>
BIBLIOGRAFÍA.....	80
III. ¿ES EL DERECHO DE DAÑOS UNA PRÁCTICA DE JUSTICIA CORRECTIVA?, por Carlos BERNAL	81
1. COLEMAN Y LA NATURALEZA DEL DERECHO DE DAÑOS	82
1.1. La postura original	82
1.2. La ambigüedad de la tesis de la justicia correctiva.....	83
2. LA JUSTICIA CORRECTIVA EN LA ESTRUCTURA NORMATIVA DEL DERECHO DE DAÑOS	86
2.1. El examen de la tesis conceptual en relacion con el sistema de daños del derecho continental europeo	86
2.2. Infrainclusividad de la tesis conceptual	87
2.3. La sobreinclusividad de la tesis conceptual	91
3. LA JUSTIFICACIÓN FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE DAÑOS.....	94
4. CONCLUSIÓN.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	98
IV. JUSTICIA CORRECTIVA, BIENESTAR Y RESPONSABILIDAD, por Diego M. Papayannis	101
1. INTRODUCCIÓN	101
2. UNA EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA CONCEPCIÓN MIXTA .	104
2.1. El fundamento normativo de la concepción mixta y la bilateralidad.....	106
2.2. La culpa y la responsabilidad objetiva	109
2.3. Derechos y deberes primarios: el rol de la justicia distributiva.....	112
3. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL	114
3.1. Convenciones y derechos y deberes de indemnidad	114
3.2. La naturaleza distributiva de los derechos de indemnidad y el fundamento correctivo de los deberes de compensación en el derecho de daños	116
3.3. La relación entre la justicia distributiva y la justicia correctiva en el derecho de daños.....	119
3.4. Una revisión de las objeciones a la concepción mixta	121
4. CONCLUSIÓN	124
BIBLIOGRAFÍA.....	125

	<u>Pág.</u>
V. LA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA CORRECTIVA EN EL DERECHO DE DAÑOS SEGÚN <i>RIESGOS Y DAÑOS</i>: ¿DEMASIADO O MUY POCO?, por <i>Tsachi Keren-Paz</i>.....	127
1. EL ROL DE LAS CONSIDERACIONES DISTINTAS DE LA JUSTICIA CORRECTIVA EN EL DERECHO DE DAÑOS	129
1.1. Los límites impuestos por la justicia distributiva en el funcionamiento de la justicia correctiva	129
1.2. La legitimidad de las consideraciones de igualdad en la determinación del alcance de la responsabilidad civil.....	130
1.3. La relevancia de la justicia distributiva en la determinación del contenido de los deberes de reparar de la justicia correctiva	131
1.4. ¿Existe un solapamiento parcial entre la disuasión y la justicia correctiva?	132
1.5. Competencia institucional	134
1.6. Los problemas en la concepción de la responsabilidad por productos de Coleman	139
2. EL ALCANCE DE LA JUSTICIA CORRECTIVA	142
2.1. ¿Injustamente excluido? Vulneraciones de derechos y ganancia injusta	142
2.2. ¿Distinciones útiles? Acción incorrecta, vulneración de derechos y reglas de responsabilidad	144
2.3. La concepción de la acción incorrecta de Coleman, ¿demasiado amplia y demasiado estrecha a la vez?	147
BIBLIOGRAFÍA	151
VI. ¿CÓMO DEBEN COMPLETARSE LOS CONTRATOS INCOMPLETOS?: UN DESAFÍO A LA TESIS DE COLEMAN, por <i>Martín Hevia</i>.....	153
1. EL ARGUMENTO DE COLEMAN EN POCAS PALABRAS	155
2. LA NATURALEZA PÚBLICA DEL CONSENTIMIENTO	157
3. EL ENFOQUE OBJETIVO	159
4. EL CONTRATO <i>EX ANTE</i> COMO CLÁUSULAS IMPUESTAS	163
5. CONCLUSIÓN.....	164
BIBLIOGRAFÍA	165
VII. VEINTE AÑOS DESPUÉS, por <i>Jules L. Coleman</i>.....	167
BIBLIOGRAFÍA	203

INTRODUCCIÓN

VEINTE AÑOS DE *RIESGOS Y DAÑOS*
Una propuesta arriesgada y poco dañosa

Diego M. PAPAYANNIS*

1. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO EN EL CONTEXTO
DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

En la época en que Jules L. COLEMAN comenzó a interesarse por los fundamentos del derecho privado, la elección de un tema como este era una decisión sin duda arriesgada, tanto desde el punto de vista profesional como teórico. Desde el punto de vista profesional la elección era arriesgada porque el derecho privado no estaba en la agenda de la filosofía jurídica del siglo XX. A diferencia de lo que ocurría con la teoría de la responsabilidad penal y la justificación del castigo, cuyo estudio no se limitaba a los profesores de derecho penal, sino que también llamaba la atención de los teóricos del derecho (como Herbert HART)¹ y los filósofos en general (como Joel FEINBERG)², el derecho privado era considerado un tema de menor importancia. De hecho, muchos años después, el propio COLEMAN reconoció que en ese entonces algunos de sus colegas se burlaban a sus espaldas, comentando que él terminaría como aquellos abogados buscapleitos que van detrás de

* Investigador «Juan de la Cierva» del grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona. Este trabajo fue financiado por el proyecto DER2010-21331-C02-02 del Ministerio de Ciencia e Innovación (España).

