

TRES CONCEPCIONES DE LA JUSTICIA CORRECTIVA Y DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*

CARLOS F. ROSENKRANTZ**

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo me ocuparé de la justicia correctiva, más precisamente, de las razones que existen para obligar a compensar¹ los daños causados a bienes de terceros sin el consen-

*Agradezco las observaciones formuladas a borradores anteriores por Ernesto Garzón Valdés, Ricardo Caracciolo, Martín Farrell, Juan Carlos Bayón, Bruce Ackerman, Liam Murphy, Marcelo Alegre, Eduardo Rivera López, Norberto Spolansky y a las innumerables discusiones con Gabriel Bouzat y Jorge Barraguirre. También agradezco a los asistentes a las presentaciones que realizó en New York University, Universidad Torcuato Di Tella y en el seminario anual de Filosofía en Vaquerías, Córdoba. Parte de la financiación para este trabajo fue proporcionada por la Universidad de San Andrés, Argentina.

**Abogado, Primero de Promoción (UBA), Master y Doctor en Derecho (Yale University); Profesor UBA; Profesor Visitante U. de San Andrés, Argentina y Pompeu Fabra, Barcelona; Global Law Professor, New York University.

¹ Hay muchos conceptos distintos de lo que significa compensar. Sin embargo, creo que la reducción que de ellos ha hecho Robert Goodin es apropiada. Goodin sostiene que podemos compensar a los efectos de proveer a la gente con iguales medios para perseguir las mismas fines. Llama a este tipo de compensación "means replacing compensation". Por otro lado, podemos compensar para ayudar a la gente a que persiga otros fines de una manera que los deje en la misma situación subjetiva en la que estarían si no hubiesen sufrido ningún daño. Llama a este tipo de compensación "ends displacing compensation". Entre ambas sugiere que la justicia correctiva debe tender a satisfacer el segundo concepto. Véase, Robert Goodin, "Theories of Compensation", en *Liability and Responsibility*, R.G. Frey Christopher W. Morris (ed), Cambridge University Press, 1991.

timiento de sus respectivos titulares². Estoy convencido de que la respuesta a este problema tiene una enorme implicancia práctica pues determina la forma en que debemos resolver las cuestiones más difíciles del derecho de la responsabilidad extracontractual³. En efecto, la cuestión de si, tal como proponen algunos autores para el caso de daños masivos, debemos compensar por el mero hecho de imponer a otros el riesgo de dichos daños, o la cuestión de si, tal como sucede con el régimen de responsabilidad por accidentes automovilísticos neocelandés, los daños deben ser pagados por partidas provenientes de rentas generales y no por quien los causó, sólo pueden resolverse recurriendo a las razones que en última instancia justifican la obligación de compensar.

En las secciones VII y subsiguientes de este trabajo ofreceré los rasgos esenciales de lo que considero la mejor concepción de la justicia correctiva así como algunos de los problemas que ella presenta. Previamente, en las secciones II y III describiré dos concepciones distintas, la concepción económica y la concepción retributiva. En las secciones V y VI criticaré a ambas. Por último, en la sección XII concluiré con algunas reflexiones de carácter general referidas a los problemas esencialmente jurídicos.

II. LA CONCEPCIÓN ECONÓMICA

Muchos autores contemporáneos han adoptado un criterio eminentemente económico para decidir qué daños deben ser soportados por las víctimas, y cuáles compensados por quienes los han causado⁴.

² Si bien es posible dañar a otro con su consentimiento este problema es mejor analizado a la luz de la justicia contractual.

³ Esta cuestión ha sido postergada en las discusiones filosóficas. Aristóteles se ocupó largamente de las cuestiones (véase, Aristotélis, *Nicomachean Ethics*; Weinrib, Ernest J., "Aristotle's Forms of Justice", *Ratio Juris*, Vol. 1, pág. 80, 1988; Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard U. Press, págs. 313 y sigs., 1990). Pero entre los modernos tampoco atención nunca fue prodigada. Los mejores esfuerzos se dirigieron a resolver los problemas de la justicia distributiva y retributiva.

⁴ Muchos han sostenido que la concepción económica comenzó con el famoso artículo de Ronald Coase "The Problem of Social Cost" (*The Journal*

Sostienen que las reglas de la responsabilidad extracontractual deben ser concebidas como instrumentos al servicio de la eficiencia. Afirman, además, que la eficiencia debe ser entendida a la Kaldor-Hicks, concluyendo que una sociedad, una institución o una norma jurídica es más eficiente que otra siempre que los que se benefician con dicha sociedad, institución o norma jurídica, ganan más de lo que pierden quienes se perjudican con ella².

Para quienes no se encuentran familiarizados con las posiciones sustentadas por estos autores no será fácil advertir cómo solucionar la cuestión de quién debe compensar qué daños a los efectos de lograr la eficiencia. Sin embargo, los principios que estos autores proponen son claros. Veamos primero como reinterpretan el concepto de la "culpa" extracontractual.

Suponga que A causa un daño d a B mediante la acción p. Suponga que B inicia un juicio para obtener la compensación correspondiente de A. La cuestión debatida en dicho juicio es quién, A o B, debe cargar con el daño d³.

Los partidarios de concepciones económicas de la responsabilidad sostienen que esta cuestión debe resolverse de la siguiente manera: para saber si A debe cargar con el daño hay que saber si A actuó con culpa. Pero la culpa del agente causal no debe ser entendida de la manera tradicional. Por el contrario, para saber si hay culpa, hay que investigar, primero, la probabilidad de que la acción p de A cause d; segundo, la gravedad de d y, tercero, el costo que implica para A las precauciones adecuadas para prevenir d.

of Law and Economics, 3, 1960). Así, Bisbal, Joaquín, introducción a la edición castellana del *Costo de los Accidentes* de Guido Calabresi, Ariel, Barcelona, 1984. Mi impresión es que Coase se limitó a señalar una particularidad del funcionamiento de los mercados a la que el *welfare economic* no había prestado suficiente atención: la irrelevancia de la asignación de derechos para determinar las consecuencias de un determinado resultado social en condiciones de mercados ideales sin costos de transacción.

² Véase Coleman, Jules, "Efficiency, utility and wealth maximization" en *Markets Morals and the Law*, Cambridge U. Press, págs. 95 y sigs.

³ Véase Posner, Richard, "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, Vol. 29, 1972; *Economic Analysis of Law*, Little Brown, 1977, págs. 122 y sigs.

El principio que estos autores adoptan, siguiendo el dictum de una famosa sentencia del juez Learned Hand en el caso *United States vs. Carroll Towing Co.* (159 F. 2d. 169-1947), es el siguiente: si el costo de las precauciones adecuadas para prevenir d hubiese sido menor que el costo de d , descontado por la probabilidad de que d ocurra, la conducta de A debería considerarse "culpable o negligente" y, por lo tanto, A debería compensar a B por los daños que le causó.

La razón por la que la noción de culpa debe ser reinterpretada y, por consiguiente, la cuestión de la responsabilidad de A por los daños que causó debe ser decidida tomando en cuenta el costo de evitar la conducta dañosa es que ello garantiza la eficiencia. Ello así por dos razones. En primer lugar, la reinterpretación garantiza que cuando la única manera de evitar los daños es abstenerse de la conducta en cuestión, A nunca deberá abstenerse de realizar dicha conducta si ella beneficia más a A de lo que perjudica a B lo que, de acuerdo con la definición más arriba mencionada, es una solución eficiente. En segundo lugar, en la hipótesis de que para evitar los daños a B no haga falta abstenerse de realizar la conducta en cuestión sino sencillamente adoptar determinadas precauciones, A nunca deberá adoptar las precauciones que le causan más perjuicios a A que los beneficios que dichas precauciones le reportan a B, lo que también es una solución eficiente.

Pero las recomendaciones de estos autores no se agotan en la reinterpretación del concepto de la "culpa extracontractual". Sostienen, además, que en virtud de que los daños pueden ser prevenidos tanto por el agente causal del daño como por la víctima, a los efectos de adoptar la solución más eficiente para el caso, es decir la solución en la que quienes se benefician ganen más que lo que pierden quienes se perjudican, es preciso incluir un principio jurídico adicional.

Este principio, llamado el principio del "cheaper cost avoider" o del evitador más barato de costos, dispone que en los casos en que tanto el agente causal del daño como la víctima del mismo pueden evitar el accidente, mediante precauciones cuyos costos son menores que el costo del accidente descontado por la probabilidad de su ocurrencia, debería cargarse la responsabilidad del accidente a aquel de los dos que lo puede evitar en forma más económica.

Así, suponga que A causa un daño d a B mediante la

conducta p que reporta a A una utilidad de 30. Suponga que la probabilidad de ocurrencia de d es 0,5, su magnitud es 20, las precauciones que A debería tomar al realizar la conducta p para evitar d equivalen a 8, mientras que las precauciones con las que B podría evitar el accidente equivalen a 2. No obstante que ambos deberían ser considerados culpables, en virtud de que la reconstrucción del concepto de "culpa" más arriba referido, sólo B debería cargar con el costo del accidente pues B , y no A , es quien lo puede evitar en forma más económica. La solución eficiente es que B , y sólo B , cargue con los daños pues esa es la manera en que los que ganan con la solución del problema ganen más que lo que pierden quienes pierden.

En efecto, si A fuese obligado a compensar a B ganaría 22. Dado que el costo de las precauciones es menor que el costo del daño descontado por la probabilidad de su ocurrencia A gastaría 8 en precauciones, los que descontados de la utilidad de 30 que le reporta el daño resultan en su ganancia de 22. B no gastaría nada pues no sufriría el daño ni invertiría en prevención. Si, por el contrario, B fuese obligado a cargar con su daño A no invertiría en prevención, por lo que su ganancia de 30 se mantendría inalterada. B , por su parte, perdería sólo 2, que los invertiría en prevención dado que los costos de prevención son menores que el costo del daño por la probabilidad de su ocurrencia. Si comparamos lo que gana cada uno en cada una de las soluciones posibles vemos que si B fuese obligado a cargar con el daño, A ganaría 8 mientras que B perdería 2. Si A fuese obligado a compensar el daño A perdería 8 mientras que B ganaría sólo 2. Como 8, la ganancia de A cuando B carga con el daño, es mayor que 2, la ganancia de B cuando A tiene la obligación de compensar, la solución que B cargue con su daño es más eficiente que la alternativa.

