

El valor intrínseco de la responsabilidad civil

The intrinsic value of tort law

Por DIEGO M. PAPAYANNIS *

Universitat de Girona

RESUMEN

¿Existe alguna razón para preferir que la gestión de los daños que nos causamos unos a otros sea mediante un sistema de responsabilidad civil en lugar de un fondo social de compensación? La justificación de los fondos sociales de compensación es más bien obvia, pues se intenta atender con celeridad las necesidades de las víctimas. En cambio, la justificación de la responsabilidad civil genera amplias controversias. Si la responsabilidad civil ha de ser justificada, parece que debe encontrarse en ella un valor que no puede ser perfectamente realizado con mecanismos alternativos. Ese será su valor intrínseco. En este trabajo se ofrece una visión de cuál es ese valor,

* Profesor Agregado e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Este trabajo fue presentado en las «XXVI Jornadas de la Sociedad española de filosofía jurídica y política: Filosofías del derecho positivo», celebradas los días 4 y 5 de mayo de 2017 en la Universidad de Girona. Versiones parciales de estas ideas fueron presentadas en el Research Institute for the Humanities de la Facultad de Derecho de la Universidad de Keele, el 7 de mayo de 2014; en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, el 2 de julio de 2014; en la Universidad Pompeu Fabra, el 26 de junio de 2015; y en el «II Encuentro de la Red Temática Responsabilidad y argumentación jurídica», celebradas en la Universidad de Génova, los días 9 y 10 de noviembre de 2017. Agradezco los valiosos comentarios recibidos en las distintas ocasiones por parte de Pierluigi Chiassoni, Andrea Dolcetti, Lucila Fernández Alle, Juan Antonio García Amado, Marina Gascón Abellán, Jordi Ferrer, John Gardner, Tsachi Keren-Paz, Agustín Menéndez, José Juan Moreso, Esteban Pereira Fredes, Pablo Perot, Lorena Ramírez Ludeña, Pablo Rapetti, Giovanni Battista Ratti, Jorge L. Rodríguez, Tobías Schleider y Alexander Vargas.

y se argumenta que en última instancia resulta insuficiente para justificar plenamente la responsabilidad civil.

Palabras clave: *Responsabilidad civil, fondos de compensación, justicia correctiva, derechos y remedios, tesis de la continuidad.*

ABSTRACT

Is there any reason to address the harms that we cause to each other through a tort law system instead of a social compensation fund? The justification of social compensation funds is rather obvious, since they try to deal promptly with the needs of the victims. On the other hand, the justification of tort law raises profound controversies. If tort law is justified, it seems that there must be a value in it that cannot be perfectly realized with alternative mechanisms. That would be its intrinsic value. This paper offers a view about what that value is, and argues that it is ultimately insufficient to fully justify tort law.

Keywords: *Tort law, compensation funds, corrective justice, rights and remedies, continuity thesis.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. CONTINUIDAD ENTRE SEGURIDAD RAZONABLE E INDEMNIZACIÓN.-3. LA UNIDAD DEL DERECHO Y EL REMEDIO.-4. CONTINUIDAD ENTRE DEBERES PRIMARIOS Y SECUNDARIOS.-5. EL VALOR DE LA RESPONSABILIDAD INTERPERSONAL.-6. CONCLUSIÓN.-7. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. CONTINUITY BETWEEN REASONABLE SECURITY AND DAMAGES.-3. THE UNITY OF RIGHT AND REMEDY.-4. CONTINUITY BETWEEN PRIMARY AND SECONDARY DUTIES.-5. THE VALUE OF INTERPERSONAL RESPONSIBILITY.-6. CONCLUSION.-7. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

Ciertamente, existen muchas maneras de gestionar los daños que nos causamos unos a otros. Como tipos puros o ideales, podemos distinguir sistemas intervencionistas y sistemas no-intervencionistas. Los primeros tienen un carácter centralizado, y están financiados generalmente (pero no es necesario que así sea) por el Estado mediante fondos comunes de compensación social. Estos fondos procuran atenuar con alguna celeridad el sufrimiento injusto de la víctima. Por tanto, con este objetivo en miras, es coherente que las formalidades procesales para los reclamantes sean menos exigentes. Por regla, a fin de

obtener una indemnización, debería ser suficiente que la víctima muestre que según los criterios jurídicos vigentes no merece soportar el daño que sufrió. El caso paradigmático de modelo intervencionista es el instaurado en Nueva Zelanda por la Ley de Compensación de Accidentes (1972)².

En cambio, los sistemas no-intervencionistas tienen una impronta más liberal y descentralizada. En el modelo también ideal, el Estado solo presta su asistencia para que la víctima reclame un resarcimiento exclusivamente a quien la dañó. Si la víctima fracasa en este intento, entonces queda sin compensación. Naturalmente, la estructura bilateral demandante-demandado establecida por estos sistemas eleva las exigencias procesales (y probatorias en particular) que debe afrontar la víctima; ello es así por al menos dos razones relacionadas. Primero, a la víctima no le basta probar que el daño sufrido es digno de ser atendido, es decir, que merece una reacción institucional conforme con el derecho vigente. Aquí conviene tener bien presente la diferencia de modelo. El esquema no es unilateral. El análisis no se agota en el sufrimiento injusto de la víctima. Por consiguiente, la víctima debe mostrar que su sufrimiento concierne a otra persona. La idea de responsabilidad cobra un protagonismo ausente en el modelo intervencionista, y juega en los mecanismos bilaterales un papel fundamental. Normalmente, quien muestra que el daño que ha padecido es responsabilidad de otro, encuentra allí un fundamento válido para trasladarle las pérdidas derivadas de la interacción injusta³. Segundo, las exigencias procesales adicionales se justifican también por la necesidad de desincentivar los reclamos infundados y de garantizar el derecho de defensa del demandado. Estos factores definen los contornos de los sistemas no-intervencionistas, haciendo que su resultado sea mucho más incierto en términos de la protección de las víctimas. En breve, los sistemas no-intervencionistas, que se corresponden a grandes rasgos con lo que denominamos «responsabilidad civil», no buscan necesaria o únicamente atenuar el sufrimiento de las víctimas, sino implementar un esquema de derechos, deberes y responsabilidades mutuos.

Los ordenamientos jurídicos modernos oscilan entre un extremo y otro, pero lo más habitual es encontrar modelos mixtos, que combinan rasgos estructurales de los sistemas centralizados y los descentralizados. Así, algunos sistemas que emplean por regla general la responsabilidad civil para gestionar los daños que nos causamos unos a otros

² El sistema ha experimentado sucesivas reformas en los años 1982, 1992, 1998, 2001, 2005, 2008 y 2010, sin embargo, en su esencia no ha cambiado. El sistema surgió de reconocer que la responsabilidad civil tradicional «es incapaz de resolver el serio problema social de las víctimas de accidentes que necesitan una fuente segura de apoyo financiero después de haber sido privadas, de manera permanente o temporal, de su capacidad de trabajo» (Todd, 2016, 22).

³ En un sentido relevante, las pérdidas que son responsabilidad moral de otras personas pertenecen a ellas y, por tanto, les pueden ser legítimamente trasladadas. Véase Coleman, 1992, 330, nota 10.

también implementan fondos de compensación para atender la situación de una clase concreta de víctimas. En España, por ejemplo, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo tiene por objeto «el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista» (art. 1). Asimismo, en el ámbito de los accidentes de circulación, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, dispone que corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros asumir la indemnización de las víctimas en una serie de casos, tales como los daños causados por vehículos desconocidos, robados o carentes de seguro o, incluso, cuando la compañía aseguradora del demandado fuese insolvente, entre otros supuestos (véase el art. 11).

Pero la presencia de elementos intervencionistas no se aprecia únicamente en la creación de fondos de compensación para situaciones especiales, sino también en toda regulación que de manera centralizada altere la lógica liberal según la cual el resultado del litigio depende exclusivamente de los esfuerzos (y del éxito) de las víctimas en la argumentación de su caso contra el demandado. Ello ocurre parcialmente con la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Esta norma –que surgió de un consenso entre el sector asegurador y representantes de víctimas de accidentes de tránsito– supone una fuerte intervención en un modelo en general liberal, pues estipula de antemano distintas cuantificaciones para los diversos rubros que se consideran indemnizables, a veces fijando una cifra concreta que la víctima tiene derecho a percibir, otras veces estableciendo topes indemnizatorios y aun en otras ocasiones especificando una horquilla de montos mínimos y máximos. La prueba de que el daño es mayor o menor que lo contemplado en el baremo dispuesto legalmente es irrelevante. Ejemplos como estos, entre los muchos que pueden encontrarse en el derecho comparado, muestran que difícilmente los ordenamientos jurídicos modernos vayan a optar por un modelo puro.

La lógica intervencionista, en principio, parece clara: se trata de incrementar la protección de las víctimas. La lógica no-intervencionista, en contraste, es mucho más difícil de identificar. ¿Qué razones pueden esgrimirse a favor de un sistema que hace del daño injusto un problema *privado*, propio de los participantes en la interacción dañosa? Puesto en otros términos, ¿por qué deberíamos preferir un sistema de responsabilidad civil bilateral, antes que un fondo social de compensación que funcione como respuesta jurídica universal, aplicable para todo tipo de daños, agentes y víctimas? Es decir, ¿qué *valor* tienen estos sistemas bilaterales?

Una primera idea podría ser que la bilateralidad tiene un fundamento económico. El hecho de que las partes estén normativamente vinculadas les brinda los incentivos correctos para que solo se generen riesgos socialmente beneficiosos. La responsabilidad, es decir, la perspectiva de tener que indemnizar a la víctima, desincentiva la realización de actividades que causan más daños que beneficios a nivel agregado. Si la regla es «quien daña, paga», entonces solo dañarán quienes puedan pagar y conservar para sí un excedente; ello garantiza que los beneficios recibidos sean superiores a los daños causados. A la vez, el derecho de la víctima a ser indemnizada admite una doble lectura económica: en primer lugar, no es deseable que las víctimas adopten medidas de autoprotección excesivas (lo que con toda probabilidad harían si no tuviesen derecho a recibir compensación cuando sufren un daño injusto, sobre todo si son adversas al riesgo). En segundo lugar, el derecho de la víctima a recibir compensación les brinda un incentivo para demandar a los causantes del daño, lo cual es fundamental para que los incentivos de los potenciales agentes dañadores sean realmente eficaces. Nadie tiene un interés mayor en hacer efectiva la responsabilidad del agente que la propia víctima, ya que de esta manera recibe su indemnización. Un sistema de responsabilidad para el agente desvinculado de un resarcimiento para la víctima (por ejemplo, un sistema basado en multas) puede llegar a ser subóptimo desde el punto de vista de la disuasión⁴.