¹ Véase HART, 1968.

² Véase FEINBERG, 1970a.

las ambulancias para conseguir clientes³. Este tipo de bromas, que a quienes las realizan a veces pueden parecer inocentes, en realidad reflejan uno de los vicios más antiguos de la academia: la descalificación de ciertos objetos de estudio más allá de la seriedad con que sean abordados y el desprestigio de quien se dedica a ellos. En este sentido, investigar sobre los fundamentos del derecho de daños era una apuesta arriesgada, y más aún para alguien como COLEMAN que proviene de la filosofía y no del derecho.

Asimismo, la filosofía del derecho privado era una empresa arriesgada a nivel teórico. Hoy en día las referencias a ARISTÓTELES, la justicia distributiva y la justicia correctiva nos parecen naturales, pero lo cierto es que ni la filosofía del derecho ni el derecho civil habían sacado verdadero partido a todas estas categorías. Así, aunque la mayoría de los tratadistas tradicionales han hecho ocasionalmente mención de la justicia conmutativa, típicamente al tratar los contratos sinalagmáticos, estas referencias han sido más bien superficiales y rara vez han intentado aclarar aquello que para el teórico moderno resulta críptico en el lenguaje aristotélico. Siendo esto así, la reflexión filosófica en torno al derecho privado carecía de las guías con las que contaba la filosofía del derecho penal. Sin un punto de apoyo firme o un mapa de ruta, cualquier intento de progreso ha de confiar en gran medida en la intuición filosófica. En algunos aspectos, sin embargo, la obra de COLEMAN confió exclusivamente en las intuiciones de su autor y su capacidad de reflexión, incluso cuando ello no era imprescindible. Esto es evidente, por ejemplo, en sus primeras insinuaciones sobre el papel de la justicia correctiva en el derecho de daños. COLEMAN no dedicó ni siquiera un párrafo a las ideas de ARISTÓTELES, ni tiene en cuenta las contribuciones posteriores de Tomás de AQUINO o GROCIO, entre otros, y formuló directamente su propia concepción de este principio de justicia⁴. Tiempo después, COLEMAN abandonó sus primeras ideas y fue acercándose cada vez más a la concepción aristotélica, sin llegar nunca a adoptarla. Con el resultado final a la vista, uno no puede más que indultar a COLEMAN por haber ignorado a sus predecesores. Sus primeras posturas, si bien fueron luego consideradas equivocadas por él mismo, eran tremendamente originales y, sobre todo, sugerentes. En todo caso, su primera concepción de la justicia correctiva es la clase de error que cualquier filósofo del derecho estaría deseoso de cometer, porque a fin de cuentas ha generado un debate esclarecedor, ha incentivado a muchos teóricos a pensar en estos problemas y, en última instancia, ello ha contribuido a refundar la filosofía del derecho privado, haciendo que estos estudios tuviesen un lugar respetable dentro de la filosofía en general y la filosofía del derecho en particular.

³ Véase COLEMAN, 2010: 443.

⁴ Para un excelente estudio sobre la historia de los conceptos de justicia correctiva y justicia distributiva, véase ENGLARD, 2009.

Con estos antecedentes, *Riesgos y daños*, publicado en 1992, se convirtió en el primer testimonio comprensivo de que el derecho privado también podía ser interesante para los filósofos. A veinte años de su publicación, *Riesgos y daños* conserva plenamente su vigencia. Es en mi opinión el punto de partida obligado para quien quiera embarcarse en un estudio de la filosofía del derecho privado. También lo es *The Idea of Private Law*⁵, publicado tres años más tarde por Ernest WEINRIB. Probablemente, la obra de WEINRIB sea más consistente que la de COLEMAN. En todos estos años, WEINRIB ha variado muy poco su pensamiento, si acaso lo ha variado, a diferencia de COLEMAN, que mientras se escribían las contribuciones de este volumen ya estaba desarrollando un nuevo modo de entender la discusión en el derecho de daños⁶. A la vez, la obra de WEINRIB se asienta en una tradición filosófica más clásica, ya que es tributaria directa de la filosofía de ARISTÓTELES y de KANT. No obstante, el texto de WEINRIB es mucho menos abarcador y su comprensión mucho más demandante. En este sentido, el provecho filosófico que un iniciado puede obtener de leer y pensar sobre los múltiples problemas abordados por COLEMAN en *Riesgos y daños* puede representar un gran salto en su formación académica.