Llamaré a la concepción de la justicia correctiva delineada por las ideas anteriores, "la concepción económica" (En adelante CE)⁷. Los autores más importantes de esta tradición

⁷ Jorge Bustamante es un autor que en la Argentina se ubica en esta tradición económica. Véase, Bustamante, Jorge Eduardo, "Análisis Económico de la Responsabilidad Civil" en *Responsabilidad por Daños, Homenaje a Jorge Bustamante Aizúa*, Abeledo, Buenos Aires, 1990.

son Richard Posner, Profesor de la Universidad de Chicago y Juez de la Cámara Federal, y Guido Calabresi, Profesor de la Universidad de Yale y ahora también Juez de la Cámara Federal⁸. Las revistas en las que usualmente se discuten sus

⁸ Las particularidades del enfoque de Calabresi merecen las siguientes aclaraciones. En primer lugar, para Calabresi los costos de los accidentes no son solamente los costos ocasionados a la víctima del mismo, a los que llama "costos primarios". Los accidentes acarrearán costos adicionales, como los ocasionados a la víctima por el hecho de que sea ella quien deba cargar con todos los costos del accidente. La idea de Calabresi es que es más costoso que todos los costos del accidente sean cargados por la víctima a que ellos sean distribuidos entre toda la comunidad. Este "plus" en el costo es llamado por Calabresi "costo secundario" del accidente. Por último, los costos derivados de administrar un sistema de imposición de costos de los accidentes constituyen lo que Calabresi llama "costos terciarios". En virtud de lo anterior, Calabresi sugiere distintas medidas para minimizar los costos de los accidentes las que, en muchas ocasiones, determinan un apartamiento de la regla del "evitador más barato de costos". Así, cuando la imposición de la obligación de cargar con los daños al evitador más barato de costos resulta en un aumento de los costos secundarios (por ejemplo, cuando el evitador más barato es un agente —un consumidor— que no puede trasladar el costo del accidente no lo puede trasladar a los precios) es mejor que los costos no sean soportados por él sino por algún otro agente. Dada la relevancia que Calabresi adjudica a los tres tipos de costos, Calabresi sostiene que el accidente debe ser evitado por: a) quien lo puede evitar en forma más económica; b) quien puede asegurarse contra la ocurrencia del accidente en forma más económica; c) quien puede trasladar más fácilmente el costo del error de ser identificado como aquel que puede evitar el accidente en forma más económica. De acuerdo con Calabresi, la víctima debe cargar con el costo del accidente si ella lo puede evitar en forma más económica que quien lo causó, salvo que quien causó el accidente, no obstante no poder evitarlo en forma más económica, lo pudo haber previsto o lo pudo haber trasladado en forma más económica. Otra particularidad del enfoque de Calabresi es su creencia de que lo que debe hacerse en el caso de daños a bienes de terceros puede depender no sólo de consideraciones basadas en la eficiencia, sino también de cuestiones de equidad, o de otras razones de justicia. Así, considera que la equidad o la justicia pueden ser usadas como consideraciones-veto, es decir consideraciones que impiden que se pierda otro valor que ellas mismas. De todos modos, y a pesar de esta limitación al ámbito en el que la eficiencia es soberana, para Calabresi el propósito central del derecho de los accidentes es un propósito económico consistente en la reducción del costo de los mismos, o dicho más precisamente, en la minimización de la suma del costo de los accidentes con más los costos de evitarlos. Véase, Guido Calabresi, *op. cit.*, nota 4; Guido Calabresi & Douglas Melamed, "Property rules, liability rules and inalienability: one view of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 85 (1972);

posiciones son el *Journal of Legal Studies*, el *Journal of Law and Economics*, etc.

III. LA CONCEPCIÓN RETRIBUTIVA

Otro grupo de autores se opone frontalmente a las ideas anteriores. De acuerdo con ellos la cuestión de qué daños deben ser soportados por las víctimas y cuáles compensados por quienes los han causado es parasitaria de la cuestión si las acciones que causaron los daños han sido correctas o no. Así, debemos compensar las consecuencias de nuestras acciones incorrectas, es decir las consecuencias de las acciones que todas las cosas consideradas no deberíamos haber realizado, mientras que las víctimas deben soportar las consecuencias dañosas de nuestras acciones correctas, es decir las acciones que todas las cosas consideradas no deberíamos haber realizado. Llamaré a la concepción de la responsabilidad delineada por estas ideas "la concepción retributiva" (en adelante CR).

Existen muchas formas distintas de CR como consecuencia de los distintos puntos de vista acerca de lo que debemos entender por la "incorrección" de una acción.

En este sentido, algunos creen que las acciones incorrectas son todas aquellas que, independientemente de ser dañosas o no dañosas, imponen a terceros un riesgo de daño de distinta naturaleza y/o grado que el riesgo que los terceros imponen a quien realiza la acción en cuestión.

George Fletcher⁹ en un trabajo de enorme influencia en todo el ámbito del Common Law, ha sostenido que la responsabilidad extracontractual puede explicarse, y justificarse, en términos de un paradigma de acuerdo con el cual la única razón por la que la víctima de un daño puede aspirar a su compensación, es el hecho de haber sido sometida por el cau-

Guido Calabresi & Jon Hirschoff, "Toward a test for strict liability in torts", *Yale Law Journal*, 81.

⁹ Vasez, Fletcher, George, "Fairness and utility in tort theory", *Harvard Law Review*, 85 (1972). Reimpreso en *Law, Economics and Philosophy*, Mark Kuperberg y Charles Beitz (ed), Rowman & Allanheld, 1983.

sante de dicho daño a un riesgo que ella, a su vez, no impuso al causante, es decir, un riesgo no recíproco. Por el contrario, si el daño fuera la consecuencia de un riesgo de la misma naturaleza y grado que el riesgo que la víctima impone al causante, aquélla no tendría título alguno para la compensación¹⁰. Naturalmente, Fletcher llamó a este paradigma "el paradigma de la reciprocidad".

Otros autores parten de una interpretación distinta de lo que significa la "incorrección" de las acciones. Sostienen que las acciones incorrectas son aquellas que resultan de la violación de un nivel razonable de cuidado y atención por los bienes de los demás, nivel que se construye objetivamente. Un ejemplo de esta visión es la teoría del Profesor de la Universidad de Edimburgo I. MacCormick.

Antes de abordar la posición de MacCormick es necesario establecer una distinción entre dos tipos distintos de concepciones retributivas. Por un lado, concepciones retributivas de acuerdo con las cuales lo que justifica la compensación es la existencia de un vicio en el carácter moral del agente. De acuerdo con este tipo de concepciones retributivas, sólo cuando el agente fuese moralmente reprochable por alguna conducta podría imputársele la obligación de reparar. Este tipo de retributivismo es el que generalmente se asocia con algunas justificaciones de la imposición de penas, como por ejemplo la de Kant. Por otro lado, concepciones retributivas en las que el carácter moral del agente no se tiene en cuenta para imputar la obligación de reparar, considerándose que lo único trascendente es la corrección o incorrección de la acción realizada, objetivamente considerada.

MacCormick¹¹, al igual que Fletcher, no defiende una concepción retributiva del primer tipo. Cree que ningún ar-

¹⁰ Fletcher afirmaba "el principio... (de la reciprocidad)... se expresa en muchas situaciones gobernadas por diversos criterios doctrinales en que la víctima tiene derecho a recobrar los daños causados por un riesgo más grande en grado y diferente en naturaleza de aquellos creados por la víctima e impuestos por ella al demandante" (pág. 353).

¹¹ Véase MacCormick, Neil, "The Obligation to Repair" en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1977-1978. Reimpreso en castellano bajo el título "La Obligación de Reparación" en *Derecho Legal y Socialdemocracia*, Neil MacCormick, Tecnos, Madrid, 1990.

gumento basado en la retribución al carácter del agente puede justificar de manera satisfactoria la obligación de reparar. Ello así pues, en opinión de MacCormick, la obligación de reparar no tiene relación alguna con el carácter malicioso o intencional de las acciones dañosas (pág. 173). Su concepción es una concepción retributiva del segundo tipo.

MacCormick, invocando a Hume, sostiene que el principio en virtud del cual debe imponerse la obligación de compensar es aquel que establece que "cada uno tiene derecho a estar protegido frente a los daños... ocasionados por cualquier pérdida de un nivel razonable de cuidado y atención por parte de cualquier otra persona" (pág. 175). De este modo, de acuerdo con MacCormick, sólo la realización de alguna acción que no tuviera el nivel razonable de cuidado y atención podría justificar la pretensión de reparación de una víctima.

Por último, están quienes afirman que la "incorrección" de una acción es una función del grado de reprochabilidad moral del agente al realizar la acción que causó el daño en cuestión la que, a su vez, depende de si dicha acción fue causada en forma intencional o culpable.

Weinrib, uno de los más prestigiosos autores canadienses, defiende una concepción de este tipo¹². En efecto, a lo largo de lo que considera líneas kantianas de pensamiento, aunque seguramente coinciden con las aristotélicas en este punto¹³, sostiene que sólo cuando la acción de un individuo es de algún modo culpable es decir, manifiesta algún grado de reprochabilidad moral, puede imponérsele la obligación de compensar los daños que causa. En opinión de Weinrib, la imposición de la obligación de compensar los daños causados con independencia de la existencia de culpa o dolo sólo puede hacerse si estamos dispuestos a sostener que debemos compensar los daños causados por fuerzas de la naturaleza pues nuestra contribución al daño es idéntica en ambos casos.

¹² Véase Weinrib, Ernest J., "Toward a Moral Theory of Negligence Law", *Journal of Law and Philosophy* (1983), "Causation and Wrongdoing" en 63 *Chicago-Kent Law Review*, "Legal Formalism" en 97 *Yale Law Review*, pág. 948, "Corrective Justice", *Iowa Law Review*, Vol. 77, n. 2 (1992).

¹³ Aristóteles, como Weinrib, asume que sólo los daños intencionales eran incorrectos. Véase, Feiner, Richard, *op. cit.*, nota 3, págs. 315 y sigs. y Weinrib, Ernest J., *op. cit.*, nota 3.

Cuando producimos un daño sin culpa ni dolo nuestra agencia está ausente del mismo modo que cuando un hecho natural es quien produce dicho daño.

En virtud de las consideraciones precedentes, Weinrib sostiene que no puede aceptarse la responsabilidad objetiva y que debe relevarse de la obligación de compensar a todos los causantes de daños no intencionales.

Las diferencias en lo que se entiende por la "incorrección" de una acción determina diferencias sustantivas. Así, en el caso de que A realiza la acción p que ocasiona un daño d a B y se discute si B debe ser compensado por A, quienes piensan como Fletcher investigarán si A y B pertenecían a la misma comunidad de riesgo, tal que se imponían riesgos de la misma naturaleza y grado o si, por el contrario, eran miembros de comunidades de riesgos diferentes. Si ambos pertenecían a la misma comunidad, A no debería indemnizar a B pues lo que hizo no participa de ninguna característica de las acciones incorrectas. Repárese que para los fletcherianos la cuestión del contenido subjetivo de la acción p de A no es importante. A pudo haber realizado p intencionalmente o no, culpablemente o no. Lo que determina su responsabilidad es un rasgo de la acción objetivamente considerada.