Este breve argumento económico revela por qué los sistemas bilaterales no pueden encontrar su fundamento último en la eficiencia. Como es evidente, desde esta óptica, la responsabilidad civil estará justificada sí, y solo sí, ningún otro mecanismo alternativo nos permite alcanzar, empleando menos recursos, el mismo nivel de disuasión que el conseguido por ella. Los abogados practicantes saben que la responsabilidad civil es un mecanismo particularmente costoso para compensar a las víctimas de accidentes⁵. Por tanto, la pregunta que debemos formularnos es si existe algún sistema (o combinación de sistemas) que pueda motivar correctamente a las partes y cuyos costes de gestión sean sensiblemente más bajos. Si la respuesta es positiva, la responsabilidad civil perdería toda razón de ser desde la perspectiva de la eficiencia. Y el hecho de que los costes de administrar los distintos sistemas alternativos dependan de contingencias sociales, relativas a cada contexto de aplicación, hace imposible ofrecer una defensa general de la responsabilidad civil como mecanismo para la disuasión eficiente. En efecto, en un contexto dado podría ser falso que este sea el modo menos costoso de lograr el objetivo planteado.

Llegados a este punto, si la fundamentación general de la responsabilidad civil no puede hallarse en la eficiencia, tal vez pueda hallar-

⁴ Sobre el punto de vista económico, véase Landes y Posner, 1987; Shavell, 1987; Posner, 2011, 243-244.

⁵ Véase Sugarman, 1985, 596; Shavell, 2007, 151.

se en algún principio de justicia. Esta es la otra gran idea dominante en el debate sobre los fundamentos de la responsabilidad civil. Una buena cantidad de autores sostienen que la responsabilidad civil es una cuestión de justicia correctiva, entendida como una justicia privada, entre particulares⁶. La responsabilidad civil no está diseñada para gestionar las pérdidas en general, o para aliviar el sufrimiento de las víctimas. Tiene su propia racionalidad, centrada en las interacciones privadas entre personas libres e iguales; *privadas* en tanto no están mediadas por su pertenencia a la comunidad. No se trata de pautar lo que unos deben a otros en sus relaciones como miembros del mismo colectivo social, sino de establecer lo que unos deben a otros en sus tratos interpersonales. Una premisa básica de las relaciones interpersonales es que todos debemos interactuar respetándonos recíprocamente nuestros derechos. Cuando un individuo lesiona a otro, o destruye su propiedad, entre otros casos, vulnera los derechos del segundo, a la vez que infringe sus deberes respecto de él. Al dañar al otro, se comete una injusticia relacional, se causa un perjuicio específicamente a la otra parte. Por descontado, al causar una injusticia relacional (a otro) se causa una injusticia *a secas*. Si dañarme es incorrecto, cuando usted me daña hace algo incorrecto respecto de mí en particular, pero también algo incorrecto sin más. A la responsabilidad civil, empero, no interesan las injusticias sin más; le concierne en concreto el hecho de que usted obró injustamente al relacionarse de la manera incorrecta con otra persona. Y la respuesta jurídica de la responsabilidad civil es permitir a la persona afectada, la víctima, que revierta el estado de cosas injusto trasladando las consecuencias del ilícito a su origen, es decir, al agente causal del daño⁷. Como puede advertirse, el derecho privado reacciona ante la injusticia preservando la estructura interpersonal de la interacción injusta. Una vez que Aléxandros daña a Olympia, queda sujeto a las potestades de esta última de exigirle una compensación.

El atractivo de estas teorías es que ofrecen una imagen familiar de la práctica. Ahora bien, sería deseable esclarecer cuál es el sentido de esta estructura normativa bilateral o interpersonal. ¿Qué vínculo existe entre la vulneración de los derechos del otro (la actuación injusta) y la obligación de reparar los daños derivados de esta infracción? Puesto de otro modo, ¿cómo surge la responsabilidad bilateral a partir de la vulneración del derecho inicialmente afectado? Aunque la pregunta a primera vista parece tener una respuesta obvia, intentaré mostrar que las respuestas contemporáneas más influyentes adolecen de serias dificultades.

⁶ Entre muchos otros, véase Coleman, 1992; Weinrib, 1995; 2012; Ripstein, 2016.

⁷ Véase un interesante desarrollo de esta idea en Gardner, 2012, 53 y ss.

2. CONTINUIDAD ENTRE SEGURIDAD RAZONABLE E INDEMNIZACIÓN

Desde hace tiempo, los autores han visto alguna clase de continuidad entre los derechos y deberes primarios y secundarios. Después de todo, si Aléxandros tiene el deber de no dañar a Olympia, y la daña, parece claro que Olympia tiene una expectativa legítima de que Aléxandros haga algo al respecto *porque* Aléxandros tiene razones para hacerlo. Como plantea Neil MacCormick en «The Obligation of Reparation» (1982), si Aléxandros al salir de su garaje choca accidentalmente el automóvil de su vecina Olympia, que estaba estacionado justo al costado de la salida, debe informar a Olympia de lo ocurrido, explicar las circunstancias del accidente, disculparse y ofrecerse a pagar el coste de la reparación del automóvil. Este parece ser un juicio bastante sensato, compartido en la moral ordinaria. Pero ¿hay algún principio que pueda justificar un juicio como este? Es decir, ¿se pueden racionalizar estas intuiciones que subyacen a nuestro juicio de moral ordinaria? (MacCormick, 1982, 214-215).

MacCormick cree que sí. Parte de la premisa normativa de que los individuos tienen derecho a una seguridad razonable sobre su integridad corporal y sus bienes materiales, lo cual asume es algo incontrovertiblemente bueno para todas las personas (1982, 217). Nótese que el derecho a la seguridad no es absoluto, sino solo hasta el límite de lo razonable. Esto supone que debemos aceptar al menos algunos riesgos que otros nos imponen, pero solo en tanto sean razonables. ¿Cuándo es razonable un riesgo? Esto no es fácil de determinar. Una posibilidad es considerar razonables aquellos riesgos que producen más beneficios en términos de libertad que perjuicios en términos de reducción de la seguridad (Keating, 2001, 42-43).

Volviendo al ejemplo del automóvil que estamos tratando, el daño que Aléxandros causa a Olympia es una vulneración del derecho de esta última a un nivel de seguridad razonable. El derecho a la seguridad, dice MacCormick, es *erga omnes*, y permite afirmar ciertos deberes derivados, como los siguientes:

- 1) Todos deben intentar alcanzar el estándar de cuidado razonable; y
- 2) Una vez que se ha infringido el derecho a la seguridad razonable surge un deber de reparar a cargo del agente dañador.

Ambos deberes se sustentan, según MacCormick (1982, 219), en una supuesta conexión analítica entre los derechos «*in rem* [...] oponibles a todos en general, y el derecho personal a un remedio que surge contra el individuo específico que infringe el derecho primario». De acuerdo con MacCormick, la negación de estos deberes derivados supondría admitir implícitamente que nuestra aserción original del derecho primario no era sincera. Ambos deberes encuentran su funda-

mento en el derecho a la seguridad, por lo tanto, el deber de reparar los daños causados no está conectado con el deber de intentar alcanzar el estándar de cuidado razonable, sino que es independiente de este último. De esta forma, la razón por la cual Aléxandros debe indemnizar los daños causados a Olympia no es que se comportó de manera negligente, sino que infringió el derecho objetivamente determinable que Olympia tenía a una seguridad razonable. Esta postura permite a MacCormick acomodar fácilmente los supuestos de responsabilidad sin culpa.

El derecho a una seguridad razonable, no obstante, es ambiguo. Si se trata de un derecho a no ser expuesto a riesgos irrazonables, entonces, el derecho resulta vulnerado por la mera negligencia, aunque no produzca consecuencias adicionales al malestar que la exposición al riesgo haya podido generar. Si se trata, en cambio, de una seguridad razonable en tanto garantía de indemnidad, entonces, el derecho es vulnerado solo con la producción del daño. La acción negligente es *per se* irrelevante para la vulneración del derecho. Sin importar cuán irrazonable haya sido Aléxandros respecto de Olympia, él no vulnera sus derechos en este segundo sentido si no la daña. Es plausible entender que el derecho a la seguridad incluye ambas cosas, como infiere MacCormick. Sin embargo, la vulneración de la seguridad en el primer sentido no tiene por qué tener las *mismas consecuencias* que en el segundo. Así, cuando Aléxandros obra negligentemente respecto de Olympia ella tiene la potestad de exigir que Aléxandros cese su conducta irrazonable, e incluso puede requerir la asistencia de la fuerza pública para forzar la cesación del riesgo. Pero en ningún caso podría Olympia reclamar una indemnización de Aléxandros por el riesgo al que fue expuesta⁸. La indemnización solo se deriva de la vulneración del derecho a la seguridad en el segundo sentido, es decir, como derecho de indemnidad⁹.

Podemos aceptar que, por exigencia de la racionalidad, el derecho a la seguridad de Olympia impone sobre Aléxandros un deber de intentar alcanzar un estándar de conducta razonable a fin de no dañar a Olympia. Pero respecto del derecho a la seguridad en el segundo sentido, la cuestión no me parece tan evidente. MacCormick sostiene que el derecho a un nivel razonable de seguridad implica un derecho a ser compensado, correlativo con un deber de indemnizar a cargo del

⁸ Esta afirmación es sin duda controvertible. Para Finkelstein, la exposición al riesgo puede ser un daño en sí mismo. Aunque ello no significa que sea necesariamente indemnizable, tampoco hay argumentos conceptuales o jurídicos para negar que pueda serlo (2003, 965 y ss.). En una línea similar, Oberdiek (2012, 341, 350 y ss., y 356; 2017, 68-69) ha sostenido que la imposición de riesgos reduce la autonomía del sujeto afectado. Ello hace que la mera imposición sea susceptible de evaluación moral y, por lo tanto, que requiera de justificación. Cuando el riesgo es injustificable, constituye en sí mismo un daño inmaterial a las personas. Que merezca o no compensación es un asunto distinto.