Por ello, *Riesgos y daños* ha ejercido una influencia enorme en la teoría de la responsabilidad extracontractual, aunque el libro incluye también una teoría política y una teoría del derecho contractual que, lamentablemente, han sido menos discutidas y analizadas. En este volumen, por ejemplo, solo una de las contribuciones se centra en la teoría de los contratos de COLEMAN, y el resto en su teoría del derecho de daños. El lector no encontrará ninguna contribución sobre su teoría política, pero tampoco se encuentran en la literatura en general referencias demasiado importantes a ella. Esto puede deberse a que en términos comparativos la contribución de COLEMAN a la teoría política es mucho menos original que su contribución en el derecho de daños (que, no casualmente, ocupa aproximadamente la mitad del libro). Más allá de esto, *Riesgos y daños* constituye un estudio integral y sus tres partes son fundamentales para comprender el pensamiento del autor.

En la primera parte de *Riesgos y daños*, COLEMAN defiende una teoría que denomina *liberalismo de la elección racional*. De acuerdo con este enfoque los mercados son centrales para las sociedades liberales porque fomentan la interacción entre individuos heterogéneos y, en última instancia, ello favorece la estabilidad social. Piénsese que la cooperación mediante el mercado

⁵ WEINRIB, 1995.

⁶ Una de las características de COLEMAN en toda su trayectoria es que rara vez se apega a las ideas que produce. Parece estar más interesado en evaluar permanentemente los límites de su pensamiento antes que en reafirmar su alcance. Por esta razón, son muy pocas las tesis que COLEMAN ha mantenido intactas.

hace que los individuos sean receptivos a las necesidades de los demás, incluso cuando no comparten sus creencias más fundamentales, y ello necesariamente fortalece el entramado social y potencia las posibilidades de los individuos de concretar el plan de vida elegido. Este rol que COLEMAN asigna a los mercados se aparta de un modo importante de la visión tradicional, según la cual el mercado es solo un mecanismo, medianamente respetuoso de la autonomía, para asignar los bienes de manera eficiente.

La segunda parte, aprovechando las bases de la teoría expuesta en la primera, desarrolla una concepción del derecho contractual coherente con ellas. Dado que los contratos son esenciales para la conformación del mercado y que muchas circunstancias —en especial la incertidumbre— pueden frustrar la celebración de contratos, resulta imprescindible contar con alguna solución para contrarrestar aquellas deficiencias contextuales capaces de socavar el proceso de contratación. El derecho contractual se presenta como un instrumento idóneo para esta tarea, en tanto aporta recursos exógenos a la propia transacción de las partes de modo que ellas queden cubiertas contra el incumplimiento y las contingencias imprevistas. En otras palabras, el derecho contractual es explicado por su capacidad para crear y mantener los mercados facilitando el intercambio entre individuos afectados por la incertidumbre y la desconfianza. De ahí que los fundamentos últimos del derecho de los contratos se hallen en la teoría política que COLEMAN expone en la primera parte. El mismo esquema de la elección racional, entonces, se proyecta sobre la interpretación que COLEMAN ofrece del derecho contractual.

La tercera parte de *Riesgos y daños*, en cambio, parece quebrar la lógica expuesta en el libro en las páginas anteriores. COLEMAN se manifiesta abiertamente en contra de cualquier interpretación de la responsabilidad extracontractual que tenga que ver con la eficiencia o, incluso, con la elección racional. Su lectura de la práctica aquí es puramente deontológica. La reparación de daños, dirá, es una cuestión de justicia correctiva —con algunos matices, ya que hay ámbitos en los cuales admite que la mejor interpretación de la práctica tiene que ver con los mercados. COLEMAN en el fondo defiende una teoría plural del derecho de daños. Cree que es una combinación de mercados y de principios morales. El núcleo del derecho de daños está dado por la justicia correctiva, pero algunos aspectos de la práctica se desvían de este principio, justificadamente en su opinión, al adoptar una perspectiva basada en la elección racional. Así, considera que la reparación de los daños que sufren los consumidores como consecuencia de los productos defectuosos puede ser entendida con provecho si se emplea un modelo de contrato racional hipotético. La justificación obvia de COLEMAN para establecer esta diferencia sustantiva entre las dos primeras partes y la segunda es que aplicar el esquema de la elección racional al núcleo del derecho de daños distorsionaría los aspectos más característicos de la práctica.

Al mismo tiempo, y tal vez por esta última razón, COLEMAN manifiesta aplicar distintas metodologías en las dos primeras partes y en la tercera. Como explicaré más adelante, no estoy seguro de que ello sea así. Este es otro de los puntos en que la propuesta de COLEMAN resulta arriesgada.

Pese a todos los «riesgos teóricos» introducidos por COLEMAN en *Riesgos y daños*, creo que sería injusto atribuirle algún daño a la teoría del derecho privado. Por el contrario, es difícil imaginar los desarrollos posteriores (no necesariamente superadores), dados por los enfoques basados en la justicia distributiva⁷ o la teoría del recurso civil⁸, sin considerar el impacto que *Riesgos y daños* ha tenido en la teorización del derecho privado.