Quienes piensan como MacCormick suscriben criterios diferentes. Para ellos, la cuestión central es el criterio de culpa o negligencia. Investigarán los estándares sociales que determinan los casos en los que faltó un nivel adecuado de prudencia y aquellos donde este nivel fue satisfecho. Tampoco tienen en cuenta el contenido subjetivo de la conducta. No se preocupan por saber si A manifestó mediante la acción p una mala intención, sino si realizó la acción p y al hacerlo violó alguno de estos estándares sociales.

Por último, para quienes piensan como Weinrib lo central es el contenido subjetivo de la conducta. Lo que importa es si A realizó p y dicha realización demuestra que A es una persona con mala intención o que, por lo menos, tuvo mala intención al realizar la acción en cuestión. Por ello, no se preocupan por el riesgo que A le impone a B, ni siquiera por si p es una consecuencia de haberse violado un estándar de cuidado y diligencia, sino por saber si A actuó de la manera característica de las personas reprochables.

IV. LAS DOS CONCEPCIONES Y SUS ATRACTIVOS

Las dos concepciones anteriores son indudablemente atractivas. La CE deriva parte de su atractivo de lo que se ha dado en llamar por sus partidarios "el valor de la riqueza". La idea es que un sistema de responsabilidad civil eficiente donde los costos de los accidentes son evitados por los evitadores más baratos, independientemente de quién sea el agente causal de los mismos, tiende a producir una sociedad con más bienes.

Ello es así, sencillamente, pues si los daños son evitados por el evitador más barato se minimizan la cantidad de recursos sociales que se destinan a evitar los daños lo que produce un ahorro social o, lo que es lo mismo, un incremento de la riqueza.

Pero la CE tiene otro atractivo. Lo que sigue sólo se entiende si se tiene en mente una distinción entre lo que puede llamarse la "riqueza estática" y la "riqueza dinámica". La "riqueza estática" hace referencia a nuestra preferencia por aquella sociedad con más bienes o con la misma cantidad de bienes en manos de quienes más los valúan. Así si S' tiene más bienes que S dado el valor de la riqueza, preferiremos a S' . La "riqueza dinámica" hace referencia a nuestra preferencia por aquellas sociedades que cuentan con instituciones que permiten generar más riqueza. Si los bienes existentes en la sociedad no dependiesen de modo alguno de un sistema de incentivos para producirlos, la "riqueza estática" y la "riqueza dinámica" serían la misma cosa. Pero si este no es el caso, es decir si los bienes dependen de un sistema de incentivos ambas cosas son distintas¹⁴.

La imposición del costo de los accidentes al evitador más barato genera mejores condiciones institucionales. En efecto, si liberamos de la obligación de evitar los daños a quienes sólo pueden hacerlo de modo más costoso creamos condiciones que hacen posible que, en ciertas circunstancias, la sociedad produzca más bienes de lo que produciría si imponemos la obligación de prevenir los daños a quienes no son los evitadores más baratos.

¹⁴ Véase Russell, Hurdin, "The morality of law and economics", en *Law and Philosophy*, Vol. 11 (1992), págs. 331-344.

Un ejemplo ayudará a ver el punto. Si imponemos a A la obligación de compensar el daño *d* causado a B por A cuando éste produce *f*, incluso en aquellos casos en que A sólo puede evitar el daño a un costo mayor que el valor de *f*, A no producirá *f*. Pero si la obligación de cargar con el daño se impusiera a B, cuando lo puede evitar en forma más económica que el valor de *f*, A continuará produciendo *f*. Si A continúa con la producción de *f* la sociedad estará mejor pues la producción de *f* agrega más valor que el que se pierde con el costo de prevenir el daño *d* por B causado por A cuando este produce *f*, pues como dije más arriba, B puede prevenir el daño a un costo menor que *F*.

CR también es atractiva, aunque su atractivo depende de consideraciones más sutiles de las que sustentan a CE. En efecto, el punto a favor de CR no deriva de algo tan tangible como la cantidad de bienes de una sociedad (la forma en la que ellos se encuentran distribuidos) o la existencia de instituciones reproductivas de estos bienes. Por el contrario, CR es atractiva pues es una posición que parece explicar y, al mismo tiempo, reforzar categorías y distinciones conceptuales que no estamos dispuestos a abandonar.

El principio central de CR es que sólo se deben compensar los daños producidos por acciones incorrectas: nadie que ha realizado una acción que toda las cosas consideradas no debió no haber realizado puede ser obligado a compensar.

Ahora bien, este rasgo parece derivarse de la misma distinción entre lo correcto y lo incorrecto. En efecto, si tuviéramos la obligación de compensar en todos los casos en que causamos daños, aun cuando los daños fueran la consecuencia de conductas que no deberíamos haber evitado, ¿qué sentido tendría distinguir entre lo correcto y lo incorrecto? ¿Cuál sería la justificación de esta distinción? Si las consecuencias normativas de lo correcto y lo incorrecto fueran las mismas nuestro continuo apego a dicha distinción no podría explicarse sino como un resabio de algún prejuicio sin fundamento aparente.

En síntesis, CR parece ser la concepción adecuada toda vez que no sólo nos explica porqué distinguimos entre lo correcto y lo incorrecto sino que, además, nos permite reforzar esta distinción.

V. EL PROBLEMA DE LA CONCEPCIÓN ECONÓMICA

No obstante sus atractivos ambas concepciones han sido objeto de ataques contundentes. A la CE se la atacó desde la trinchera política afirmando las pésimas consecuencias que su adopción habría de tener en la distribución de los recursos sociales¹³. La base de la crítica es que la CE es socialmente regresiva.

Según hemos visto para maximizar la eficiencia se debe comparar el valor del daño causado con el costo involucrado en evitar dicho daño. Ahora bien, para la CE el valor del daño causado y el valor del costo de evitarlo dependen del valor de mercado de ambos¹⁴. El valor de mercado del costo del daño depende de cuánto está dispuesto a pagarse en el mercado por un bien como el que se daña. El valor de mercado del costo de evitar el daño, de cuánto cuesta en el mercado hacer lo necesario para que el daño no se produzca.

En virtud de que la cantidad que se está dispuesto a pagar depende, a su vez, de la capacidad de pago, el costo del daño dependerá de la categoría de personas que lo sufren mientras que el costo de evitar el daño dependerá de la clase de actividad que produce dicho daño. Si esta actividad es altamente valorada en el mercado por quienes tienen alta capacidad de pago, el costo de evitar el daño será alto, cuando el daño sólo pueda evitarse no realizando la actividad en cuestión. Por el contrario, el costo de evitar el daño será bajo cuando la actividad no es altamente valorada en el mercado por quienes tienen alta capacidad de pago. En relación al costo del daño éste será alto si quienes lo sufren son quienes tienen alta capacidad de pago, mientras que será bajo si lo sufren quienes tienen baja capacidad de pago.

Dado todo lo anterior, sostienen los críticos, la concepción económica beneficia a los ricos. La hipótesis es la siguiente, cuando los ricos prefieren una actividad, ella se lle-

¹³ Véase Hierro, Liberis, "La pobreza como injusticia", *Doxa*, Vol. 7, pág. 945.

¹⁴ El valor de mercado de un bien es, según Posner, "la voluntad de pagar" por dicho bien existente en el mercado. Véase "A theory...", cit., pág. 121, nota 3.

vará a cabo aunque sufran los daños de dicha actividad los pobres. Ello así, pues los ricos pueden pagar más por dicha actividad que los pobres por evitar que dicha actividad se realice. Esto no constituiría un problema *per se* si los ricos compensaran a los pobres por los daños que causan las actividades que prefieren. Pero como la concepción económica sostiene que los daños no deben ser compensados por quienes los causan sino que soportados por quienes los pueden evitar en forma más económica, puede suceder que los pobres deban cargar con los costos de los daños, aun cuando ellos no sean quienes se benefician con las actividades que los causan, si son los evitadores más baratos.

En síntesis, los críticos sostienen, en ciertas circunstancias la concepción económica tolera las transferencias de riqueza de los pobres a los ricos.

No creo que esta crítica sea fuerte, no obstante que me simpatiza la indignación de la que nace. Aun cuando la CE favorezca la transferencia de recursos hacia las manos de quienes más tienen, ello no implica, necesariamente, que los partidarios de CE sean además partidarios de la injusticia. La CE sería partidaria de la injusticia si afirmase que las injusticias producidas por un sistema de responsabilidad extracontractual que tiene por objetivo la eficiencia no deben ser morigeradas por otras instituciones. Pero ello no es así. La CE no necesita comprometerse con la idea de que la eficiencia sea el único ideal social y que como tal, debe guiar la actividad de todas las instituciones sociales. Tal como cree Posner, es posible pensar que la eficiencia es un valor institucional al que deben aspirar los legisladores cuando aprueban las reglas de la responsabilidad extracontractual o los jueces cuando resuelven casos de ese tipo, mientras otras instituciones deben encargarse de realizar valores como la igualdad y la redistribución¹⁷.

¹⁷ Véase, Landes, William M., & Posner, Richard, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987, págs. 18 y sigs. La idea es que existe una división institucional del trabajo entre los jueces, quienes deben maximizar la riqueza, y los legisladores, que deben distribuirla. Esta idea había sido anticipada por Posner en "Wealth maximization revisited", *Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2, págs. 104-5. La misma idea está detrás de Steven Shavell ("A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity

Tampoco creo que sea adecuado criticar a la CE por el método de su fundamentación filosófica. Es cierto que sus partidarios no han tenido vocación por la construcción de argumentos filosóficos. Sin embargo, nada impide que la maximización de la riqueza sea defendida con los mismos elementos heurísticos (por ejemplo, la posición originaria de Rawls, el observador imparcial de Sidgwick, la situación de discurso ideal de Habermas, etc.), con las mismas presuposiciones filosóficas (sentido de la justicia, de lo racional y razonable, antropología filosófica, etc.) con las que se defienden otros valores¹⁸.

Pero la inmunidad a estas críticas no implica aceptación. Más aún, los problemas de la CE son más básicos de lo que sugieren las críticas anteriores. Ellos no están relacionados con las consecuencias políticas ni con la metodología filosófica sino con una idea más profunda e importante que, según creo, se encuentra en la base de todas nuestras convicciones morales y jurídicas, más precisamente, la relevancia moral de las acciones.