⁹ Sobre la noción de derecho de indemnidad, véase Papayannis, 2014, 317 y ss.

agente causal, cuando este derecho primario es vulnerado. Un derecho que ante la infracción no genera consecuencias es un derecho vacío de contenido. Esto es indudablemente cierto. Sin embargo, es fácil advertir que incluso si un derecho a no ser dañado carece de sentido sin un remedio indemnizatorio ante la infracción, ello difícilmente fundamenta que el remedio indemnizatorio esté constituido por un deber correlativo a cargo del agente causal. Del hecho de que Olympia fue dañada irrazonablemente solo podemos inferir, dada la tesis que estamos analizando, que *alguien* debe compensarla, no que debe hacerlo necesariamente quien la dañó.

En conclusión, el derecho a la seguridad en su primer sentido exige necesariamente que el agente dañador se abstenga de imponer con sus acciones niveles de riesgo irrazonables. ¿Qué otra cosa podría significar, si no esto mismo, que tenemos derecho a una seguridad razonable? En cambio, el derecho a la seguridad en el segundo sentido es más complejo. Requiere que la víctima no sea dañada y, si es dañada, que sea compensada. El derecho a no ser dañado ha de tener como correlativo un deber de no dañar. Pero la existencia de este deber de no dañar no depende de que a su infracción le siga un deber de compensar a la víctima. El deber de no dañar existe en la medida en que el ordenamiento imponga al agente una consecuencia *adecuada* en caso de incumplimiento¹⁰. Esa consecuencia puede perfectamente ser una sanción penal, una multa o, también, un deber de compensar a la víctima. Ahora bien, si el ordenamiento diese contenido al deber de no dañar exclusivamente mediante una sanción penal para el agente, a fin de que la víctima tenga un genuino derecho a ser compensada, lo que constituye la principal preocupación de MacCormick, el Estado debería garantizarle una indemnización a cargo de alguien (la comunidad en su conjunto, la persona más rica del pueblo, el primero en la guía telefónica que tenga fondos suficientes, etc.). Este argumento muestra que el derecho a una seguridad razonable puede ser satisfecho mediante un combinado de sanciones y medidas compensatorias independientes entre sí. ¿Qué justifica, entonces, la implementación de un sistema de responsabilidad civil en desmedro de otros mecanismos centralizados?

3. LA UNIDAD DEL DERECHO Y EL REMEDIO

El derecho a la seguridad razonable, como se ha visto, no puede ofrecer por sí mismo un fundamento para la responsabilidad civil ni, por tanto, identificar dónde radica su valor. Pese a todo, MacCormick

¹⁰ Digo «adecuada» en tanto sería dudoso como cuestión de derecho positivo que exista un genuino deber de no dañar si ante el incumplimiento se impusiesen al infractor consecuencias nimias.

abre camino a otros argumentos más elaborados, basados en la justicia correctiva, que intentan aprovechar la idea de que existe una continuidad o, más precisamente, una unidad entre los derechos vulnerados y los remedios que se siguen de la vulneración.

El foco de la justicia correctiva se ubica en las relaciones privadas. Desde esta perspectiva, los individuos interactúan como personas libres e iguales. Son libres en tanto a cada uno corresponde elegir sus propósitos en la vida. Y son iguales en tanto tienen los mismos derechos para desarrollarse como personas. Recientemente, Arthur Ripstein (2016, 33 y ss.) ha ofrecido una reconstrucción del derecho de daños en términos del principio según el cual *ninguna persona está a cargo de otra*. Este principio, de clara inspiración kantiana, explica por qué nadie puede usar sus medios (en particular su cuerpo y su propiedad) en detrimento de los medios de los demás, y nadie tiene autoridad para determinar los fines para los que han de utilizarse los medios de otras personas. A la luz de este principio, puede comprenderse que el derecho de daños no se ocupa de proteger el bienestar, sino los medios con los cuales podemos perseguir nuestros planes de vida. En este sentido, el derecho privado se centra en resguardar lo que cada uno tiene (Ripstein, 2016, 7-8 y 83). Luego de la interacción dañosa, la responsabilidad civil ordena una indemnización a fin de recomponer el desequilibrio normativo producido por el daño y dejar el mundo como si el injusto nunca hubiese sucedido (Ripstein, 2016, 233 y ss.).

Coincidentemente, en los términos más habituales de la tradición de la justicia correctiva, las interacciones injustas suponen que una de las partes vulnera los derechos de la otra, excediendo a la vez los límites de su libertad. La causación y el sufrimiento de un daño son las dos caras de la misma moneda, puesto que una es inconcebible sin la otra. Cuando el agente se comporta injustamente respecto de la víctima, obtiene un beneficio *normativo* a costa suya: obra en el mundo como si los derechos de la otra parte no existieran, como si no impusieran ninguna restricción a su libertad de acción. A la vez, la víctima sufre una pérdida normativa correlativa, en tanto soporta una intromisión en su esfera de autonomía, una intromisión que tenía derecho a no sufrir. De esta manera, las interacciones injustas en el sentido recién explicado quiebran la igualdad de las personas como agentes morales que se autodeterminan (Weinrib, 1995, 114-116).

En esta imagen de las interacciones injustas, el evento causal es *la razón* de la respuesta jurídica dada por el remedio (Weinrib, 2012, 81). El sentido del derecho de daños es deshacer la injusticia causada por el demandado y sufrida por la víctima. Dado que la injusticia (el daño causado por el agente) vulnera un derecho de la víctima –tal como su integridad corporal o su propiedad–, la interacción le priva de algo que le pertenece legítimamente; le priva de sus medios, en términos de Ripstein. El remedio apunta a corregir la injusticia y por ello se proyecta sobre el mismo objeto afectado: la integridad física, la pro-

piedad, o cualquier derecho que haya sido vulnerado. En este sentido, Weinrib sostiene que el remedio indemnizatorio es la *continuación* del derecho infringido.

La idea de un derecho sin un remedio ante su vulneración es absurda, puesto que el derecho, si es un verdadero *derecho*, no puede extinguirse con la producción de la injusticia. Si luego de la vulneración del derecho, la víctima no tuviese ningún remedio, la mejor manera de liberarnos de los deberes que nos imponen los derechos de otros sería incumpléndolos (Weinrib, 1995, 166; 2012, 90). Por lo tanto, una vez producida la injusticia, el remedio se presenta como la respuesta jurídica *natural* ante el injusto realizado por el demandado. Tal como Weinrib presenta la cuestión, la respuesta indemnizatoria *no tiene* una justificación independiente del derecho de la víctima que fue vulnerado. En sentido estricto, no hay una genuina distinción entre el derecho y el remedio. Aquello que llamamos «remedio» es la manifestación apropiada del derecho una vez que este es vulnerado (Weinrib, 2012, 87). En efecto, al exigir un remedio para subsanar la injusticia, la víctima no invoca más que el mismo derecho conculcado por el demandado. Como afirma Ripstein (2016, ix), el derecho y el remedio conforman una *unidad*. Y la tesis de la unidad permite apreciar que existe una continuidad entre la justificación de las restricciones que el derecho impone a las conductas de otros antes de la injusticia y la justificación del remedio después de la injusticia.

Analicemos un ejemplo para aclarar el argumento. Imaginemos que Aléxandros destruye el televisor de Olympia. Desde ya, Aléxandros no destruye con ese acto el *derecho* de Olympia. Ha destruido el objeto protegido por el derecho, pero eso naturalmente no extingue el derecho que ella tenía sobre el televisor. De alguna manera, el derecho ha de sobrevivir normativamente a su vulneración o violación. Por cierto, luego de que el televisor es destruido, Aléxandros no puede cumplir con su deber de no destruirlo, pero su deber también sobrevive y toma la forma del remedio (Weinrib, 2012, 91). En ese momento posterior al daño, la acción requerida por el derecho de Olympia es la compensación: Aléxandros debe reemplazar el televisor o darle a Olympia una cantidad de dinero suficiente como para comprar otro si lo desea. Según la tesis de la unidad, la compensación no es un nuevo deber, correlativo con un nuevo derecho de la víctima. Un mismo deber puede exigir acciones diferentes en distintos momentos, y una misma acción puede ser exigida por deberes diferentes (Weinrib, 2012, 89). En este sentido, Weinrib rechaza que la estructura normativa de la responsabilidad civil esté conformada por derechos y deberes genuinamente primarios y secundarios. Las partes tienen un conjunto de derechos y deberes, y las acciones requeridas por estos derechos y deberes varían según las circunstancias fácticas. Antes del daño, la acción requerida es la abstención de dañar. Luego del daño, esos derechos y deberes exigen una acción distinta: la compensación de las pérdidas derivadas de la vulneración del derecho. Si el derecho sobrevive

incluso después de la alteración física del objeto protegido por el derecho, entonces, debe concluirse que el remedio indemnizatorio es, como ya he apuntado, la manifestación del mismo derecho cuya vulneración constituye una injusticia¹¹.

En este relato, la bilateralidad está presente de comienzo a fin. Aléxandros destruye el televisor de Olympia. Este es un injusto relacional. Es algo que Aléxandros hace a Olympia. Aléxandros debe respetar el derecho de Olympia incluso luego de destruir el televisor. De ahí se sigue que el remedio ha de tener la misma estructura que la interacción injusta. Dado que la interacción es bilateral, en tanto involucra al causante y a la víctima de la misma injusticia, el remedio también tiene que ser bilateral. Así se explica la incapacidad de los sistemas centralizados o intervencionistas para rectificar una injusticia privada. Weinrib enfatiza especialmente que una injusticia bilateral no puede ser corregida de manera no-bilateral. Llega a afirmar que, si el Estado tomase dinero del agente dañador a fin de conformar un fondo común de compensación para las víctimas, y en el caso concreto tomase la cantidad exacta del daño, y en una operación separada le entregase a las víctimas esa misma suma, la injusticia todavía quedaría sin ser corregida. La imposición de responsabilidad al agente y la compensación de la víctima, en dos operaciones diferentes, no refleja la estructura de la injusticia que debe ser corregida. En definitiva, no cuenta como un ejercicio de justicia correctiva (Weinrib, 2012, 87-88).