En el resto de esta introducción, deseo presentar al lector una breve exposición y análisis de dos cuestiones que creo son importantes conocer antes de encarar la lectura de los trabajos que se incluyen en el volumen. En este sentido, en el apartado siguiente expondré las diversas concepciones de la justicia correctiva que han sido tratadas por COLEMAN. Intentaré ir un poco más allá de un mero resumen, para ofrecer una reconstrucción que muestre algunas relaciones conceptuales no evidentes entre los puntos de vista que se defienden en *Riesgos y daños*. En el apartado 3 me ocuparé de «las metodologías» que, en diferentes momentos, COLEMAN parece aplicar en su empresa filosófica. En cierto punto, algunos de sus compromisos metodológicos son incompatibles. Por ello, sugeriré de qué modo creo que es mejor entender la obra de COLEMAN, para hacer de ella un todo coherente. Por último, en el apartado 4 comentaré el contexto en que se concibió este volumen y el contenido de las contribuciones que lo conforman.

2. TRES CONCEPCIONES DE LA JUSTICIA CORRECTIVA

2.1. La concepción anuladora

La primera versión de la justicia correctiva defendida por COLEMAN fue la concepción anuladora. Según esta concepción, la justicia correctiva exige que «las pérdidas y ganancias injustas sean rectificadas, eliminadas o anuladas»⁹. A primera vista, se trata de una noción de justicia muy intuitiva. Después de todo, ¿qué otra cosa debemos hacer con las pérdidas y ganancias injustas más que eliminarlas? Asimismo, se trata de una noción muy simple, ya que solo establece los fundamentos de la responsabilidad y del derecho a ser compensado, pero

⁷ Los trabajos de Gregory KEATING o Tsachi KEREN-PAZ son particularmente ilustrativos. Véase, entre muchos otros, KEATING, 2001; 2004; KEREN-PAZ, 2007.

⁸ Véase ZIPURSKY, 1998; 2003; GOLDBERG y ZIPURSKY, 2010.

⁹ COLEMAN, 1992a; 1992b: 313.

no ordena operar sobre la injusticia de ningún modo en concreto. Obviamente, según la concepción anuladora, el fundamento de la responsabilidad del agente dañador radica en la percepción de un beneficio injusto, mientras que el derecho de la víctima a ser indemnizada se basa en el sufrimiento de una pérdida injusta. Más allá de esto, la concepción anuladora guarda silencio. ¿Debe el agente dañador compensar la pérdida de la víctima o debe hacerlo el Estado? En este último caso, ¿debe emplearse un fondo especial integrado por las contribuciones de los agentes que fueron negligentes o deben solventarse las indemnizaciones mediante impuestos generales? Cualquiera que sea la decisión respecto de cómo servir los propósitos de la justicia correctiva, ella no puede estar justificada por la propia justicia correctiva. La concepción anuladora es indiferente al modo en que se rectifican las pérdidas y ganancias injustas, pues a ella solo le interesa que sean eliminadas. El único límite a la implementación de la justicia correctiva consiste en que la anulación de las pérdidas y ganancias injustas no debe generar nuevas pérdidas o ganancias injustas¹⁰.

La responsabilidad extracontractual, por su parte, establece tanto los fundamentos de la responsabilidad y de la compensación, como sus modos. El agente dañador tiene el deber de compensar a la víctima si, y solo si, le causó una pérdida injusta. Paralelamente, la víctima tiene derecho a cobrar una indemnización del agente dañador (y de nadie más) si, y solo si, sufrió una pérdida injusta como consecuencia de sus actos. Las pérdidas injustas son definidas por COLEMAN como aquellas que resultan de la vulneración de un derecho o de la afectación de intereses legítimos mediante una acción incorrecta. Esto permite calificar como injusto todo perjuicio que la víctima sufre por la negligencia del agente dañador, pero también aquellos que derivan de acciones correctas o justificadas, en la medida en que el interés dañado esté protegido por un derecho, como el derecho de propiedad, entre otros¹¹. Nótese que en nuestras prácticas actuales los fundamentos de la responsabilidad y de la compensación son equivalentes. Siempre que Xenofonte haya sufrido una pérdida injusta a manos de Axileas será el caso que 1) Axileas tiene el deber de compensar a Xenofonte y que 2) Xenofonte tiene derecho a que Axileas lo indemnice. Las condiciones de verdad de ambas proposiciones son idénticas. Esto supone que si una de ellas es verdadera la otra también lo será *necesariamente*. Por tanto, el derecho de daños establece idénticos fundamentos para la responsabilidad y para la compensación, pero también un modo *particular* de anular las pérdidas injustas.

Ciertamente, el derecho podría ser distinto. El agente dañador podría tener la obligación de reparar el daño solo si obtuvo una ganancia injusta.

¹⁰ COLEMAN, 1992b: 313.

¹¹ *Ibid.*: 329, 334.

Ello no haría que la víctima carezca de derecho a ser compensada cuando el agente dañador no se beneficia del ilícito, ya que en estos casos su reclamo podría ser satisfecho por el Estado. En un sistema como este, podría ser verdadero que 1) Xenofonte tiene derecho a ser indemnizado (por sufrir una pérdida injusta), y falso que 2) Axileas tiene el deber de compensar a Xenofonte (porque no obtuvo con el daño una ganancia injusta). En este supuesto, los fundamentos de la responsabilidad y de la compensación serían independientes. Además, el modo de rectificación sería más complejo que el actual, ya que en ocasiones sería el propio agente dañador el encargado de indemnizar a la víctima, mientras que otras veces esta obligación recaería sobre el Estado.