En efecto, los principios de la CE sólo tienen sentido si creemos que no importa la forma en que los daños son producidos. Si las acciones contaran, si el hecho de que fue A y

Matter Given Optimal Income Taxation". 71 *American Economic Review, Papers & Proceedings*, 1981) para quien, en definitiva, el conflicto entre eficiencia y justicia en las decisiones judiciales es intrascendente pues, en última instancia, el Estado puede obtener la distribución de recursos que considera óptima a través de una adecuada estructura impositiva. Con anterioridad a la publicación de los artículos mencionados más arriba, Posner había argumentado que todo el derecho debía ser concebido como una herramienta para aumentar la riqueza de la sociedad ("Utilitarianism, Economics and Legal Theory", *Journal of Legal Studies* 8, [1979], pág. 103). Sin embargo, a partir de "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication" (*Harvard Law Review* 8, 1980) Posner ha restringido sus afirmaciones sosteniendo que la riqueza no es un valor omnicompreensivo o, mejor dicho, que la maximización de la riqueza no es un valor que informa todo el derecho sino sólo el derecho de los daños.

¹⁸ Dworkin (véase Dworkin, Ronald, "Why Efficiency" en *A Matter of Principle*, Harvard University Press [1985], pág. 287) sostiene que es posible defender a la riqueza de manera similar a la que se defienden otros valores sociales. En otro lugar he criticado a Dworkin por admitir esta posibilidad (véase Carlos Rosenkrantz, "El valor de la riqueza: Algunas consideraciones sobre Dworkin y el Análisis Económico del Derecho", *Revista de Derecho de la Universidad de Palermo*, Vol. 1, nro. 1, 1995).

no B quien causó el daño en cuestión fuera un hecho relevante con aptitud para determinar que A y no B debe compensar el daño, no sería posible aceptar CE pues ella requiere que la cuestión de la compensación se decida a la luz de consideraciones que, como la maximización de la eficiencia, no dependen en modo alguno de lo que A y B respectivamente han hecho.

En otras palabras, para la CE la cuestión de quién debe compensar el daño no está intrínsecamente relacionada ni depende de algún modo substantivo de la cuestión acerca de quién lo causó. Así, es posible que el daño deba ser soportado por la víctima, si ella es quien lo puede evitar en forma más económica, o si es quien puede trasladar el error de ser identificado como quien lo puede evitar en forma más económica. Ello así, aun cuando si fuere soportado por la víctima, quien lo causó se liberaría de cargar las consecuencias de sus propias acciones.

VI. EL PROBLEMA DE LA CONCEPCIÓN RETRIBUTIVA

CR parece más plausible. No es instrumental¹⁶ pues no condiciona la imposición del deber de compensar a que mediante ello se maximice la riqueza o algún otro valor. Más aun, a primera vista la CR parece ser una concepción construida sobre la distinción entre lo que hacemos y lo que meramente sucede pues esta concepción, en cualquiera de sus variantes, nunca impone la obligación de compensar los daños que no hemos causado.

La crítica más perspicaz contra la CR en la literatura contemporánea es, en realidad, la crítica a la teoría de los derechos a la que, presuntamente, aquella se encuentra conceptualmente asociada, más precisamente, la teoría de los derechos como correlativos. (Lamentablemente para explicar este punto debo excursionar en terrenos aún más abstractos que

¹⁶ Tanto Jules Coleman (*Risk and Wrong*, Cambridge University Press, 1993) como George Fletcher (*op. cit.*, nota 9) y Ernest J. Weinrib ("Causation and wrongdoing", *op. cit.*, nota 12) han afirmado que las teorías de Posner y Calabresi son instrumentales.

los anteriores. Los lectores cansados de tanta abstracción pueden soslayar los seis párrafos siguientes).

La idea de que los derechos son correlativos parte de la convicción de que existe una dependencia conceptual recíproca entre derechos y deberes, esto es, que no puede afirmarse la existencia de un derecho sin afirmarse al mismo tiempo la existencia de un deber. B tiene un derecho contra A de que A haga p, si y sólo si, A tiene el deber de hacer p, y A tiene el deber de hacer p, si y sólo si B tiene el derecho de que A haga p.

La Tesis de la Correlatividad de los derechos es falsa. No siempre el derecho de B es correlativo con la obligación de A. Así, B puede tener un derecho contra A de hacer p, sin que por ello A tenga el deber de dejar hacer p²⁰. El famoso ejemplo de Genaro Carrió viene aquí al caso: el boxeador Miguel tiene el derecho de trompear al boxeador Pedro, pero dicho derecho no presupone ni implica el deber de Pedro de dejarse trompear²¹.

²⁰ Las razones por las que Thomson cree que la teoría de la correlatividad es incorrecta son, primero, que no nos permite dar cuenta de ciertos sentimientos morales, por ejemplo, no podemos explicar porqué sentimos remordimiento cuando justificadamente afectamos los derechos de otros; segundo, nos impide dudar de sentido a ciertas prácticas sociales, por ejemplo la práctica de pedir permiso o solicitar autorización antes de afectar el derecho de otro y, finalmente, nos impide realizar ciertas distinciones conceptuales, por ejemplo, la distinción entre violar un derecho, es decir afectarlo mediante acciones incorrectas e infringir un derecho, es decir afectarlo mediante acciones correctas. Véase Thomson, Judith J., *The Realm of Rights*, Harvard University Press, 1990, págs. 79 y sigs.

²¹ Carrió, en realidad, sostiene que el caso de los boxeadores no puede analizarse en términos de derechos sino que, siguiendo a Hohfeld, es necesario recurrir a otro par de correlativos: aquel que existe entre un "privilegio" y un "no derecho". Cada boxeador tiene, dice Carrió, el privilegio de darle golpes correctos al otro pues no tiene el deber de abstenerse de hacerlo, mientras que el otro sólo tiene un "no derecho", pues puede realizar todo lo necesario para impedir que su rival ejerza el privilegio de que goza. Estoy dispuesto a seguir a Carrió en esto aunque destacando que la correlatividad entre "derechos" y "deberes" es totalmente distinta a la correlatividad entre "privilegios" y "no derechos". La razón es que mientras aquella correlatividad excluye el conflicto, pues un derecho de A a hacer X no puede coexistir con un derecho de B a que A no haga X, la correlatividad entre "privilegios" y "no derechos" permite el conflicto, dado que un privilegio de A a hacer Y puede coexistir con un privilegio de B a que A no haga Y. La correlatividad entre "privilegios" y "no derechos" no alcanza para mantener la tesis de la

Ahora bien, algunos críticos²² sostienen que todo partidario de la CR es un partidario de la correlatividad de los derechos. Como esta última es una tesis falsa aquella también debe serlo. Basan esta convicción en que la idea de que sólo se deben compensar los daños causados por acciones incorrectas, la tesis central de CR, únicamente tiene sentido si creemos que sólo los daños causados por acciones incorrectas se correlacionan con un derecho en cabeza de la víctima del daño a que la acción que causa el daño no se realice, la hipótesis central de la Tesis de la Correlatividad.

Si rompemos esta correlación, es decir si sostenemos que la víctima puede tener derecho a que la conducta dañosa no se realice, aun cuando el agente causal del daño tenga derecho a realizarla, no se puede entender qué razón puede haber para negar la existencia de la obligación de compensar. Ello así, pues si la corrección de la conducta dañosa no implica la ausencia del derecho de la víctima a oponerse a su realización ¿qué razón puede haber para que la víctima sea quien en definitiva soporte el daño causado? En otras palabras, la idea es que si la Tesis de la Correlatividad fuera falsa, la concepción retributiva no tendría fundamento pues el derecho de la víctima a que la acción dañosa no se realice, es un fundamento suficiente para imponer la obligación de compensar el daño que dicha acción causa.

Esta crítica contra la CR sería formidable si fuera verdad que ella efectivamente depende de la plausibilidad de la Tesis de la Correlatividad. Pero CR no necesita la Tesis de la Correlatividad. A pesar de que algunos de sus partidarios creen lo contrario²³, CR es una concepción independiente.

En efecto, se puede afirmar que sólo se deben indemnizar las acciones incorrectas, es decir las acciones que todas las cosas consideradas no debieran haberse realizado y, al mismo tiempo, afirmar que los derechos de una persona no

correlatividad pues ésta presupone que todos los correlativos tienen siempre una correlatividad del primer tipo. Véase Carrá, Genaro, "Los conceptos jurídicos de W.N. Hohfeld", en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, págs. 303 y sigs.

²² Véase Thomson, Judith J., *op. cit.*, nota 20, págs. 71 y sigs.

²³ Véase Montague, Phillip, "Rights and Duties of Compensation", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 14 (1985), págs. 79 y sigs.

están correlacionados con los deberes de los demás. Ello es posible si, por ejemplo, se sostiene que la razón en virtud de la cual no se deben compensar los daños consecuencia de acciones correctas es que la víctima, no obstante tener derecho a que no se realice la acción dañosa, no tiene derecho a ser compensada pues el autor del daño tiene el derecho de realizar la acción dañosa. Como debe resultar obvio esta justificación de CR niega la Tesis de la Correlatividad, hasta tal punto que afirma que el autor del daño no tiene el deber de evitar la acción dañosa no obstante que la víctima tiene el derecho a que dicha acción no se realice y, por lo tanto, falsifica la idea de que ambas, CR y la Tesis de la Correlatividad, están conceptualmente asociadas.

En síntesis, contrariamente a lo que suponen estos autores, la CR es una posición sustantiva que no implica ninguna posición respecto de la cuestión de la correlatividad entre derechos y obligaciones. Por ello, no basta mostrar los errores de la Tesis de la Correlatividad para mostrar que CR es insostenible.

Ahora bien, si los problemas de CR no radican en instrumentalizar la responsabilidad, es decir, en condicionar la obligación de responder a aquello que produce la maximización de la riqueza, lo que sí sucede con CE, ni en qué se apoya en la Tesis de la Correlatividad de los derechos, ¿qué razón existe para rechazarla? ¿sobre la base de qué convicciones legales, morales o filosóficas podemos argumentar frente a quienes creen que la obligación de reparar las consecuencias de nuestras acciones correctas es una forma de injusticia? En definitiva, ¿no asistirá la razón a aquellos que se oponen a la obligación de compensar en los casos en que no existe culpa del agresor?

Creo que no. Creo que la CR debe rechazarse por la misma clase de razones por las que debe rechazarse la CE, esto es, por la relevancia moral de las acciones.

Sin duda la CR es más sensible a nuestras acciones que la CE. Ello se manifiesta en que de acuerdo con aquella concepción nadie que no haya causado un daño será obligado a compensarlo. En efecto, todos sus partidarios exigen, como condición *sine qua non* de la obligación de compensar la existencia de una acción que pueda ser identificada como causante de aquello que se pretende restaurar.