Ahora bien, ¿ofrece la tesis de la unidad del derecho y el remedio razones suficientes para justificar la responsabilidad civil, en lugar de optar por un sistema centralizado? Una razón para pensar que sí es que la negación de los remedios bilaterales supone que no se reconoce plenamente el alcance normativo de los derechos individuales. Después de todo, ¿qué queda del derecho de Olympia sobre el televisor si una vez que Aléxandros lo destruye ella carece de una acción contra él? Que Olympia tenga un verdadero derecho sobre el televisor supone, entre otras cosas, una restricción para Aléxandros. Pero en un sistema en el cual Aléxandros no es responsable frente a Olympia cuando lo destruye, este rasgo conceptual de los derechos individuales se pierde indefectiblemente. En sentido estricto, conforme con la tesis de la unidad del derecho y el remedio, negar el remedio implica negar el derecho. El problema, entonces, es que los sistemas centralizados

¹¹ Debe tenerse presente que la oportunidad de respetar el derecho de la víctima después de la injusticia no convierte el deber correlativo en una obligación alternativa de no dañar o indemnizar. Si fuera un deber alternativo, la víctima no podría quejarse una vez que el agente le causa un daño y la compensa inmediatamente. Luego del daño, la única acción consistente con el respeto del derecho de la víctima es la reparación de sus pérdidas; pero ello no implica que la injusticia realizada en primer lugar deje de ser una *injusticia*. Como señala Weinrib (2012, 93), el remedio reafirma el derecho, no niega la injusticia. Para un análisis de las consecuencias teóricas de entender que el derecho de daños impone obligaciones alternativas, véase Papayannis, 2014, 145-149.

socavan el marco de interacción privada que permite a los agentes interactuar de modo valioso, lo que merma su capacidad de relacionarse con otros y de perseguir planes de vida complejos, como aquellos a los que aspiramos en tanto seres sociales.

Este argumento es altamente sospechoso, porque sabemos que la mayoría de los ordenamientos modernos exhiben distintos grados de intervención, llegando en algunos casos a una centralización preponderante como en el mencionado sistema neozelandés; y, ciertamente, no parece que en Nueva Zelanda se hayan acabado los derechos individuales ni las interacciones privadas. No obstante, vale la pena fundamentar esta impresión preliminar analizando el argumento desde el punto de vista conceptual.

¿Es verdad que los derechos individuales requieren responsabilidades relacionales a fin de que las personas cuenten con un marco de interacción? Intentaré mostrar que no. Los derechos están compuestos habitualmente por un *conjunto* de pretensiones, privilegios, potestades o inmunidades¹². A la vez, una verdad obvia acerca de los derechos es que tener un derecho consiste, como mínimo, en contar con una pretensión, un privilegio, una potestad o una inmunidad válida, justificada o legítima conforme con un sistema de normas (morales o jurídicas)¹³. Entonces, si Olympia tiene un derecho de propiedad sobre su televisor, debe tener al menos una pretensión, un privilegio, una potestad o inmunidad válida respecto de ese objeto. ¿Qué pretensiones válidas están incluidas, por ejemplo, en el derecho de propiedad de Olympia sobre su televisor? Eso no puede saberse sin indagar en el contenido del sistema jurídico en concreto. Y si se trata de determinar qué pretensiones están incluidas en un derecho moral, entonces, debe apelarse a una teoría normativa. Una teoría moral (o un sistema jurídico) de orientación liberal seguramente reconocerá en el derecho de propiedad de Olympia muchas más pretensiones válidas que una teoría (o sistema jurídico) de orientación socialista. Esto muestra que conviene distinguir claramente lo que Coleman y Kraus (1986, 1341) llamaron la *sintaxis* de los derechos y su *semántica*.

La sintaxis tiene que ver con la forma lógica, los rasgos conceptuales, aquellos que no pueden dejar de ser verdaderos acerca de los derechos. En cambio, la semántica de un derecho se refiere a su contenido. Así, un rasgo esencial (conceptual) del derecho de propiedad de Olympia es que ella tiene al menos una pretensión, un privilegio, una potestad o una inmunidad válida sobre el objeto protegido por su derecho, mientras que no es un rasgo esencial que su derecho de propiedad incluya la facultad de destruirlo. En efecto, algunas legislaciones imponen límites a la propiedad privada, e impiden «desnaturalizarla,

¹² Empleo, como es evidente, las conocidas posiciones de Hohfeld, 1913, 30.

¹³ Esta concepción de los derechos es ampliamente compartida. Véase, entre otros, Ross, 1958, 171; Guastini, 1999, 180-181; y Feinberg, 1970, 253.

degradarla o destruirla»¹⁴. Si saliese a la venta *La Gioconda*, Donald Trump podría comprarla, pero en muchos sistemas jurídicos el hecho de que *La Gioconda* fuese suya no le permitiría pintarle bigotes. También en la discusión moral podríamos desacordar si acaso el dueño de *La Gioconda* tiene derecho a pintarle bigotes, y nuestra discusión sería sobre qué razones existen para considerar que esa es (o no es) una potestad válida o justificada del titular del derecho. No obstante, en ningún caso diríamos que un derecho de propiedad sobre *La Gioconda* que excluya la potestad de pintarle bigotes resulta ininteligible como un cuadrado circular o un número primo divisible por 8.

Ahora es evidente que el derecho de propiedad de Olympia podría incluir distintas pretensiones, privilegios, potestades o inmunidades. Imaginemos que incluye las siguientes: (1) utilizar el objeto como mejor considere; (2) excluir a otros del uso del objeto; (3) transferirlo a título oneroso o gratuito; (4) aprovechar los frutos producidos por el objeto; (5) exigir una compensación a quien destruye el objeto. Conforme con la concepción de los derechos que estoy presentando, ninguna de estas pretensiones o potestades es *necesaria* para la existencia del derecho como tal. Evidentemente, un derecho de propiedad mucho más preocupado por el bienestar de las víctimas podría incluir en lugar de (5), (5') exigir una compensación al Estado cuando alguien la destruye. (5) es una típica pretensión de responsabilidad civil bilateral. (5'), en cambio, centraliza el sistema de reparación. ¿Es ininteligible un derecho de propiedad o un derecho a la integridad física que disponga un remedio no-bilateral como (5') en lugar de (5)? En mi opinión no. Es más, ni siquiera es necesario para la existencia de propiedad privada que se contemple una pretensión compensatoria como (5) o (5'). Sin dudas, un sistema que incluye las pretensiones (1) a (4) confiere un derecho menos robusto (y, por lo tanto, menos valioso para su titular) que uno que incluye las pretensiones (1) a (5). La cuestión es ver si la ausencia de (5), aunque no destruya los derechos individuales de las partes, socava de todas formas la posibilidad de contar con un marco equitativo para la interacción entre Aléxandros y Olympia. Los partidarios de la justicia correctiva parecen asumir que la respuesta es positiva. Pero este presupuesto es infundado. Como he comentado al analizar el trabajo de MacCormick, para que los derechos de Olympia supongan una restricción a la conducta de Aléxandros solo es necesario que Aléxandros sea destinatario de alguna consecuencia medianamente seria por la infracción de sus deberes

¹⁴ El Código Civil argentino de 1869, en su art. 2513 establecía un derecho de propiedad absoluto, al punto que declaraba «inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla (...)». Con la ley 17.711 se suprimió esta última parte y se dispuso: «Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla *conforme a un ejercicio regular*» (énfasis añadido).

respecto de Olympia. Esta consecuencia puede ser concretada mediante la responsabilidad civil, multas o castigos penales. En tanto la conducta del agente suponga alguna forma de *responsabilidad personal* no trivial para él, entonces, puede decirse que los derechos y responsabilidades no-bilaterales todavía son capaces de definir los términos equitativos de la interacción privada¹⁵.

En definitiva, el problema es que un derecho de propiedad compuesto por dos remedios unilaterales (responsabilidad penal para el agente y compensación estatal para la víctima) sigue siendo un derecho de propiedad, con un contenido distinto del preferido por Weinrib y la tradición kantiana (Weinrib, 1995, 36, 160 y ss.); y como todo derecho, es todavía capaz de regular con eficacia las relaciones entre particulares. En ese sentido, resulta dudoso que los derechos con remedios no-bilaterales socaven nuestra capacidad de desarrollar interacciones complejas con otras personas. Por lo tanto, la justicia correctiva no puede sustentarse sobre bases conceptuales, es decir, sobre lo que *significa* tener un derecho como el derecho de propiedad o el derecho a la integridad corporal y el impacto que ello tiene en las relaciones privadas.

Alternativamente, podría señalarse que hay una pérdida moral cuando un problema bilateral (un injusto privado) es abordado con mecanismos no-bilaterales de rectificación o subsanación. Los mecanismos centralizados, obviamente, se apartan de la justicia correctiva; suponen dejar de hacer justicia correctiva. Por ello, el argumento no puede simplemente afirmar que la pérdida moral de pasar a un sistema centralizado consiste en que se incumple la justicia correctiva, dado que ello constituiría una petición de principio. Para evitar caer en esto, debe identificarse qué se pierde, en términos normativos o de justicia, si implementamos mecanismos no-bilaterales. En última instancia, debe identificarse dónde radica el valor de la justicia correctiva. Para Weinrib, la rectificación ordenada por la justicia correctiva restablece el equilibrio entre las partes como agentes morales capaces de autodeterminarse. El remedio indemnizatorio deshace la injusticia en la cual un individuo se beneficia y el otro, correlativamente, se perjudica (Weinrib, 1995, 96). Una vez que se produce la interacción injusta la única manera en que el agente puede cumplir con su deber de respetar el derecho de la víctima es revirtiendo los efectos de su infracción original (Weinrib, 1995, 166).

Poco avanza este argumento respecto del anterior, pues por razones análogas creo que la igualdad de las partes y su autonomía podrían ser reivindicadas con remedios no-bilaterales. Si lo que preocupa a Weinrib es eliminar los excesos y las deficiencias que respec-

¹⁵ Como surge del argumento, la responsabilidad personal es algo distinto de la justicia correctiva. Por tanto, los mecanismos que deciden dejar de lado la justicia correctiva no tienen por qué renunciar a reconocer otras formas de responsabilidad personal. Sobre esto, véase Beever, 2008, 476, 483 y ss.

tivamente obtienen y sufren los causantes del daño y sus víctimas, ambas cosas podrían ser eliminadas con distintos remedios. En este sentido, la injusticia dada por el aprovechamiento de un individuo a costa del otro puede ser revertida con una combinación de remedios unilaterales.