Como ya se habrá advertido, al unificar los fundamentos de la responsabilidad y la compensación y al establecer este modo particular de rectificación —llamémosle «relacional»— la responsabilidad extracontractual es incapaz de implementar por sí misma la justicia correctiva. Ello es así en tanto la estructura relacional del derecho de daños solo permitirá eliminar las pérdidas y las ganancias injustas cuando estas sean equivalentes. Es decir, el derecho de daños solo podría realizar perfectamente la justicia correctiva si el agente dañador se benefició con el daño *en la misma medida* en que se perjudicó su víctima. Ello en general ocurre únicamente en los casos de *restitución*. Todos los demás casos, en especial aquellos en los que un individuo se beneficia injustamente sin causar daños a terceros, recibirán un tratamiento incompleto desde el punto de vista de la justicia correctiva, o bien inconsistente con ella. Piénsese que el derecho de daños toma como referencia para la responsabilidad y la compensación el valor de la pérdida injusta, por lo que cualquier efecto sobre la anulación de los beneficios injustos será puramente contingente. En cambio, si tomase como referencia para fijar la indemnización la restitución del beneficio obtenido, ello podría generar una sobrecompensación de la víctima o, mucho más probable en el caso de los accidentes, una subcompensación (porque usualmente el agente dañador obtiene escaso, o nulo, beneficio material de su ilícito). Limitar la obligación del agente dañador a la restitución de la ganancia injusta dejará a menudo a la víctima sin una compensación plena. Por tanto, parece que la responsabilidad extracontractual no solo no se ocupa actualmente de los beneficios injustos, sino que le sería imposible hacerlo sin desatender la rectificación de las pérdidas injustas.

Siendo esto así, resulta plausible interpretar el propósito de la responsabilidad extracontractual a la luz de la rectificación de las pérdidas injustas y no de las ganancias del agente dañador. Pero entonces, ¿en qué medida el derecho de daños puede ser una cuestión de justicia correctiva? ¿Por qué el principio de justicia correctiva es útil para entender la responsabilidad extracontractual?

Para comenzar a comprender el rol de la concepción anuladora en una explicación de la responsabilidad extracontractual debe tomarse nota de que existe una división del trabajo institucional. Mientras que el derecho de daños se ocupa de rectificar principalmente las pérdidas injustas, *otras instituciones* se ocupan principalmente de las ganancias injustas. Las pérdidas injustas son básicamente eliminadas proveyendo una indemnización para la víctima. El derecho de daños se encarga de esto. A la vez, las ganancias injustas son anuladas mediante las acciones de enriquecimiento indebido, las multas o las penas de prisión, entre muchas otras alternativas. Esta tarea recae de manera más notoria sobre el derecho penal y el derecho administrativo. En ambos casos, recordemos, la justicia correctiva solo define los fundamentos de la responsabilidad y de la compensación; pero ¿qué explica el modo relacional de rectificar la pérdida injusta? ¿Por qué el agente dañador debe indemnizar a la víctima con independencia de que se haya beneficiado de su ilícito? Esta obligación no puede ser en todos los casos una cuestión de justicia correctiva (sino solo cuando el demandado se benefició injustamente del daño causado a la víctima). Por tanto, la incumbencia del agente dañador en el litigio, es decir, que el agente pueda ser llamado a resarcir a la víctima, solo puede entenderse apelando a algún otro principio. COLEMAN creía que este principio podría ser la eficiencia económica. La obligación de compensar las pérdidas injustas se impone al agente dañador a fin de que cuente con los incentivos necesarios para adoptar medidas precautorias óptimas o restringir su actividad a los daños eficientes¹².

En realidad la cuestión no es tan sencilla, porque este objetivo puede lograrse también por medio del castigo penal o las multas administrativas. La mejor explicación de este rasgo del derecho requiere atender a dos consideraciones. En primer lugar, pueden existir razones diferentes de la justicia correctiva para imponer el deber de compensar. Así, un agente negligente que no obtiene un beneficio del daño que causa a su víctima puede ser legítimamente obligado a compensar si con ello se logra algún objetivo moralmente defendible como la reducción de riesgos a futuro. Si este fuere el caso, la obligación de compensar no constituiría una pérdida injusta para el

¹² Aquí corresponde hacer una advertencia: durante toda su trayectoria COLEMAN ha afirmado que el derecho de daños es una combinación de mercados y de principios morales, pero sus razones para sostener esto han sido bien diferentes en distintos momentos. En sus primeros trabajos, entendía que el derecho de daños era una combinación de justicia correctiva y de eficiencia porque para explicar la estructura bilateral del litigio uno debía apelar a ambos principios, tal como recién he mostrado en el texto. En cambio, cuando adopta la concepción mixta de la justicia correctiva, distingue entre el núcleo del derecho de daños, que es perfectamente explicable por la justicia correctiva, y otros casos del derecho de daños que constituyen desviaciones justificadas de este principio, explicables como una cuestión de mercados. Compárese, en especial, los argumentos de COLEMAN, 1982: 427-428, 439-440; COLEMAN, 1992a: 356; y COLEMAN, 1992b: 242, 348, 349, capítulos XIX y XX.