Pero este compromiso no es suficiente. Como hemos visto más arriba, la CR recomienda no indemnizar los daños producidos por acciones correctas. Así, quien daña a otro sin imponerle riesgos de distinta naturaleza o grado, o sin infringir un nivel razonable de cuidado y atención o, directamente, sin reprochabilidad moral, no carga con la obligación de colocar las cosas tal como ellas se hallaban antes de su acción.

En virtud de esta recomendación CR debe asimilar las consecuencias dañosas de conductas correctas a otros daños que no tenemos la obligación de compensar, por ejemplo, los daños producidos por la naturaleza. En tanto ello es así, CR está forzada a concluir que en ciertas circunstancias los daños que causamos deben tener el mismo tratamiento que los eventos que meramente suceden fenómenos, o circunstancias de la fatalidad.

Es esta insensibilidad por lo que hacemos la razón por la que CR no puede ser aceptada. Quienes piensan que la relevancia de nuestras acciones es la piedra angular de toda concepción de la justicia correctiva deben concluir que CR es una concepción implausible.

VII. LA RELEVANCIA MÓRAL DE LAS ACCIONES: DOS CONCEPCIONES DISTINTAS

Las acciones deben ser tenidas en cuenta por toda teoría de la justicia correctiva. Esta es la idea central de las secciones anteriores ¿es demasiado yerma como para desarrollar a partir de ella una concepción de la responsabilidad que sirva como una alternativa tanto a la CE cuanto a la CR? Mi respuesta es que no. Por el contrario, es una idea más que fértil.

Pero no se puede ir demasiado rápido. Como resultará claro en los párrafos siguientes la CE y la CR tienen algún espacio para afirmar que también son receptivas a la importancia de las acciones y que sus recomendaciones son producto de una adecuada consideración por ellas. Por ello, quiero dedicar esta sección a realizar una distinción crucial que nos hará ver con mayor claridad que una adecuada consideración por las acciones es un buen punto de partida. (Lo que sigue es también abstracto. Aquellos poco interesados por este tipo de cuestiones pueden soslayar toda la sección).

Existen dos maneras distintas de tener en cuenta a nuestras acciones. De acuerdo con la que llamaré "la forma derivada de tener en cuenta a nuestras acciones" (de aquí en adelante "FD"), la acción p de A es tenida en cuenta cuando la realización de dicha acción por A es la razón por la que justificamos la asignación a A de premios o castigos pero, y este es muy importante, la justificación de esta asignación de premios o castigos se hace recurriendo a consideraciones agregativas distintas al hecho de que A actuó como lo hizo.

De acuerdo con esta posición A puede ser premiado o castigado en virtud de que A actuó. Si A nada hubiese hecho no habríamos podido efectuar la diferencia consistente en asignar a A un premio o castigo sin asignárselo también a B, C, D, o E. Pero el hecho de que A actuó como lo hizo, causando un daño o provocando un beneficio, no es en sí mismo la razón por la que le asignamos un premio o un castigo. En efecto, para FD la razón de esta asignación es la conjunción entre el hecho que A actuó y el hecho de que si castigamos o premiamos dicha acción maximizaremos la autonomía e el bienestar de la sociedad.

Carlos Nino era uno de los partidarios más destacados de FD. Nino creía que la pena se justificaba cuando se satisfacían dos condiciones, por un lado, que el autor hubiera cometido un delito consintiendo, de este modo, las consecuencias normativas de haber cometido dicho delito, básicamente la pena y, por el otro, que la pena se impusiera al delincuente a los efectos de maximizar la autonomía o libertad de los integrantes de la sociedad.

Para Nino el hecho de haber cometido un delito era central para imponer al delincuente el castigo. Si no hubiese cometido un delito no se lo podría condenar, pero la condena no se justificaba sólo por lo que el delincuente había hecho, sino por la necesidad de que la imposición de penas permitiera maximizar la autonomía o libertad de la sociedad en cuestión. Las decisiones, decía Nino, cancelan las razones fundadas en la inviolabilidad de la persona y, de ese modo, hacen operativas nuevamente las razones basadas en la maximización de la autonomía agregada²⁴.

²⁴ Véase Nino, Carlos, *The Ethics of Human Rights*, Oxford U. Press, (1991), pág. 289, nota 45. La teoría de la responsabilidad penal desarrolla-

La "forma sustancial de tomar en cuenta a las acciones" (en adelante "FS"), es una alternativa a FD. De acuerdo con esta teoría, las acciones no son debidamente tomadas en cuenta cuando son vistas como hechos operativos que permiten justificar un trato diferente a la luz de consideraciones agregativas. FS sostiene que no se puede subordinar la relevancia de las acciones a que mediante ello se logre la maximización de la autonomía. Si mi acción es relevante sólo en tanto y en cuanto dicha relevancia es necesaria para satisfacer objetivos sociales agregativos el hecho de que yo soy un actor distinto a usted y que yo fui quien realizó la acción en cuestión será, en última instancia, desprovisto de toda relevancia. Por ello, para FS la única manera de honrar la relevancia de las acciones consiste en que cada uno de nosotros internalice los costos y aproveche los beneficios de lo que hace, independientemente de que con ello se satisfaga alguna otra dimensión.

Con esta distinción en mente entre FS y FD será esclarecedor volver a la CE y a la CR. Como adelanté más arriba, ambas concepciones prestan atención a nuestras acciones. Ninguna obliga a compensar a quien no es el causante de los daños. La cuestión es si las acciones son tomadas en cuenta en la forma en que lo requiere FS.

La respuesta es no. La razón es que los principios de los que parten ambas concepciones, el ideal de la maximización de la riqueza y la idea de que sólo se deben compensar las acciones incorrectas, no satisfacen el principio de que cada uno debe hacerse cargo de los costos y aprovechar los beneficios de lo que cada uno hace, independientemente de que con ello se satisfaga alguna otra dimensión²³.

de per Nino y su concepción de la relevancia de las acciones puede verse en *Los Límites de la Responsabilidad Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1990.

²³ Antes de finalizar esta sección quiere dejar claro que mi distinción entre FS y FD es en parte similar y, en parte distinta, a la distinción realizada por T. Scanlon, ("The Significance of Choice", *The Tanner Lecture on Human Values*, 1986) entre lo que llama "la teoría del valor de las decisiones" y lo que llama "la visión de la abdicación".

Según Scanlon, para "La teoría del valor de las decisiones" las decisiones son relevantes en virtud de la idea de que consideramos importante la dependencia entre lo que somos o lo que tenemos y nuestras decisiones (pág. 77). Scanlon sostiene que la teoría comienza con la convicción de que "es usualmente una cosa buena para una persona que lo que la pase depende

VIII. LA CONCEPCIÓN COMPENSATORIA

Al comenzar la sección anterior sostuve que la idea de que las acciones deben ser tomadas en cuenta debía ser la base de una teoría de la responsabilidad extracontractual. Luego distinguí entre dos maneras de tomar en cuenta las acciones. En esta sección me apoyaré en la distinción formulada para elaborar las bases de una tercera teoría de la responsabilidad.

de cómo ella responde cuando confrontada con las alternativas en las condiciones apropiadas" (pág. 66). La "visión de la abdicación", en cambio, considera a las decisiones como moralmente relevantes en tanto y cuanto considera que el hecho de que alguien haya realizado una acción justifica que se impongan sobre ella las consecuencias normativas de dicha acción, v.gr. los premios o los castigos. La "visión de la abdicación", afirma Scanlon, dice que la gente que realiza ciertas decisiones "no puede quejarse" de los daños que sufre como resultado (pág. 62).

Ferrolada de esta manera, la distinción de Scanlon parece solaparse con la mía. FS presupone, como la "teoría del valor de las decisiones", que existe algún valor positivo en que la gente viva de acuerdo con sus decisiones. Lo mismo sucede con FS. (A pesar de esta similitud existe una diferencia importante entre ambas. La "teoría del valor de las decisiones" conecta el valor de las decisiones con el valor del bienestar, pues el valor de las decisiones es parasitario de la convicción de que si somos dejados a decidir por nosotros mismos es más probable que nuestro bienestar sea satisfecho. En cambio, FS no formula esta conexión. Para esta última visión el valor de las decisiones está conectado únicamente con el valor de vivir de acuerdo con lo que nosotros elegimos, valor que no depende en modo alguno de nuestro bienestar).

Por su parte, FD considera, tal como la "visión de la abdicación", que las decisiones tienen una fuerza legítima sólo negativa. Nuestras decisiones son suficientes para justificar la imposición de premios o castigos sin que ello implique que tiene algún valor vivir de acuerdo con las consecuencias de ellas.

Pero si se toma como base de la distinción de Scanlon otro criterio, no existe solapamiento alguno. Scanlon, en pasajes distintos a los citados más arriba, afirma que la "visión de la abdicación" se caracteriza por sostener que las decisiones tienen fuerza deóntica independiente (pág. 84) razón por la cual, de acuerdo con ella, la imposición de un premio o una pena se justifica por el hecho de que aquel a quien se premia o castiga tomó una decisión. La "teoría del valor de las decisiones" niega dicha independencia (pág. 84). Por ello, para esta teoría la razón que justifica la imposición de un premio o un castigo no es el hecho de que se tomó una decisión sino el hecho de que aquel a quien se premia o castiga fue puesto en una situación justa para tomar dicha decisión (pág. 84).

Prima facie FS no parece muy iluminativa pues no es obvio qué principios de responsabilidad son más consistentes con la idea de que debemos hacernos cargo de los costos y aprovechar los beneficios de lo que hacemos, independientemente de que con ello se satisfaga alguna otra dimensión.

Sería más fácil si lo que estuviera en cuestión fuese la distribución de los bienes de una sociedad. Allí parece claro que el mercado es la única institución sensible a lo que cada uno de nosotros hace, siempre que se satisfagan las condiciones requeridas para que todos empecemos en similares condiciones y se neutralicen, de algún modo, todos aquellos factores que a su vez no dependen de nuestras acciones, como por ejemplo nuestros talentos²⁸.

Si esta fuera la base de la distinción entre las teorías del valor de las decisiones que Scanlon presupone, FS se parecería más a la "visión de la abdicación", en tanto sostiene que las acciones tienen fuerza deóntica independiente, mientras que FD se parecería más a la "teoría del valor de las decisiones" en tanto y cuanto la fuerza deóntica de las acciones depende de la justificación de las instituciones que forman el contexto en el cual dichas decisiones se adoptan.