Pensemos en un ejemplo sencillo: supongamos que un padre compra dos juguetes para sus hijos y el hermano mayor toma por la fuerza el juguete del menor. ¿Puede corregirse esta injusticia de manera no-bilateral? En mi opinión, por supuesto que sí. El padre podría quitar ambos juguetes al hermano mayor y dejar que el menor los disfrute por un tiempo igual al que duró la injusticia, luego de lo cual, cada uno recibiría el juguete que le corresponde¹⁶. De esta forma, ningún beneficio (normativo o fáctico) queda del lado del dañador, y ninguna pérdida (normativa o fáctica) queda del lado de la víctima. Ello, en la medida en que entendamos que las pérdidas y ganancias normativas pueden de algún modo ser eliminadas¹⁷. De igual manera, en un caso de responsabilidad extracontractual, el exceso en el obrar del agente puede ser rectificado con cualquier medida jurídica que lo prive de los beneficios normativos obtenidos, mientras que la vulneración del derecho de la víctima solo requiere de un remedio indemnizatorio, no necesariamente bilateral. ¿Se pierde algo en términos morales al implementar un remedio no-bilateral? Tal vez sí, pero no veo que las teorías ortodoxas de la justicia correctiva hayan explicitado el componente sustantivo que haría la diferencia. Mi impresión es que la fuerza normativa de la justicia correctiva se ha dado por sentada, como si las relaciones persona-a-persona fuesen sagradas a tal punto que cualquier intervención estatal distinta de la mera asistencia a las partes para lograr una rectificación bilateral supusiese en sí misma un error moral. Volveré sobre esto en el apartado 5.

4. CONTINUIDAD ENTRE DEBERES PRIMARIOS Y SECUNDARIOS

Una variante interesante de la tesis de la unidad del derecho y el remedio es la tesis de la continuidad entre deberes primarios y secundarios, tal como ha sido articulada por John Gardner. A diferencia de

¹⁶ En efecto, hay varias alternativas. El padre también podría comprar dos nuevos juguetes para su hijo menor y dejar los otros dos para el mayor, pero privarlo de sus juguetes durante el mismo tiempo que él privó a su hermano menor del suyo. Esta solución supone una nueva distribución más favorable para ambos, pero en cuanto a las ganancias y pérdidas normativas es idéntica a la solución propuesta en el texto.

¹⁷ Para una opinión en contra, véase Hershovitz, 2011, 112. Dado que es imposible cambiar el pasado, uno podría sostener que la injusticia cometida por el hermano mayor sigue sin ser rectificadas. Pero este argumento sería válido también contra el remedio bilateral que Weinrib prefiere.

Weinrib, Gardner cree que el discurso jurídico que distingue deberes primarios y secundarios es correcto. El remedio no instancia la *misma obligación* que fue incumplida por el demandado, porque las obligaciones se definen por la acción que hacen obligatoria. Y *compensar* es una acción diferente de *no dañar* (Gardner, 2011, 29). En efecto, la primera acción presupone lógicamente la segunda. Solo es posible que Olympia sea compensada si antes sufrió algún tipo de perjuicio injusto. De lo contrario, cualquier prestación a su favor puede ser considerada, tal vez, un beneficio asistencial, pero no una compensación.

Ahora bien, como observa Gardner (2011, 30), pese a que compensar y no dañar son obligaciones diferentes, el cumplimiento de la segunda obligación una vez que la primera es infringida mitiga de alguna manera la violación anterior. Dicho de otro modo, la compensación del daño causado tiene algún efecto normativo sobre el incumplimiento previo del deber de no dañar. Empleando un ejemplo de MacCormick (1982, 212), nos invita a pensar en el padre que promete a sus hijos llevarlos a la playa el domingo; supongamos que no puede cumplir con su promesa porque algún asunto urgente requiere su máxima atención. Es razonable pensar que luego del incumplimiento del deber creado por la promesa, el padre todavía tiene razones para llevar a sus hijos a la playa el siguiente día soleado, o en la primera oportunidad que pueda. En comparación con el cumplimiento de la promesa original, esta es una segunda mejor alternativa. Pero aun sin ser una situación óptima, la segunda acción mitiga en parte el incumplimiento previo. La idea es que si el padre omite llevar a sus hijos a la playa, tal como prometió, todavía puede hacer algo por ellos en el futuro, como llevarlos en otro momento, o llevarlos al cine, o comprarles aquel juguete que deseaban desde hace tiempo, entre muchas otras posibilidades. En cierta forma, la compensación *ex post* es la segunda mejor manera de satisfacer las razones que justificaban la obligación de primer orden del padre, aquella derivada de la promesa (Gardner, 2011, 33).

Por supuesto, Gardner es muy cuidadoso al enfatizar suficientemente que la tesis de la continuidad se sostiene siempre y cuando «todo se mantenga igual», «*caeteris paribus*», y otras fórmulas similares (Gardner, 2011, 32, 33 y 34). La tesis de la continuidad, en estos términos, parece inicialmente plausible. Existen ciertos hechos que fundamentan un deber de primer orden de no dañar. Esos mismos hechos sumados al hecho de la violación del deber de no dañar (y, por tanto, a la producción del daño) fundamentan en el tiempo T2 un deber de compensar. Dado que el agente tenía en el tiempo T1 un deber de no dañar, entonces, tenía *razones* para no dañar. Esas razones no desaparecen en T2, después del daño. El mismo agente que antes tenía razones para no dañar, luego del daño tiene razones para compensar. Existe una continuidad en las razones que fundamentan los deberes de primer orden y los de segundo orden. Ese es el vínculo normativo que explica la racionalidad de la justicia correctiva.

Veamos un breve ejemplo en el derecho de daños. Imaginemos que Olympia adquiere en una subasta una vasija de la antigua Grecia valuada en 2 millones de dracmas e invita a varios amigos a su casa para verla. Aléxandros discutiendo acaloradamente sobre política con Malena, gesticula en exceso y golpea la vasija, que cae al suelo y se hace añicos. Aléxandros tenía sin dudas un deber de no destruir la vasija de Olympia. Cualquier razón que justificara ese deber (por ejemplo, que la propiedad de Olympia es importante para su bienestar, o para su autonomía, o cualquier otra razón) cuenta también como una razón para compensar a Olympia por el daño causado con negligencia. Aléxandros omitió obrar por las razones que originalmente tenía, pero estas razones no se extinguen después del daño, sino que todavía requieren conformidad; exigen que Aléxandros haga algo para remediar la situación. Si no fuera así, actuar *contra* las obligaciones o deberes que uno tiene sería la mejor manera de evitar actuar por las razones que fundamentan los derechos ajenos (y las propias obligaciones correlativas). En este punto, el argumento es idéntico al de Weinrib.

En resumen, la tesis de la continuidad, dice Gardner (2011, 33), «es la tesis de que la obligación secundaria es el eco racional de la obligación primaria, pues existe para servir, en la medida en que sea posible, las razones de la obligación primaria incumplida al momento en que debía cumplirse». La razón por la cual el agente dañador debe compensar a la víctima, por tanto, es *la misma* razón por la cual tenía el deber de no dañarla en primer lugar. La indemnización que le impone el derecho de daños hace que el agente se conforme, aunque sea parcialmente, a las razones que tenía originalmente para no dañar a la víctima.

Creo que el argumento de Gardner es potente y elegante. La tesis de la continuidad refleja la manera en que pensamos las obligaciones en general, no solo las compensatorias, en un buen rango de situaciones. Sin embargo, creo que esta tesis no es necesariamente verdadera y, por tanto, es incapaz de explicar el papel que el incumplimiento del deber primario tiene en la justificación del deber de compensar en la responsabilidad civil.

Cuando Aléxandros infringe su deber de no dañar a Olympia, omite actuar sobre la base de las razones que tiene para no dañar a Olympia. Normalmente, esas razones todavía exigirán conformidad luego del daño, y recomendarán que Aléxandros indemnice a Olympia, siempre que todo lo demás se mantenga constante. Si Malena compensase a Olympia antes de que Aléxandros se dispusiera a pagar por la vasija, o si Olympia condonase la deuda a Aléxandros, esos eventos contarían como una alteración de la condición *caeteris paribus* y la tesis de la continuidad no se aplicaría. Pero aun cuando la cláusula *caeteris paribus* sea respetada, el problema es que en T2, después del incumplimiento del deber de no dañar, algunas considera-

ciones que estaban fuera de lugar en T1, o que en aquel entonces tenían muy poco peso, pueden ahora ser relevantes.

Supongamos que Aléxandros es terriblemente pobre y que Olympia, por su parte, es increíblemente rica. Antes de que se produzca el daño, el hecho de que Aléxandros sea pobre *no cuenta como una razón* para no adoptar precauciones sin coste económico que evitarían un rayón en la pintura del Rolls Royce de Olympia. Imaginemos que una noche Aléxandros está esperando a su esposa en la misma esquina en la cual Olympia estacionó su Rolls Royce y que, dado que está cansado después de un arduo día de trabajo, se apoya contra la puerta del automóvil que da a la acera, provocándole un rayón. El hecho de que Aléxandros sea pobre es irrelevante para la justificación de su acción. Aléxandros no debió apoyarse contra el automóvil, puesto que hacerlo podría arruinar la pintura de la manera en que en efecto ocurrió. Su pobreza no lo exime de adoptar precauciones que en este caso no tienen coste monetario para él. Pero la cuestión es que se apoyó. Ahora la pintura está arruinada y Olympia lo demanda por daños.

Reparar la carísima pintura del carísimo automóvil de Olympia cuesta el equivalente a 9 meses de salario de Aléxandros. Este hecho constituye *una razón* que contrarresta las otras razones que tiene Aléxandros para reparar los daños causados a Olympia. Nada ha cambiado desde T1. Aléxandros es tan pobre como era, Olympia es tan rica como era y reparar la pintura cuesta tanto como costaba en el momento en que Aléxandros la arruinó. La cláusula *caeteris paribus* es respetada. Sin embargo, las razones que Aléxandros tenía para no dañar en T1 puede que no fundamenten o justifiquen una obligación secundaria de compensar a Olympia en T2, puesto que resultan superadas por el hecho de que la indemnización es simplemente demasiado severa y opresiva para él. Responsabilizar a Aléxandros por esa cantidad de dinero seguramente reduciría su libertad mucho más de lo que la pérdida no compensada afectaría la libertad de Olympia. Después de todo, con lo que Aléxandros gana en 9 meses, Olympia puede que no llegue a pagar más que las propinas de los restaurantes que visita durante una semana. Si los agentes morales han de ser tratados con igual consideración y respeto, podría argumentarse, imponer una carga tan tremenda sobre Aléxandros solo para evitar una pequeña molestia (en términos relativos) a Olympia parece injustificado¹⁸.