agente dañador. En segundo lugar, una razón válida para imponer la obligación sobre los agentes dañadores en lugar de cualquier otra persona que genere riesgos es el ahorro de costes administrativos. Un sistema como el derecho de daños es capaz de lograr la anulación de las pérdidas injustas, de algunos beneficios injustos, y un nivel razonable de disuasión. El resto de los beneficios injustos que no pueden ser eliminados por el derecho de daños quedará a cargo de otras instituciones. De esta manera, la concepción anuladora puede encajar las piezas del derecho de daños. Pero, nótese, la justicia correctiva no explica completamente la responsabilidad extracontractual, ya que para entender por qué el agente dañador tiene el deber de compensar debe apelarse a algún otro principio, como la disuasión eficiente y la reducción de los costes de administrar el sistema. Al mismo tiempo, la comprensión de la justicia correctiva no puede abordarse sin atender a otras instituciones como el derecho penal y el derecho administrativo. A fin de cuentas, la teoría que resulta de la concepción anuladora no es tan simple como parecía en un comienzo. Estudiar la justicia correctiva requiere analizar *diversas instituciones*, y estudiar la responsabilidad extracontractual exige comprender *diversos principios de justicia* y sus relaciones.

Como es bien sabido, COLEMAN terminó abandonando esta explicación convencido, fundamentalmente, por las críticas de Stephen PERRY¹³. El punto central de la objeción es que la concepción anuladora, al no establecer el modo de rectificación, solo brinda razones para la acción *neutrales a los agentes*. La producción de una pérdida injusta no brinda a nadie en particular una razón para compensarla. Al igual que la perspectiva económica, trata los daños injustos como un problema social que requiere alguna respuesta colectiva. Esta concepción de la justicia correctiva, en definitiva, es indistinguible de la justicia distributiva.

En este punto, podríamos preguntarnos por qué ello debería llevarnos a desechar esta teoría de la responsabilidad extracontractual. Tal vez la mejor explicación del derecho de daños sigue siendo la eliminación de las pérdidas y ganancias injustas, aunque el fundamento normativo ya no estaría en la llamada «justicia correctiva», sino en la justicia distributiva. Después de todo, la idea de que el derecho de daños involucra algún tipo de justicia distributiva no ha sido en absoluto ajena a los teóricos del derecho privado¹⁴. El problema, según COLEMAN, es que la clase de rectificaciones que operan mediante el derecho de daños pueden estar justificadas incluso en contextos de injusticia distributiva. Imaginemos que según la concepción menos igua-

¹³ También reconoce la influencia de las críticas de RAZ y WEINRIB. Véase COLEMAN, 1992b: 318.

¹⁴ Véase, por ejemplo, LÓPEZ OLACIREGUI, 1978: 166-168.

litaria, pero defendible, de la justicia distributiva Xenofonte tuviese más que lo debido y Axileas menos. Si en este contexto todavía creemos que Axileas tiene una razón para indemnizar a Xenofonte por el daño que le causa con su negligencia, este deber no puede fundarse en la justicia distributiva, porque el ejemplo parte de una situación distributivamente injusta. Si la justicia exige rectificación, pese a que ello contribuye a mantener una injusticia distributiva, debemos estar pensando en una justicia de otra clase. Debe tratarse del verdadero principio de justicia correctiva, que tiene dos características esenciales: 1) es normativamente independiente de la justicia distributiva; y 2) brinda razones para la acción *relativas al agente*. La primera característica explica cómo puede ser una cuestión de justicia la rectificación de ciertas pérdidas en contextos distributivamente injustos. La segunda indica que se trata de un principio que regula las interacciones entre individuos privados, más allá de sus relaciones con el resto de la comunidad o su posición dentro de ella. Desde este punto de vista, los daños no son un problema social, sino un problema del agente que los causa o de la víctima que los sufre. Por ello, si Axileas causó el daño, debe asumirlo; ello significa que carece de toda potestad normativa para trasladar el coste de la indemnización a otra persona o de rechazar el reclamo de Xenofonte. Este aspecto de la justicia correctiva encaja perfectamente con el mecanismo específico de rectificación relacional establecido por el derecho de daños. Si parte de la distinción entre la justicia distributiva y la justicia correctiva se fundamenta en el tipo de razones que genera a los agentes, la concepción anuladora es incapaz de distinguir ambas formas de justicia¹⁵. Expuestos muy resumidamente, estos son los argumentos por los que COLEMAN abandonó la concepción anuladora.