Este entrecruzamiento muestra que mi distinción es distinta a la de Scanlon, pero además, que la distinción entre FS y FD hace central referencia a un hecho que no divide a las dos teorías propuestas por Scanlon. En efecto, para Scanlon, tanto la "teoría del valor de las decisiones" como la "visión de la abdicación" son internas, en el sentido de que ninguna de ellas pretende determinar las instituciones o teorías políticas correctas. La corrección de éstas es una cuestión totalmente independiente del valor de las decisiones, cualquiera que ella sea. Por el contrario, esta cuestión, es decir la aptitud para decir qué instituciones son justas y cuáles no, es lo que centralmente diferencia a FS y a FD.

²⁸ De hecho, FS es lo que seguramente tuvo en mente Dworkin cuando defendió la forma de distribución de recursos sociales que llamó "Igualdad de recursos". "Equality of Resources —dice Dworkin— assumes that people's wealth should differ as they make different choices about investment and consumption" (Véase *Foundations of Liberal Equality*, University of Utah Press, Salt Lake City, pág. 297). "It supposes —agrega— that if people begin with the same amount of wealth and other resources, then equality is preserved even though some grow richer than others and some happier through these transactions" (*ibidem*). Si Dworkin no creyese que las acciones tienen fuerza normativa externa no sería posible explicar la preferencia de Dworkin por la igualdad de recursos frente, por ejemplo, a la igualdad radical que aconseja que todos sean iguales en los recursos que tienen independientemente de las decisiones que cada uno toma.

Sin embargo, FS también determina una teoría de la responsabilidad. Más precisamente, el principio de que la sociedad debe adscribir las consecuencias dañosas de una acción a aquel que causó dichas consecuencias, independientemente de si actuó con culpa.

Esta teoría se diferencia de la CE y de la CR en aquello a lo que aspira. Más arriba señalé que CE es una concepción instrumental pues concibe a las reglas de la responsabilidad extrac contractual como un instrumento para maximizar la eficiencia. De acuerdo con esta concepción las mejores reglas son aquellas que hacen más rica a la sociedad en cuestión, es decir que permiten que en la sociedad se produzcan más bienes o que se ubiquen los bienes en manos de quienes más los valoran. También sostuve que CR no es instrumental. Sin embargo, CR tiene algo en común con CE pues tal como sucede con ésta los objetivos de aquélla son, de algún modo, externos. En efecto, CR deriva de la visión más abarcadora que consiste, por un lado, en pensar que sólo podemos ser responsabilizados por las acciones incorrectas que realizamos pues, de otro modo, socavaríamos la distinción entre lo correcto y lo incorrecto o en pensar que somos seres caracterizados por nuestra capacidad de formular intenciones (malas y buenas) de modo tal que no podemos ser cargados con aquello que aunque hemos causado no fue el producto de nuestra expresa decisión.

Esta tercera concepción que quiero presentar aquí se diferencia de ambas en tanto no aspira a lograr ningún objetivo externo ni se deriva de visiones más abarcadoras acerca de las implicancias de lo correcto o de lo que caracteriza nuestra personalidad moral. Es una concepción muy modesta en términos de sus objetivos pues sólo afirma que debemos compensar aquellos daños que causamos. Por ello la llamaré la *Concepción Compensatoria (CC)*²⁷.

²⁷ A. Honoré defendió una concepción similar a la que aquí voy a presentar. La llamó "Outcome Responsibility". Según Honoré esta forma de responsabilidad es la forma de responsabilidad básica de las sociedades modernas (pág. 541). Pero esta forma de responsabilidad no es sólo un hecho contingente de nuestras sociedades. Por el contrario, para Honoré "not only are actions and outcomes conventionally allocated to people but we and others are entitled to insist that they should be so allocated" (pág. 540). Véase Honoré, "Responsibility and Luck", *The Law Quarterly Review*, Vol. 104, págs. 530 y sigs. (october 1988).

Empecemos por recordar que FS requiere que consideremos a las acciones no sólo como hechos en virtud de los cuales a la luz de cierta teoría o institución podemos justificar la adscripción de premios o castigos cuando ello permite maximizar la autonomía.

Supongamos ahora que A realiza la acción p que causa el daño d a sí mismo. Supongamos que la acción p de A es voluntaria, en el sentido de que bajo alguna descripción ella es intencional, que su realización no muestra ningún defecto de carácter reprochable en A o alguna falta de cuidado o diligencia, que A satisface los requisitos exigidos para ser un actor competente y, finalmente, que d es un daño patrimonial.

Supongamos ahora que nos preguntamos qué se debe hacer con d. D se puede distribuir entre todos. Se puede obligar a Z a compensar a A y finalmente, se puede obligar a que A soporte d. La respuesta más natural es que A debe soportar el daño d. La cuestión es porqué.

Una respuesta, de hecho la que seguramente propondría un partidario de CE, es que A debe cargar con el costo de p, esto es el daño d, porque A es quien pudo evitar ese accidente en forma más económica. Otra respuesta, a la que seguramente adheriría un partidario de CR, es que a menos que exista una razón relacionada con la falta de alguien debe estarse a lo que dispone el principio general de los accidentes en el sentido de que los daños deben permanecer donde cayeron²⁸. Como el accidente cayó sobre A, éste debe cargar con sus consecuencias.

Pero ambas respuestas deben ser rechazadas. La razón por la que A debe cargar con d es que, primero, A causó d y, segundo, que la regla que impone a A la obligación de cargar con las consecuencias que sus acciones causan es la única regla sensible al hecho de que A realizó p, una de cuyas consecuencias fue d.

La misma conclusión se impone si en el ejemplo anterior cambiamos un solo elemento y en vez de suponer que la acción p de A causó un daño d a A suponemos que p causa un daño a B. En este caso como en el anterior, la única manera en que podemos adjudicar los daños de un modo consistente

²⁸ Esta era la respuesta sugerida por Holmes. Véase *The Common Law*, Boston Little Brown and Company (1881).

con la importancia de las acciones es imponer la obligación de compensar a aquel que los causó.

Es muy importante destacar que la razón por la que A debe compensar a B por el daño que éste le causó no se deriva de una analogía con el caso en que A se daña a sí mismo. La responsabilidad de A en el segundo caso no se puede derivar analógicamente de la responsabilidad de A en el primer caso pues la analogía presupone la irrelevancia de lo que distingue a ambos casos, más precisamente, que en un caso la víctima y el causante del daño son la misma persona mientras que en el otro no lo son.

Si la analogía fuese la base del razonamiento por el que A debe indemnizar a B, como bien sugiere Perry criticando a Epstein²⁹, podría decirse que el argumento comete el "pecado de no tomar en cuenta las diferencias interpersonales". Pero, además, la analogía es subdeterminativa: la analogía no dice otra cosa que si el primer y el segundo caso fueran idénticos habría idénticas razones para sostener que A en el primer caso de daño a sí mismo no debe cargar con sus propios daños pues tampoco debe hacerlo en el segundo, como para sostener, a la inversa, que A debe cargar con los daños en el segundo caso de daño a otro pues debe hacerlo en el primero³⁰.

IX. LAS CRÍTICAS A LAS CONCEPCIONES OBJETIVAS: LA OBLIGACIÓN DE COMPENSAR REQUIERE ARGUMENTOS ADICIONALES

En esta sección quiero enfrentar algunas objeciones que se han dirigido contra las teorías objetivas de la responsabili-

²⁹ Véase Perry, Stephen, "The Impossibility of General Strict Liability", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 1, n° 2, July 1988, pág. 153.

³⁰ Según Coleman, Weinrib sostiene que el argumento de que, dado que el demandado habría cargado con el daño si fuera idéntico con el actor debe deducirse que el demandado debe cargar con el daño cuando el demandado es distinto al actor, no es concluyente. Ello así en virtud de que podemos argumentar que dado que el actor no tendría acción contra el demandado si ambos fueran la misma persona, el actor no debería tener acción contra el demandado cuando ambos son personas distintas. Véase Coleman, "Property, Wrongfulness and the Duty to Compensate", en *Foundations of Tort Law*, Saul Levmore, Oxford U. Press, 1994, pág. 119.

dad. Ello es necesario pues como debe resultar obvio la Concepción Compensatoria es una concepción objetiva: ella disocia totalmente la obligación de compensar de la culpa del agente.

S. Perry, Profesor de la Universidad de Toronto, por ejemplo, ha sostenido que la concepción del Profesor de Oxford A. Honoré, que también defiende una teoría de la responsabilidad de acuerdo con la cual debemos compensar los daños causados por nuestras acciones independientemente de la culpa y de si el daño es consecuencia de una acción incorrecta, carece de fundamentación suficiente.

La idea de Perry es que de la afirmación que A es responsable por el daño que causó no se sigue que A debe compensarlo. Perry reconoce que la responsabilidad por el daño implica algo, por ejemplo la obligación de disculparnos. De no ser así no tendría sentido decir que A es "responsable". Sin embargo, Perry antagoniza la idea de que la responsabilidad por un daño implica la obligación de compensar. Para Perry la obligación de compensar requiere un argumento adicional. En otras palabras, de acuerdo con Perry no basta sostener que las acciones son relevantes para que quien causa un daño lo deba compensar. Para ello hace falta una teoría más compleja.

Creo que Perry está en lo cierto. No basta afirmar que nuestras acciones son relevantes y que su relevancia no se satisface si son vistas como hechos operativos que a la luz de otras consideraciones permiten un trato diferente (FD) para concluir que quien causa un daño tiene la obligación de compensarlo. Por ejemplo, una concepción de la responsabilidad que, como la de Holmes, sostiene que los daños deben quedar donde cayeron requiriendo que quien dañe se disculpe frente a quien dañó no necesariamente niega la proposición que lo que hacemos es importante.

Pero, no obstante lo que Perry piensa, es posible ofrecer un argumento adicional. Creo que este argumento es la idea de que debemos vivir de acuerdo con nuestras decisiones pues ello tiene valor intrínseco. Es decir, que es mejor una vida de la que somos artifices, aun cuando ello implique soportar las consecuencias de lo que hacemos, que una vida en la que nuestras decisiones no nos impactan en modo alguno. Si este es un argumento adicional sano, cuya defensa por supuesto no puedo encarar aquí, la distancia entre la idea que nuestras acciones son relevantes en forma no derivada y la obligación de compensar puede franquearse. La obligación de

compensar derivará de la conjunción entre la idea de que nuestras acciones son relevantes y la idea de que es bueno vivir de acuerdo con las consecuencias de nuestras decisiones.