La objeción, podría decirse, consiste en señalar que desde la perspectiva del derecho de daños no se entiende que la compensación *usualmente* está justificada después del incumplimiento del deber de no dañar. El discurso de las razones que estamos analizando, en cambio, apunta en esa dirección. Después del incumplimiento, la compensación es *en general* una manera de conformarnos a las razones origi-

¹⁸ Este argumento está en consonancia con la impresión de MacCormick (1982, 218) de que la obligación de reparar depende, entre otras cosas, de la capacidad de pago.

nales que teníamos, y deberíamos actuar sobre la base de esas razones que nos orientan a reparar el daño causado; por supuesto, en la medida en que todo se mantenga constante. Pero, en el ámbito jurídico, la compensación es una obligación. *Jurídicamente*, el hecho de que Aléxandros haya dañado a Olympia es una razón para compensarla y *también* una razón para no actuar sobre la base de otras razones que recomiendan no reparar el daño causado (como el hecho de que la compensación sería demasiado severa u opresiva para Aléxandros, y que el daño supone una molestia mínima para alguien tan rico como Olympia)¹⁹.

El argumento de Gardner tiene éxito en mostrar que las razones que subyacen a la obligación primaria *usualmente* no se extinguen con el incumplimiento de la obligación. Sin embargo, explicar la conexión normativa entre las obligaciones de primer y segundo orden requiere mostrar también que las razones que justifican la obligación de primer orden (de no dañar) en T1 justifican el deber de segundo orden (compensar) en T2. Y ello solo ocurre si las razones que justifican la obligación primaria en T1 *subsisten y mantienen su peso o fuerza* en T2, luego del incumplimiento. Como hemos visto, este no siempre es el caso. Es posible pensar algunos ejemplos en que las razones que justifican el deber en T1 no tengan ningún peso en T2. Al no tener ningún peso, dejarían de ser verdaderas razones y la tesis de la continuidad sería falsa. Otra posibilidad es considerar que las razones que tenían el peso suficiente para justificar la obligación primaria de no dañar en T1, aun cuando sigan existiendo como razones para la acción en T2, simplemente carezcan del peso suficiente para justificar la obligación secundaria de indemnizar. El ejemplo que he ofrecido puede ser interpretado de esta segunda forma, pero cualquiera de ellas es suficiente para rechazar la tesis de la continuidad²⁰.

¹⁹ Para estar en consonancia con Gardner, utilizo aquí la idea de obligación como razón protegida de Joseph Raz (1979, 17).

²⁰ Una posible réplica que me fue sugerida por Gardner consiste en señalar que, dado que Olympia es extremadamente rica, el daño que Aléxandros le causa es insignificante para ella. Siendo esto así, tal vez Aléxandros tenga solo una *razón* muy débil para no dañarla en su propiedad... una razón tan débil que resulte incapaz de justificar un *deber* primario de no dañarla. Entonces, si no tiene el deber de no dañarla en T1, *a fortiori*, no puede tener un deber *secundario* o derivado de compensarla en T2. Este argumento es interesante, pero a mi juicio tiene dos problemas serios. Primero, el discurso de las razones que Gardner emplea se aleja demasiado del discurso de la responsabilidad civil, conforme con el cual lo único que importa es si Aléxandros vulneró o no un derecho de Olympia. El hecho de que la vulneración del derecho tenga consecuencias materiales que Olympia considera nimias no obsta a que el derecho imponga un deber de no dañar y, ante su incumplimiento, ordene una compensación por el daño causado (una compensación a la cual Aléxandros está obligado y a la cual Olympia puede renunciar si lo desea). En casos como estos, que son puramente patrimoniales, la responsabilidad civil solo mira la infracción del derecho y el valor material del daño, no si el daño afecta o no el bienestar de la víctima de manera significativa, ni si en términos relativos el perjuicio es importante. En segundo lugar, esta respuesta es marcadamente contraintuitiva. Aléxandros desconoce al momento de

En conclusión, desde T1 hasta T2 tal vez haya una continuidad en las razones, aunque no necesariamente una continuidad en su peso. Sin continuidad en el peso de las razones, la tesis de la continuidad es incapaz de mostrar el valor del remedio bilateral en términos de su contribución al valor que justificaba el deber primario infringido.

5. EL VALOR DE LA RESPONSABILIDAD INTERPERSONAL

En los últimos años, la teoría del recurso civil (*Civil Recourse Theory*) elaborada por John Goldberg y Benjamin Zipursky ha ganado bastante notoriedad²¹. Es discutible si esta teoría ofrece una genuina alternativa a las teorías de la justicia correctiva, o si solo constituye una versión particular de ellas. En mi opinión, la cuestión es irrelevante²². Se trate o no de una nueva concepción de la justicia correctiva, a diferencia de los argumentos repasados hasta el momento, los presupuestos filosóficos de la teoría del recurso civil ofrecen una imagen más robusta de la responsabilidad interpersonal. Tal vez allí podamos ubicar el valor intrínseco de la responsabilidad civil.

Retomando el problema, los teóricos de la justicia correctiva afirman que un abordaje no-bilateral de la interacción injusta no deshace realmente la injusticia, ya que la justicia privada no solo exige que las personas se respeten mutuamente sus derechos sino que luego de la infracción sea el agente dañador quien responda ante la víctima. En los esquemas no-bilaterales o centralizados nunca el agente dañador es responsable *ante* su víctima, y la víctima no puede reivindicar su derecho *frente* al agente dañador. Es por ello que una combinación de sanciones y compensación resulta insuficiente a los fines de la *justicia entre las partes*. Ahora bien, ¿cómo puede fundamentarse esta postura sin depender completamente de algunas de las ideas criticadas hasta

actuar cuán importante es para Olympia su propiedad. Asimismo, sabe que puede evitar el daño sin incurrir en coste económico alguno (solo debe omitir apoyarse sobre la puerta). Finalmente, puede apreciar que el Rolls Royce es un automóvil de lujo y que, dada su condición económica, será incapaz de compensar cualquier daño que le cause. Habida cuenta de todo, parece que Aléxandros tiene razones para no dañar más poderosas que las que tiene cualquier otra persona con dinero suficiente para indemnizar a Olympia por el daño causado. Justamente, una vez que Aléxandros daña, sabe que nada podrá hacer en T2 para compensar a Olympia. Ello debería reforzar sus razones para adoptar las medidas necesarias para no dañar que, reitero, no tienen valor económico en este caso.

²¹ Véanse los excelentes debates compilados en la *Florida State University Law Review*, Vol. 39 (1), 2011; y la *Indiana Law Journal*, Vol. 88 (2), 2013.

²² Goldberg y Zipursky siempre han insistido en que su teoría difiere de manera importante de las teorías de la justicia correctiva. Weinrib, en una opinión también compartida por otros autores, ha dicho con contundencia que «en lo esencial, el recurso civil es justicia correctiva». Confío en que los puntos de desacuerdo entre ambas teorías (sean reales o aparentes) tengan escasa incidencia, si acaso, para el argumento que aquí elaboro. Véase Weinrib (2011, 297).

ahora? El remedio bilateral no puede ser justificado sobre la base de que resulta necesario para dar sentido a los derechos individuales que nos permiten interactuar, relacionarnos y desarrollar planes de vida complejos, que necesitan la cooperación de otros, pues es imaginable que esto pueda lograrse con remedios no-bilaterales. Tampoco puede argumentarse que solo un remedio bilateral es capaz de rectificar el desequilibrio normativo producido por la interacción dañosa, ya que las ganancias y pérdidas normativas puede ser eliminadas con instituciones distintas de la responsabilidad civil. ¿Qué queda, entonces?

Una posibilidad es afirmar, siguiendo a Goldberg y Zipursky, que los ilícitos extracontractuales son injustos relacionales (o privados). Como indican estos autores, la forma de un injusto relacional es «Para todo x y para todo y , x no debe hacer A a y ». Una vez que un x hace A a un y , entonces, el x queda sujeto a la potestad normativa que la responsabilidad civil confiere a y ; una potestad de sujetar a responsabilidad al demandado, de llamarlo a responder. Este es el sentido en el cual el derecho privado es *privado*: confiere a las víctimas un poder normativo, que ellas pueden ejercer discrecionalmente, contra el agente dañador (Goldberg y Zipursky, 2010, 945-947). La comisión de un injusto deja al demandado en una posición de vulnerabilidad ante su víctima, y solo ante ella. El Estado simplemente «confiere a las víctimas la potestad de exigir un resarcimiento si así lo desean» (Goldberg y Zipursky, 2014, 27).

Esta sin duda es la manera en que la responsabilidad civil reacciona al daño causado injustamente. Pero, ¿qué justifica esta reacción? Goldberg y Zipursky (2014, 28) postulan que la implementación de un sistema de responsabilidad civil es un *deber político* del Estado respecto de sus ciudadanos. La idea es que el Estado priva originalmente a las personas del derecho o privilegio natural de reaccionar al maltrato por parte de otros en pos de la convivencia pacífica y civilizada; no obstante, como contrapartida, debe ofrecer alguna vía alternativa, en concreto un recurso civil contra el agente dañador.

Analicemos con cuidado la idea de que implementar un sistema de responsabilidad civil es un deber político del Estado. Este deber nace presuntamente del hecho de que el Estado prohíbe a los ciudadanos tomar la justicia en sus propias manos. Pese a todo, no me resulta en absoluto claro que del deber de ofrecer un recurso a los ciudadanos pueda derivarse la obligación de implementar un sistema de responsabilidad civil, en lugar de otras alternativas. ¿De dónde surge en verdad el deber de instaurar un recurso específicamente dirigido contra el agente dañador? Es decir, ¿cómo se pasa del deber de implementar algún mecanismo para obtener un resarcimiento a reconocer a la víctima una potestad jurídica de sujetar a responsabilidad al demandado? Sin duda, el argumento requiere de premisas adicionales.