2.2. La concepción relacional

¿Podría ser, entonces, que el propósito de la justicia correctiva no fuese eliminar las pérdidas y las ganancias injustas, sino rectificar el injusto o la acción incorrecta? COLEMAN cree que esta concepción de la justicia correctiva, atribuida a WEINRIB, es sumamente problemática, ya que es incapaz de explicar por qué la rectificación del injusto requiere la compensación de la pérdida fáctica. Veamos el argumento. Supongamos que una acción incorrecta viola el derecho de propiedad de la víctima. Cuando este derecho es vulnerado, podría argüirse, se activa un derecho *secundario* de compensación. Este derecho secundario está implicado por el primario. En efecto, el derecho de Xenofonte sobre su propiedad incluye distintas pretensiones,

¹⁵ En su ensayo crítico, John GARDNER niega explícitamente esta tesis. Véase GARDNER, 2013.

como que Axileas no entre en su casa o que no la dañe. Sea lo que fuere que fundamenta estas pretensiones, ello constituye una razón para que Axileas se comporte respetándolas¹⁶. Puede decirse, entonces, que el derecho de Xenofonte fundamenta ciertos deberes correlativos a cargo de Axileas. Piénsese ahora que una vez que ha violado sus deberes, es decir, que no ha respetado las pretensiones que tenía Xenofonte, Axileas todavía tiene razones para actuar en relación con la cuestión. Si ya no puede cumplir con su deber de no dañar la propiedad de Xenofonte, se requiere que se acerque tanto como sea posible al estado del mundo en el cual la violación del derecho no tuvo lugar. De ahí que tenga la obligación de compensar¹⁷. Así, los derechos secundarios están implicados por los primarios.

Ahora bien, como señala COLEMAN, la clave de este argumento está en ver qué tipo de implicación existe entre los derechos primarios y secundarios. ¿Se trata de una implicación conceptual o de una normativa? Para que fuese una implicación conceptual el derecho a ser compensado debería ser parte del *significado* del derecho a no ser dañado. Pero este no parece ser el caso. El lenguaje de los derechos es complejo. Afirmar que Xenofonte tiene derecho a no ser dañado por Axileas podría significar: *a*) que Axileas tiene el deber de no dañarlo; *b*) que Xenofonte tiene derecho a ser compensado por Axileas cuando éste lo daña; *c*) que Xenofonte tiene derecho a ser compensado por el Estado cuando Axileas lo daña; *d*) que Axileas debe ser condenado a una pena de prisión cuando daña a Xenofonte; etc. El derecho primario de Xenofonte podría implicar la verdad de una o más de estas proposiciones. Aunque ninguna es necesariamente parte del *significado* del derecho de Xenofonte.

No obstante, si Xenofonte tiene derecho a no ser dañado, alguna de estas proposiciones debe ser verdadera. Eso sí es parte del concepto de tener un derecho. Los derechos deben necesariamente incluir alguna pretensión válida¹⁸. ¿Qué pretensiones válidas incluye el derecho de Xenofonte? Determinar esto requiere un argumento normativo. Solo en este sentido puede afirmarse que los derechos secundarios están implicados por los primarios, asumiendo implícitamente una teoría normativa de cierto tipo. ¿Qué teoría normativa nos permite derivar el derecho de Xenofonte a ser compensado *por* Axileas a partir del derecho a no ser dañado? La respuesta más obvia,

¹⁶ Para RAZ, por ejemplo, el bienestar está detrás de estas pretensiones. De esta manera, si Xenofonte tiene un derecho, entonces, algún aspecto de su bienestar constituye una razón para imponer un deber a otros. En esta concepción, los derechos forman parte de la justificación de muchos de nuestros deberes. Véase RAZ, 1984: 200-201.

¹⁷ Véase WEINRIB, 1995: 135. En este punto el argumento es similar al de MACCORMICK, 1982: 212 y ss. Más recientemente, GARDNER formuló en términos similares, pero más sofisticados, lo que él llama la «tesis de la continuidad». Véase GARDNER, 2011: 28-37.

¹⁸ Véase FEINBERG, 1970b: 253.

según COLEMAN, es la concepción relacional de la justicia correctiva. Así, los derechos y deberes secundarios son el modo en que la justicia correctiva exige que se satisfagan ciertos derechos y deberes primarios¹⁹. La compensación del daño, que apunta a eliminar la injusticia de la interacción, es la manera de proteger el derecho primario.

Es importante entender que, a diferencia de la concepción anuladora, la pérdida injusta no es el objeto inmediato de la justicia correctiva. El objeto inmediato es la eliminación de la acción incorrecta. Para rectificar la incorrección, el agente debe procurar que el mundo se encuentre de la misma manera en que hubiese estado si su acción incorrecta no hubiese tenido lugar. La compensación, en general, elimina las consecuencias negativas del acto incorrecto restituyendo a la víctima a un punto de indiferencia entre su situación *ex-ante* y *ex-post*²⁰. Por ello es debida.