X. LAS CRÍTICAS A LAS CONCEPCIONES OBJETIVAS: LA CAUSALIDAD

CC en tanto sostiene que se deben compensar las consecuencias dañosas de una acción, independientemente de si se actuó con culpa, descansa sobre una teoría de la causalidad, es decir, una teoría que conecta acciones con consecuencias. No quiero desarrollar aquí dicha teoría aunque no puedo evitar referirme a un problema que ha sido recurrentemente planteado por quienes objetan concepciones de la responsabilidad que comparten los rasgos esenciales de CC y hacer algunas aclaraciones generales.

El problema es el siguiente: el profesor Engelart³¹ de la Universidad Hebrea de Jerusalén, entre otros, ha afirmado que la noción de causa muy asiduamente presupone un juicio de responsabilidad o de atribución de las consecuencias de las conductas dañosas. Por ello, según su opinión, no podemos identificar a una persona como causante de un resultado sin antes haberla identificado como responsable por dicho resultado. Perry también ha sostenido la misma idea. Así, afirma que toda teoría causal que intente identificar una acción como la causa de un daño requiere una teoría de la responsabilidad personal y, de ese modo, debe recurrir a consideraciones normativas que exceden la mera relación causal³². Por último, Coleman, Profesor de la Universidad de Yale, criticando a Epstein afirma que todas las formas de identificar de entre las muchas condiciones *sine qua non* de un resultado la causa de dicho resultado son normativas: "nuestra afirmación, dice, no es que no hay una forma consistente de distinguir entre condiciones *sine qua non*. Nuestro punto es que toda forma consistente es también normativa. Lo que

³¹ Véase "A Critical Appraisal of Modern Tort Law", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, págs. 604-61.

³² Véase Perry, Stephen, "The Moral Foundations of Tort Law", en *Iowa Law Review*, Vol. 77, n° 2, January 1992, pág. 464.

cuenta como la causa depende de lo que esté en cuestión con la respuesta"³³.

Si Engelart tuviera razón, es decir si para saber si A causó el daño d fuera preciso, previamente, saber si A es responsable por d en el sentido de saber si A actuó con culpa, o si realizó una acción que todas las cosas consideradas no debería haber realizado o si es el evitador más barato de costos, la concepción que defiendo sería nada más que una máscara de una concepción retributiva o económica. En efecto, si la relación causal presupone consideraciones de esa naturaleza sería imposible afirmar, como yo lo hago, que quien causa un resultado dañoso, y por el mero hecho de haberlo causado, tiene la obligación de compensar el daño que causó.

¿Están estos autores en lo cierto? ¿La relación causal presupone una teoría de la responsabilidad? Creo que no. Junto con J. J. Thomson creo que es implausible pensar que la causalidad sea una noción que depende de una teoría de la responsabilidad³⁴. La razón de esta imposibilidad es que no existen principios de responsabilidad a los que podamos recurrir para determinar la existencia de una relación causal entre una acción y un resultado que no presuponga, a su vez, la relación causal cuya existencia se pretende determinar.

En efecto, todos los principios que conocemos, de algún modo u otro, se apoyan en la relación causal. En algunos esta dependencia es obvia. Por ejemplo, en el principio que establece que debemos hacernos cargo de los daños que causamos. En otros la dependencia es menos obvia, por ejemplo, en el principio que estipula que somos responsables si matamos a alguien o conducimos a más de 70 km por hora. En estos últimos casos la relación causal se presupone cuando al describir la acción por la que seremos hechos responsables recurrimos a sus resultados causales: matar o conducir a más de 70 km por hora.

³³ Véase, Coleman, Jules, & Ripstein, Arthur, *Mischief and Misfortune*, manuscrito inédito, pág. 29.

³⁴ Véase Thomson, Judith J., *op. cit.*, nota 20, pág. 235. Una excelente discusión sobre el tema puede verse en Nino, Carlos, "El cuatrilema del consecuencialismo", *Doss.* 4, págs. 365 y sigs. y "Respuesta a Bayón", *Doss.* 4, págs. 501 y sigs. Bayón, Juan Carlos, "Causalidad, Consecuencialismo, Deontologismo", *Doss.* 6, págs. 461 y sigs.

Si todos los principios de la responsabilidad que conocemos presuponen la relación causal la idea de que para elucidar la relación causal debemos recurrir a dichos principios es circular, y como tal, no puede ser correcta. Para ejemplificar lo que quiero decir nada más ilustrativo que detenernos en el mismo Perry. Para Perry toda concepción de la causa que no recurra a principios de responsabilidad, por ejemplo la concepción de Mackie que considera a la causa esencialmente como la *conditio sine qua non*, o la concepción de Wright que la considera como "el elemento necesario en un conjunto de condiciones necesarias" (pág. 464) será radicalmente subdeterminativa (pág. 496), dado que todas estas teorías atribuyen el carácter de causa del daño tanto a las acciones de la víctima como a las del agresor. Por ello, sostiene, todas las concepciones de la responsabilidad que parten de la relación causal deben dejarse de lado.

Ante este problema Perry afirma que la manera de determinar lo que la relación causal deja indeterminado es recurrir a la noción de culpa (*fault*) (pág. 497 y ss.). "La culpa, dice, es la consideración adicional que suplementa la responsabilidad por las consecuencias para producir una obligación general de compensar. Precisamente por el hecho de estar basada en la culpa, la obligación evita el problema de la indeterminación" (pág. 497).

El problema de Perry es que no advierte que la maniobra que pretende realizar para escapar de la presunta indeterminación de la noción de causa falla por la sencilla razón de que la culpa (*fault*) se apoya en la noción de causa.

En efecto, la cuestión de cuáles acciones son culposas y cuáles no, no puede decidirse en el aire sin referencia a los principios que determinan qué acciones pueden realizarse y cuáles no. En tanto que todos los principios que regulan la cuestión de qué acciones pueden realizarse y cuáles no —por ejemplo, "no se debe matar", "no se debe conducir a más de 80 km"— descansan, de algún modo u otro, en la relación causal, la noción de culpa descansa, por carácter transitivo, también en la relación causal³⁵. Por ello, la culpa no puede usarse para suplementar la indeterminación de la causa.

³⁵ La única escapatoria posible es ofrecer principios que describen las acciones que se pueden hacer y las que no se deben hacer en términos básicos, es decir, mediante descripciones de movimientos corporales.

Creo que con el argumento desarrollado más arriba debe quedar claro que la noción de causa no puede depender de una teoría de la responsabilidad. Ello convertiría en inteligible buena parte de nuestras concepciones más profundas.

Ahora, si la noción de causa no puede depender de una teoría de la responsabilidad tiene que ser una noción fáctica. La cuestión pendiente es qué tipo de noción fáctica. Creo que es bastante claro que no podemos pensar que un evento es la causa de un resultado cuando meramente es la *conditio sine qua non* de dicho resultado. Esta noción de causa, aunque fáctica, padece de la radical indeterminación de la que habla Perry. Tampoco podemos pensar que la noción de causa está asociada a la de previsibilidad, pues no basta para que yo cause un resultado que lo pueda prever. Puedo prever que usted atropellará a B si conduce como lo hace pero no por ello soy el causante de que B haya sido atropellado. Por último, tampoco creo que la idea de "tener control", en el sentido de que puedo evitar que algo se produzca, sea el contenido de la noción de causa. Puedo evitar muchas cosas que nunca diríamos que fueron causadas por mí.

Mi sugerencia es que la noción de causa esté asociada con lo que en una comunidad determinada se espera que evitemos en casos paradigmáticos, lo que a su vez dependerá de la moral positiva de esa comunidad y esto, a su vez, de la forma en que en ella se establezca, para las personas de cualidades mentales promedio, lo que deben evitar, entre todo aquello que pueden prever y controlar, dado el impacto de sus acciones en el bienestar de otros²⁴.

El hecho de que esta concepción recurra a la moral positiva de una comunidad determinada no la convierte en parasitaria de una teoría de la responsabilidad. La moral positiva

²⁴ Existen muchas nociones distintas de causa. La que desarrollo en el texto es una noción "adscriptiva" pues es la usada en contextos en los cuales queremos adscribir un resultado a determinada acción. Más aún, es una noción "adscriptiva negativa" pues se usa en contextos en los que queremos adscribir penas, reproches, o la obligación de compensar. Por ella, es importante distinguirla de una noción "adscriptiva positiva" que se usa en contextos en los que queremos adscribir premios, méritos o algún otro tipo de bien. La necesidad de distinguir entre ambas me fue sugerida personalmente por Juan Ruiz Manero.

es un hecho cuya existencia no depende de que afirmemos la existencia de ciertos valores sino de que la comunidad relevante crea, aun cuando no tenga razones para hacerlo, que cierta consecuencia que se encuentra dentro del conjunto de consecuencias sobre las cuales el agente tiene control, debieron haberse previsto y evitado por el propio agente.

XI. LAS CRÍTICAS A LAS CONCEPCIONES OBJETIVAS: EL ALCANCE

Supongamos que ya contamos con una teoría de la causalidad que no depende de una teoría de la responsabilidad. Todavía queda un problema fundamental por resolver para que la concepción que ofrezco sea plausible. Llamaré a este problema el "problema del alcance".

La cuestión es la siguiente: de acuerdo con mi posición, para que exista la obligación de compensar basta que hayamos causado un daño.

El problema del alcance consiste en que si siempre que causamos un daño tenemos que compensarlo, estaríamos compensándonos mutuamente todo el tiempo toda vez que casi todas las actividades con las que nos comprometemos son, de algún modo u otro, dañosas. Desde que ninguna teoría de la responsabilidad puede imponer una obligación de compensar de tal magnitud es necesario encontrar alguna manera de restringir el alcance de esta obligación en forma sistemática, no meramente *ad hoc* y, lo que es más difícil, de un modo consistente con las convicciones en las que mi concepción se asienta.

Para tratar este problema en forma manejable es bueno pensarlo a través de un caso. Supongamos que A produce bienes en el mercado mejor y más económicamente que B. Supongamos que como consecuencia de ello B, no obstante sus esfuerzos en contrario, va a la bancarrota.

De acuerdo con la idea de que debemos compensar los daños que causamos, A debería compensar a B. Debería evaluar monetariamente las consecuencias dañosas de lo que A hizo y pagar a B o, si ello es imposible, ponerlo de algún otro modo en una situación similar a la que se encontraba antes de que fuese dañado.

Como dije más arriba, una concepción que sostiene que

debe compensarse a B no puede ser una concepción correcta. Sabemos que B no debe ser compensado.

Una forma de limitar el alcance de la obligación de compensar consiste en sostener que A no fue la causa de la bancarrota de B. Sin duda lo que A hizo consistió en una condición *sine qua non* del daño de B, pero la verdadera causa de su tragedia ha sido su propia incompetencia para producir bienes en el mercado en forma eficiente y económica.