Estas consideraciones adicionales tal vez puedan rastrearse en las ideas de Stephen Darwall sobre las obligaciones bipolares, que ofre-

cen un buen fundamento normativo para la teoría del recurso civil²³. En lo que aquí interesa resaltar, las obligaciones morales suponen una forma de responsabilidad mutua entre personas iguales. Ello a su vez implica «una autoridad igual para dirigirse pretensiones y exigencias el uno al otro»²⁴. La forma de responsabilidad y autoridad expresada en el derecho privado se ajusta al patrón de las obligaciones debidas a otros, en contraste con las obligaciones *a secas*. Por supuesto, toda obligación debida a otro es una obligación *a secas*, pero dejaré de lado la relación entre ambos tipos de obligaciones. Solo señalaré que las obligaciones debidas a otros se caracterizan porque su incumplimiento daña específicamente a la víctima, y es la víctima quien goza de una autoridad individual de llamar a los obligados a que respondan ante ella. El ejercicio de esta autoridad individual depende exclusivamente de su voluntad (Darwall y Darwall, 2011, 17 y 24).

En esta clave, la responsabilidad civil puede interpretarse como una implementación de estas ideas básicas respecto de las obligaciones y responsabilidades mutuas. La idea de responsabilidad y autoridad mutua reafirma la igual consideración y respeto que nos debemos unos a otros. En este sentido, los daños causados a otros son una manera de faltar el respeto, y las demandas de responsabilidad civil son una manera «respetuosa de exigir respeto» (Darwall y Darwall, 2011, 20). La responsabilidad civil realiza este valor incluso cuando el demandado oponga resistencia a la demanda. Aunque inicialmente niegue los hechos, emplee estrategias dilatorias, ofrezca un arreglo extrajudicial que está por debajo del daño efectivamente causado y, en última instancia, pague a regañadientes, aun en estos casos, el demandante habrá ejercido su potestad jurídica de sujetar a responsabilidad al demandado. El reconocimiento institucional del poder de la víctima de sujetar a responsabilidad al agente dañador, correlativo con la vulnerabilidad de este último en relación con la víctima, ya expresa la idea de respeto mutuo. Y esto resulta a su vez necesario para que el derecho civil reconozca institucionalmente la *dignidad* de las personas. La dignidad no solo nos impone un conjunto de exigencias respecto de cómo debemos tratar a otros, sino que también conlleva la autoridad para exigir de otros el mismo trato respetuoso sujetándolos a responsabilidad. Los sistemas bilaterales permiten a quienes han sido dañados reclamar al demandado un trato digno, compatible con su estatus de *persona* (Darwall, 2006, 13-14 y 33).

²³ En la contribución de Stephen Darwall y Julian Darwall al volumen de la *Florida State University Law Review*, citado más arriba, los autores señalan: «En nuestra opinión, la teoría del recurso civil refleja una verdad importante sobre la estructura de las obligaciones jurídicas relacionales o bipolares, que entendemos son el tipo que normalmente concierne a la responsabilidad civil, a saber, que las víctimas dañadas por la violación de obligaciones bipolares *debidas a ellas* están en una posición característica, que no comparten ni los terceros ni la comunidad en su conjunto, de sujetar a responsabilidad a quienes las dañaron» (2011, 19).

²⁴ Véase Darwall y Darwall, 2011, 17 y 24.

Desde esta perspectiva, ante la prohibición de la justicia por mano propia, existen razones para que el Estado cumpla con su deber político de brindar alternativas de reclamación implementando un sistema de responsabilidad civil, antes que cualquier otro mecanismo centralizado. Solo un sistema de responsabilidad civil es capaz de expresar la estructura normativa de las interacciones entre personas libres e iguales. Los mecanismos no-bilaterales de sanción y compensación en operaciones independientes sin duda, pueden neutralizar las pérdidas y ganancias normativas, y seguramente pueden eliminar las pérdidas y ganancias fácticas. Sin embargo, son incapaces de subsanar la *falta de respeto* y ofrecer un reconocimiento significativo de la dignidad de las personas. Los sistemas bilaterales, en cambio, son especialmente apropiados para lidiar con este aspecto del injusto, en tanto permiten a las víctimas exigir del agente dañador el respeto que merecen como personas iguales. A la vez, dan ocasión para que el agente dañador reconozca el maltrato al que sometió al demandante, y que haga algo al respecto²⁵.

De esta manera, hemos llegado poco a poco a una visión más amplia de la justicia entre las partes, más cercana a la defendida por las concepciones reconciliatorias (o restaurativas) de la justicia correctiva. Esta visión sugiere que la compensación monetaria es solo una parte de la reparación y la subsanación de la falta de respeto que constituye el daño. La rehabilitación del respeto mutuo puede requerir un conjunto de medidas, entre las que podríamos incluir las disculpas, el compromiso de no reiterar el comportamiento dañoso en el futuro o los intentos por restablecer la reputación de la persona afectada en su comunidad (Radzick, 2014, 236, 240). Dicho de otro modo, tal vez las versiones más defendibles de la justicia correctiva deban incorporar los presupuestos normativos de la responsabilidad y autoridad mutua explicitados en las ideas de Darwall²⁶. En efecto, como siempre ha enfatizado Weinrib, lo importante es el vínculo normativo «uno a uno» que establece la justicia correctiva después de que la víctima sufre un injusto a manos del demandado.

Si el argumento que he expuesto es plausible, entonces, hay un valor intrínseco en hacer justicia correctiva, es decir, en implementar remedios bilaterales tal como hace la responsabilidad civil²⁷. La justi-

²⁵ Imaginemos, como David Enoch (2014, 253), un sistema de compensación social como el neozelandés al que le agregamos la obligación de pedir disculpas a cargo del agente dañador. ¿Tendría este mecanismo un valor equivalente al de la justicia correctiva en términos del restablecimiento del respeto mutuo? En mi opinión no. Más allá de que las disculpas obligadas pueden perder parte de su sentido, un arreglo institucional semejante no permite a la víctima sujetar a responsabilidad al agente dañador. El respeto mutuo es una cuestión de igual estatus entre las personas, y solo la justicia interpersonal puede lograr eso.

²⁶ Para una opinión en contra, véase Ripstein, 2016, 14-18.

²⁷ Para unas intuiciones contrarias, véase Zimmerman (1994, 450) y Kagan (1988, 293). En mi opinión, ninguno de estos autores toma suficiente en serio el valor del restablecimiento del respeto mutuo.

cia correctiva aporta algo que los mecanismos de responsabilidad (o sanción) y compensación son incapaces de proveer. Pero, ¿es esto lo único que cuenta? Una pregunta de moralidad política sigue siendo qué clase de respuesta institucional debemos tener para los daños que nos causamos unos a otros. ¿Es suficiente el valor intrínseco de la justicia correctiva para obligar al Estado a implementar un sistema de responsabilidad civil? Hay razones para pensar que el hecho de que el remedio bilateral exprese cierta forma de responsabilidad mutua y respeto por la dignidad de otros es insuficiente; indudablemente, hay otro conjunto de consideraciones que también deberían tomarse en cuenta.

Asumamos con Weinrib que los mecanismos no-bilaterales dejan la injusticia sin corregir. De ahí se sigue que incluso un mundo en el cual el agente dañador es responsabilizado (supongamos mediante multas u otro tipo de sanciones) y la víctima es indemnizada (mediante un fondo de compensación social) es un mundo normativamente defectuoso. Aun así, podemos evaluar los distintos mundos posibles según su lejanía o proximidad con el mundo en que se hace justicia correctiva. El ideal luego de una interacción dañosa, entonces, es la responsabilidad y compensación bilateral de la justicia correctiva. Luego, dentro de los mundos *defectuosos*, tenemos:

- 1) Responsabilidad y compensación en operaciones independientes;
- 2) No responsabilidad y compensación;
- 3) Responsabilidad y no compensación; y
- 4) No responsabilidad, ni compensación.

Creo que podemos acordar que esta sería la ordenación más razonable de los distintos estados del mundo que no satisfacen la justicia correctiva. Podríamos tener alguna duda sobre la ordenación de 2) y 3), ya que ninguno logra responsabilizar y compensar a la vez. Pero creo que existen buenas razones para priorizar la compensación antes que la responsabilidad, en tanto es más urgente hacer algo para morigerar el sufrimiento de las víctimas antes que por responsabilizar a los agentes dañadores²⁸.

Si estamos de acuerdo con esto, parece difícil negar que la decisión firme de implementar la justicia correctiva puede llevarnos frecuentemente al mundo 4), en el cual no hay responsabilidad y, naturalmente, tampoco compensación para la víctima. Ello es así porque el remedio bilateral requiere que el demandante sea capaz de identificar al agente dañador en concreto, argumentar que satisface los fundamentos de la responsabilidad y probar los hechos relevantes. Ello supone que el reclamo de compensación del demandante puede verse truncado en una amplia gama de supuestos. Algunas fuentes de frustración del reclamo son *internas* al litigio: a) incertidumbre sobre la causalidad

²⁸ Coleman, 2013, 172.

individual; b) incertidumbre sobre los estándares de diligencia; c) incapacidad para producir la prueba suficiente según el estándar de prueba relevante, etc. Otras fuentes de frustración del reclamo son *externas*. Dado que, desde el punto de vista de la justicia correctiva, las personas son libres e iguales solo formalmente, en el mundo real tendremos demandantes que: a) ignoran sus derechos; b) no tienen capacidad económica para iniciar o financiar el litigio hasta el final y aceptan arreglos extrajudiciales claramente desventajosos; o c) fueron dañadas por agente dañadores insolventes, etc. En todos estos casos, la aspiración de realizar la justicia correctiva deja la justicia sin realizar²⁹. Y los efectos de esto sobre la autonomía son graves, en la medida en que las víctimas contarán luego de la interacción con menos recursos para llevar adelante su plan de vida, sin que esta disminución de capacidades sea consecuencia de sus propios actos, es decir, sin que sea *su* responsabilidad³⁰.

Visto de este modo, la implementación de la justicia correctiva es un negocio riesgoso, ya que el fracaso en responsabilizar supone un fracaso en obtener una compensación. En contraste, un mecanismo centralizado, en el cual se aborda la compensación y la responsabilidad de manera separada, hace posible que el Estado fracase en responsabilizar, sin que ello implique para la víctima una frustración de su derecho a ser compensada. Los mecanismos centralizados brindan una protección mucho más amplia para las víctimas en los aspectos relacionados con su bienestar, aunque el precio a pagar es la renuncia a la subsanación de la falta de respeto. En breve, los remedios no-bilaterales sacrifican el valor intrínseco de la justicia correctiva. ¿Es este sacrificio tan grande?