De acuerdo con COLEMAN, la concepción relacional se apoya en una noción implausible de lo que se requiere para rectificar la acción incorrecta. Para mostrar este punto, sugiere pensar en el ejemplo de un taxista que negligentemente me lesiona cuando me llevaba al aeropuerto. Como consecuencia del accidente, debo ser hospitalizado y pierdo mi avión. Mi mala fortuna, no obstante, se transforma en una suerte extraordinaria cuando leo en las noticias que el avión que iba a tomar se estrella y no hay sobrevivientes. En un sentido relevante, la negligencia del taxista salvó mi vida. En este caso, ¿cómo debemos comprender el deber del taxista de procurar que el mundo se encuentre del mismo modo en que estaría si su acción incorrecta nunca hubiese tenido lugar? Evidentemente, su deber no consiste en eliminar *todas* las consecuencias de su acción incorrecta, sino solo las consecuencias *injustas*. La concepción relacional al dejar de lado las pérdidas injustas resulta inadmisibile²¹.

¹⁹ COLEMAN, 1992b: 323. Por supuesto, esta reconstrucción de COLEMAN es cuestionable. Parece mucho más claro afirmar, por ejemplo, que una teoría normativa de los derechos y sus pretensiones derivadas fundamenta que en ciertos casos se haga justicia correctiva, es decir, que se rectifique una interacción reparando el daño causado o restituyendo a la víctima lo que le pertenece. Desde este punto de vista, la justicia correctiva no fundamenta los derechos y deberes secundarios, sino que, por el contrario, una teoría normativa de los derechos y deberes primarios que permita derivar derechos y deberes secundarios sería el fundamento de la justicia correctiva. Pese a todo, tengo dudas de que esta interpretación de la concepción relacional fuese a bloquear las objeciones que COLEMAN presenta contra ella.

²⁰ Entiendo que esto es altamente controvertido. De todas maneras, asumamos en beneficio del argumento que la víctima puede ser colocada en un punto de indiferencia.

²¹ COLEMAN, 1992b: 327. También podría cuestionarse la asunción de COLEMAN de que la rectificación del injusto requiere procurar *que el mundo se encuentre del mismo modo en que estaría* de no haberse producido la violación del derecho. En mi opinión, el problema queda más claramente enfocado si asumimos que la rectificación del injusto exige al agente *restablecer el estado de cosas anterior* a la violación del derecho. Antes del accidente, la víctima tenía su pierna sana y ahora no la tiene. Esto es lo que el taxista debe reparar. Esta posición solo exi-

Por ello, COLEMAN consideró necesario buscar una formulación de la justicia correctiva que combine los elementos que resultan atractivos de la concepción relacional y de la concepción anuladora. De esta última debe rescatarse la preocupación por las pérdidas injustas. Ellas son relevantes normativamente por su conexión con el bienestar humano. De la concepción relacional debe rescatarse que la justicia correctiva brinda razones relativas al agente. Ello la distingue de la justicia distributiva. Así, COLEMAN llega a la concepción mixta de la justicia correctiva, según la cual el propósito de este principio de justicia es *imponer el deber de compensar las pérdidas injustas a quienes son responsables por ellas*²².

2.3. La concepción mixta

La concepción mixta de la justicia correctiva está constituida por dos elementos. El primero es la pérdida injusta; el segundo, la responsabilidad moral. Respecto de las pérdidas injustas, COLEMAN no modifica su definición. Una pérdida es injusta si resulta de la afectación de un derecho o de intereses legítimos mediante una acción incorrecta. La acción incorrecta no es condición necesaria para la obligación de responder, porque una acción lícita puede vulnerar los derechos de la víctima y, por tanto, crear una pérdida injusta. Esto parece permitir a COLEMAN dar cuenta de que la responsabilidad extracontractual se vale de diversos factores de atribución, como la culpa y la responsabilidad objetiva.

El segundo elemento es la responsabilidad moral, que no es más que una responsabilidad *causal*. Alguien es moralmente responsable por una pérdida injusta cuando es consecuencia de sus actos, cuando resulta de su ejercicio de la agencia humana en el mundo²³.

ge determinar *qué es lo que perdió la víctima* en la interacción injusta. Así, supongamos que los peritos determinan que dado como ocurrió el accidente de avión, la probabilidad de sobrevivir que hubiese enfrentado Xenofonte si hubiese ocupado el asiento que tenía reservado era del 5 por 100. Con ese dato, para restablecer el mundo tal como estaba antes del accidente, el taxista debe compensar a Xenofonte por la pierna rota (y, a lo sumo, indemnizarle la pérdida de la oportunidad en el valor del contrato, descontada la probabilidad de salir con vida del accidente y de que el contrato resulte tan ventajoso como estaba inicialmente previsto). En cambio, para hacer que el mundo se encuentre como hubiese estado de no haber tenido lugar el accidente causado por el taxista, éste debería reparar la pierna rota e imponer a Xenofonte un riesgo de muerte del 95 por 100 (suprimido el choque del taxista de la historia causal, el pasajero se hubiese bajado del taxi con la pierna sana y solo un 5 por 100 de probabilidades de conservar su vida). La postura que COLEMAN adscribe a la concepción relacional es evidentemente implausible. Sus críticas hubiesen sido menos persuasivas, en cambio, si hubiese considerado una posición como la que yo estoy sugiriendo.

²² COLEMAN, 1992b: 328.

²³ COLEMAN, 1992b: 330.