No pretendo aquí brindar un argumento concluyente a favor de los mecanismos no-bilaterales. Más que nada, me interesa mostrar que el argumento a favor de la responsabilidad civil no es claramente concluyente. Si lo único que puede invocarse a favor de los sistemas de responsabilidad civil es que brindan la posibilidad de exigir respeto por parte de los agentes dañadores, y dan a estos últimos la oportunidad de expresar ese respeto mutuo, todo dependerá de cuánto se valore este modo de operar sobre la injusticia relacional y de cuán factible sea para todos los afectados (incluso las personas más desaventajadas en la sociedad) demandar exitosamente a quienes los han dañado y obtener esta clase de resarcimiento. A fin de cuentas, en un mundo en el cual la responsabilidad civil no siempre es equitativa con los grupos

²⁹ Los estudios de análisis económico del derecho aportan una buena perspectiva respecto de los límites de la ejecución privada y también acerca del problema de la solvencia de las partes. Véase Miceli, 2004, 284 y ss.

³⁰ Como afirma Ripstein (2004, 1813): «No tiene sentido decir que alguien es responsable por lo que hace con su vida si lo que resulta de su vida depende de maneras incorrectas de los actos de otros, ya sea porque se le hacen soportar costes que pertenecen a otros o porque se le libera de los costes que impone a los demás».

desaventajados³¹, la opción que tenemos ante nosotros es: 1) intentar garantizar una compensación material, sin un mecanismo que restablezca el respeto mutuo; o 2) intentar una compensación material y el restablecimiento del respeto mutuo, a riesgo de que una parte considerable de las víctimas no logren ni compensación material, ni un reconocimiento de su dignidad por parte del agente dañador.

En suma, la justicia correctiva no parece ser manifiestamente preferible a otros mecanismos alternativos no-bilaterales que permitirían a la víctima cobrar su indemnización simplemente mostrando que el daño padecido es injustamente sufrido. Pues no es fácil advertir la ventaja de implementar un sistema de *justicia privada* cuando el efecto de esta *justicia* es que en una buena cantidad de situaciones la víctima no logrará una reivindicación de su derecho (ni privada, ni de ninguna clase). Tal vez, un buen balance entre todos los valores en juego pueda conseguirse mediante fondos de compensación que actúen subsidiariamente en ciertos casos bien definidos, como los daños causados por agentes no identificados o insolventes. Esta posibilidad, que en alguna medida está vigente para los accidentes de circulación en España (véase la introducción), parece conciliar la necesidad de reconocer la justicia privada, logrando el restablecimiento del respeto mutuo, y de prestar asistencia a las víctimas de daños injustos.

6. CONCLUSIÓN

Son muchas las maneras en que podemos resolver el problema de los daños que nos causamos unos a otros; pero, básicamente, hay dos modelos puros que en la realidad suelen estar combinados. En un modelo centralizado o intervencionista la indemnización de las víctimas es asumida por un fondo común de compensación. La prioridad de estos sistemas es minimizar el impacto de los accidentes en el bienestar de las personas. En un modelo descentralizado o no intervencionista, en cambio, el Estado se limita a ofrecer asistencia para que las víctimas busquen un resarcimiento directamente del agente que las dañó. A diferencia de lo que ocurre con los sistemas centralizados, cuyos propósitos son más bien obvios, se ha generado una gran controversia en la literatura sobre la justificación de los sistemas descentralizados de responsabilidad bilateral.

Actualmente hay dos teorías dominantes: el análisis económico del derecho y las teorías de la justicia correctiva³². Según el análisis eco-

³¹ Para una fuerte crítica que señala el carácter regresivo de la responsabilidad civil actual, véase Keren-Paz, 2007.

³² Aunque cada vez son más influyentes los modelos pluralistas que niegan la posibilidad de encontrar un único principio capaz de explicar todos los aspectos relevantes del fenómeno de la responsabilidad civil. Véase, entre muchos otros, England, 1995; y, más recientemente, Hershovitz, 2017.

nómico del derecho no hay ninguna razón de *principio* para implementar un sistema de responsabilidad civil. Ella estará justificada si logra un nivel óptimo de disuasión, y no lo estará en caso contrario. La relación entre la responsabilidad civil y el objetivo de la disuasión óptima es puramente instrumental. En contraste, para los partidarios de la justicia correctiva la responsabilidad civil es un fin en sí mismo. Tiene un valor moral que se perdería si optásemos por un sistema centralizado. Pese a ello, determinar cuál es ese valor no resulta nada fácil. Autores como Weinrib, Ripstein o Gardner entienden, aun con sus diferencias, que los sistemas de responsabilidad civil implementan un esquema de derechos, deberes y responsabilidades que regulan las relaciones privadas. Genéricamente, la idea es que si Aléxandros causa un daño a Olympia, el propio orden normativo que regía sus relaciones antes del injusto mantiene su validez después del injusto, lo que implica que el remedio reproduce la estructura bilateral de la interacción: cualquier pretensión normativa que Olympia tenía respecto de Aléxandros conserva su fuerza después del daño y da lugar a un remedio en concreto, y todo deber que Aléxandros tenía respecto de Olympia sigue ofreciendo una guía de conducta orientada al restablecimiento de la situación injustamente alterada. Si mis argumentos son correctos, esta reconstrucción que asume una continuidad normativa entre derechos (o deberes) y remedios jurídicos es más un dogma que una justificación genuina de la práctica de la responsabilidad civil.

Por mi parte, he argumentado que el valor de la responsabilidad interpersonal puede hallarse en el restablecimiento del respeto mutuo entre personas libres e iguales, pero este valor en muchas ocasiones también puede ser insuficiente para fundamentar de manera concluyente la responsabilidad civil. Una gestión adecuada de los daños que nos causamos unos a otros probablemente exija establecer alguna cobertura mayor que la ofrecida por la responsabilidad civil. Ello en tanto es esperable que su normal funcionamiento deje sin protección a un buen número de víctimas de accidentes; en definitiva, probablemente sea necesaria una cobertura subsidiaria, dada por un fondo social de compensación, capaz de contrarrestar las fuentes de frustración del reclamo indemnizatorio descritas en el apartado anterior. Esta sería una manera de corregir las *injusticias* de la justicia correctiva.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BEEVER, A., «Corrective Justice and Personal Responsibility in Tort Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (3), 2008, pp. 475-500.
- COLEMAN, J. L., *Risks and Wrongs*, Oxford, Oxford University Press, 1992. Citado por la traducción de Papayannis, D. M., *Riesgos y daños*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- «Veinte años después», en Papayannis, D. M. (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

- COLEMAN, J. L., y KRAUS, J., «Rethinking the Theory of Legal Rights», *The Yale Law Journal*, 95(7), 1986, pp. 1335-1371.
- DARWALL, S., *The Second-Person Standpoint. Morality, Respect, and Accountability*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.
- «Bipolar Obligation», en Shafer-Landau, R. (ed), Oxford, *Oxford Studies in Metaethics*, Vol. 7, 2012, pp. 333-357.
- DARWALL, S., y DARWALL, J., «Civil Recourse as Mutual Accountability», *Florida State University Law Review*, 39, 2011, p. 17.
- ENGLARD, I., «The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law», en Owen, D. G. (ed.); *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- ENOCH, D., «Tort Liability and Taking Responsibility», en Oberdiek, J., *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- FEINBERG, J., «The Nature and Value of Rights», *The Journal of Value Inquiry*, 4(4), 1970, pp. 243-260.
- FINKELSTEIN, C., «Is Risk a Harm?», *University of Pennsylvania Law Review*, 151 (3), 2003, pp. 963-1001.
- GARDNER, J., «What is Tort Law For? Part I. The Place of Corrective Justice», *Law and Philosophy*, 30, 2011, pp. 1-50.
- «Corrective Justice, Corrected», *Diritto e Questioni Pubbliche*, 12/2012, pp. 8-37, citado por la traducción de Rapetti, P. A., «La justicia correctiva, corregida», Papayannis, D. M. (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013.
- GOLDBERG, J. C., y ZIPURSKY, B. C., «Torts as Wrongs», *Texas Law Review*, 88, 2010, p. 917.
- «Tort Law and Responsibility», en OBERDIEK, J., *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- GUASTINI, R.; *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- HERSHOVITZ, S., «Corrective Justice for Civil Recourse Theorists», *Florida State University Law Review*, 39, 2011, p. 107.
- «The Search for a Grand Unified Theory of Tort Law», *Harvard Law Review*, 130, 2017, pp. 942-970.
- HOHFELD, W. N., «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning», *Yale Law Journal*, 23 (1), 1913, pp. 16-59.
- KAGAN, S., «Causation and responsibility», *American Philosophical Quarterly*, 25, 1988, p. 293.
- KEATING, G., «A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents», en Postema, G. (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 22-71.
- KEREN PAZ, T., *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Hampshire, Ashgate, 2007. Hay traducción al castellano de Perrota, G., *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- LANDES, W., y POSNER, R. A., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987.
- MACCORMICK, N., «The Obligation to Reparation», en MacCormick, *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- MICELI, T. J., *The Economic Approach to Law*, Stanford, Stanford Economics and Finance, 2004.

- OBERDIEK, J., «The Moral Significance of Risking», *Legal Theory*, 18 (3), 2012, pp. 339-356.
- *Imposing Risk. A Normative Framework*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- PAPAYANNIS, D. M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law* (octava edición), Austin et al., Wolters-Kluwer, 2011.
- RADZIK, L., «Tort Processes and Relational Repair», en OBERDIEK, J., *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- RIPSTEIN, A., «The Division of Responsibility», *Fordham Law Review*, 72 (5), 2004, pp. 1811-1844.
- *Private Wrongs*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.
- ROSS, A., *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958. Citado por la traducción de Carrió, G., *Sobre el Derecho y la Justicia*, segunda edición, Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- «Liability for Accidents», en Polinsky, A. M y Shavell, S. (eds.): *Handbook of Law and Economics*, vol. 1. Amsterdam et al., Elsevier, 2007.
- SUGARMAN, S. D., «Doing Away with Tort Law», *California Law Review*, 73(3), 1985, 555-664.
- TODD, S., «Accident Compensation and the Common Law», en Todd et al. (eds.), *The Law of Torts in New Zealand*, 7.^a edición, Thomson Reuters, 2016.
- WEINRIB, E., *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press. Citado por la traducción al español de Paez, E., *La idea de derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- «Civil Recourse and Corrective Justice», *Florida State University Law Review*, 39, 2011, p. 273.
- *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ZIMMERMAN, M. J., «Rights, Compensation, and Culpability», *Law and Philosophy*, 13, 1994, p. 419.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.