Quizá ésta sea una salida posible para este caso. Quizá pueda sostenerse, después de un adecuado análisis causal, que A no es la causa de lo que le sucede a B. En cualquier caso no quiero dejar la discusión aquí pues no estoy muy seguro de que esta sea la respuesta causal correcta.

Al pasar quiero detenerme para enfatizar una distinción importante relacionada con lo que dije antes respecto de la relación causal. He sugerido que la noción de causa está asociada con lo que en una comunidad determinada se espera que evitemos en casos paradigmáticos. Adelanté, además, que me parecía que ello dependía de la moral positiva de esa comunidad y la forma en que en ella se establezca, para las personas de cualidades mentales promedio, lo que deben evitar, entre todo aquello que pueden prever y controlar, dado el impacto de sus respectivas acciones en el bienestar de otros.

Si esto es así, podría pensarse que estoy forzado a concluir que A no causó la bancarrota de B. La razón es que al sostener que A no debe compensar a B parezco comprometido con la idea de que A no debe evitar aquellas acciones entre cuyas consecuencias se cuenta la bancarrota de B. Y si A no debe evitar estas acciones, según mi propia noción de causa, A no pudo haber causado la bancarrota de B.

Este razonamiento es incorrecto. Mi noción de la causalidad no me fuerza a reconocer que quien no debe evitar un determinado resultado no lo pudo haber causado. Ello es así en virtud de que la noción de causa, no obstante haber sido fundamentalmente moldeada por lo que de hecho los miembros de una sociedad piensan que se debe evitar, entre todas aquellas condiciones *sine qua non* de un daño que pueden prever y controlar, es un resultado de lo que dichos miembros piensan para casos paradigmáticos, y no de lo que dichos miembros piensan para cada uno de los casos en cuestión.

El hecho de que la noción de causa sea el resultado de lo

que pensamos para casos paradigmáticos permite sostener, consistentemente, que no todo lo que causamos es algo que debemos evitar²¹. En efecto, un caso puede ser clasificado

²¹ Si lo que digo en el texto es correcto el proyecto de Epstein de desarrollar un análisis causal en términos de paradigmas es un proyecto adecuado, más allá de si Epstein ha desarrollado los adecuados paradigmas causales de la sociedad americana (Véase Epstein, Richard, "A Theory of Strict Liability", 2 *Journal of Legal Studies*, 1973). Del mismo modo, la reconstrucción del uso del concepto de causa que hacen Hart y Honoré en los tribunales anglosajones recurriendo a distintos paradigmas, es también adecuada. De acuerdo con Hart y Honoré hay cuatro tipos distintos de causalidad: primero, lo que llaman el paradigma de la "acción voluntaria", en el cual una acción es la causa de un resultado si ella lo produce deliberadamente. En este paradigma, de acuerdo con Hart y Honoré, la acción humana deliberada es una barrera y un objetivo de la atribución de responsabilidad causal; segundo, el paradigma de las "transacciones interpersonales" donde una acción es la causa de un resultado cuando es la causa de otra acción que produce el resultado, por ejemplo, cuando un hombre induce a otro a hacer algo; tercero, el paradigma de las "oportunidades", donde la causa de un resultado es la acción de una persona que ofrece a otra una oportunidad que hace posible, o más fácil, la acción de la segunda y ésta, a su vez, el resultado y; cuarto, "privación de oportunidades" cuando una persona causa un resultado privando a otra de los medios para que ésta haga algo (Véase Hart, H. L. & Honoré, A., *Causation in the Law*, Second Edition, Oxford U. Press, 1985). El uso de paradigmas causales permite resolver algunos problemas interesantes. Por ejemplo, en el caso en que A atenta contra la vida de B y B se defiende dañando a A es posible sostener que A es la causa de su propio daño. Ello así, pues A ha dado "oportunidad" a que B lo dañe y si el paradigma causal aplicable es el de las "oportunidades", A ha causado su propio daño. Reconoce que en este caso es lingüísticamente contraintuitivo sostener que A se causa su propio daño por haber dado oportunidades a que B lo dañe. Sin embargo, creo que es este un problema lingüístico. Por un lado, el paradigma de las "oportunidades" es un paradigma claro que, como han demostrado Hart y Honoré, empleamos cotidianamente. Por el otro, el caso de la legítima defensa es un caso que debemos encuadrar dentro del paradigma en cuestión. Como última aclaración es importante destacar que el paradigma de las "oportunidades" ha dado lugar al desarrollo de un lenguaje causal particular. En casos en que alguien causa un daño por haber dado oportunidades a otro a que realice la conducta dañosa hablamos en términos de "ocasionar" o "dar ocasión" (occasioning harm) a que un daño se produzca en lugar de hablar en términos de "causación". De todos modos, el hecho que hablemos en estos términos no implica que dejemos de conectar la conducta que "da ocasión al daño" con el daño del mismo modo que conectamos las conductas que "causan daños" con el daño. Probablemente, Kant tenía en mente algo similar al paradigma de las "oportunidades" cuando sostenía que el delincuente no obstante ser castigado no dejaba de ser autónomo pues era él

dentro de la clase definida por un caso paradigmático para lo cual deberá compartir con el caso paradigmático uno de sus rasgos más característicos. Pero para clasificar un caso dentro de un paradigma causal no es necesario que el rasgo que comparta con el caso paradigmático sea la creencia de que se debe evitar realizar la conducta que causa el daño. De este modo, dado que el caso puede ser clasificado en el paradigma por compartir con el caso paradigmático otros rasgos que la creencia de que se deben evitar los resultados puede sostenerse que quien causa un resultado no necesariamente tiene el deber de evitarlo.

Para ejemplificar lo que tengo en mente supongamos que un paradigma causal, tal como cree R. Epstein, sea la compulsión física a que otro haga algo dañoso. Ello así pues nuestra sociedad encuentra que debemos evitar realizar esta conducta. Supongamos ahora que A empuja a B, quien como consecuencia del empujón daña a C. En virtud de que este caso comparte los rasgos centrales del paradigma de daño mediante compulsión física podemos confiadamente decir que A fue la causa del daño de C.

La conclusión anterior no se debe modificar cuando descubrimos que la razón por la que A empujó a B fue evitar que B sea atropellado por un tren. En otras palabras, a pesar de que en este caso no paradigmático A no tenía el deber de evitar empujar a B, no por ello A dejó de ser la causa del daño de C.

Este ejemplo muestra que si la noción de causa debe reconstruirse a partir de paradigmas, aunque aquella noción esté de algún modo determinada por convicciones sociales acerca de lo que se debe evitar, entre todo aquello que se puede prever y controlar, es posible sostener que no siempre que alguien que causa un daño viola el deber de evitar hacer lo que hizo.

Quiero explorar ahora una segunda estrategia para resolver el problema del "alcance". Ella consiste, básicamente,

quien trata sobre el castigo. Agradezco a los participantes en el Seminario de Filosofía del Derecho realizado en Vaquerías-Córdoba en homenaje a los Prof. Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón, en especial a Marcelo Alegre, por haberme planteado las dificultades del caso de la legítima defensa.

en sostener que la hancarrota de B no es un daño y, por ello, que A no tiene la obligación de compensarlo. De algún modo, ésta ha sido la estrategia que adoptó Jules Coleman²⁸.

De acuerdo con Coleman, el concepto de "daño" es diferente al concepto de "pérdida". Las pérdidas son todas las consecuencias contrarias a los intereses de una persona, mientras que los daños son las consecuencias contrarias a los intereses de una persona cuando dichos intereses están protegidos por una expectativa legítima de no ser afectados.

Dado que estas expectativas dependen de aquello a lo que tenemos derecho, Coleman concluye que, la existencia de un daño depende conceptualmente de la existencia de un derecho previo. En síntesis, de acuerdo con esta posición, B no debe ser compensado porque no fue dañado en modo alguno dado que B no podía tener una expectativa legítima de que A no hiciera lo que hizo.

Creo que esta estrategia es equivocada. Ella sugiere que los daños tienen una importancia normativa derivada de los derechos dado que aquellos importan en tanto tengamos derecho a que éstos no se produzcan. Creo que los daños son anteriores, conceptualmente hablando, por lo que su importancia normativa no puede derivar de un derecho. Más aún, creo que los daños no dependen de los derechos sino que tenemos derechos justamente porque podemos ser dañados.

Pero existe otra razón que sugiere que esta estrategia es equivocada. Ella no está relacionada con el carácter normativamente primario de los daños sino con la relación que Coleman debe presuponer entre los derechos de la víctima y el deber de compensar.

La idea de Coleman, tal como lo adelanté más arriba, es que podemos solucionar el problema del alcance si sostenemos que la obligación de compensar depende de la existencia de un particular derecho en cabeza de B, más precisamente, la expectativa legítima de que un interés suyo no sea afectado por A. Si B tiene esa expectativa puede legítimamente reclamar compensación. Si no la tiene tendrá que cargar con lo que, en ese caso, Coleman llama una "pérdida".

²⁸ Véase Coleman, Jules, *Risk and Wrongs*, Cambridge University Press, 1993, págs. 270 y sigs.

Ahora bien, si no existiese relación alguna entre el deber de compensar de A y la expectativa legítima de B que A no haga lo que hizo, Coleman no podría sostener que la obligación de compensar desaparece cuando B no tiene expectativas legítimas respecto de A porque, si efectivamente el deber de compensar y la expectativa legítima fueran autónomos, uno no podría limitar al otro.

Lamentablemente para Coleman el deber de compensar de A y la expectativa legítima, o más sencillamente el derecho, de B a que A no haga lo que hizo no se encuentran relacionados en modo alguno.

Hay dos formas de mostrar que este es el caso: primero, mostrar que del hecho de que A ha infringido un derecho de B no puede derivarse el deber de A de compensar a B. Segundo, mostrar que el deber de compensar a B puede existir aun cuando no se hubiera infringido ningún derecho suyo.

M. Zimmerman, persuasivamente, ha demostrado que no existe ninguna relación entre el hecho de que A haya infringido un derecho de B y el deber de compensar a B pues, ni del hecho de que A ha infringido un derecho de B, ni del hecho de que ha infringido un derecho de B y no ha compensado por ello, ni más complejamente, del hecho de que A ha infringido un derecho de B con más los hechos que fundamentan el derecho de B, se sigue que A debe compensar a B³⁹. Zimmerman concluye, que el deber de compensar a B debe derivar de una fuente autónoma la que, según Zimmerman, hasta ahora nadie ha podido identificar.

Esta conclusión no cambia si afirmamos que los derechos son pretensiones complejas del tipo "B tiene una pretensión a que A no haga p ya que p causa el daño d, y a que lo compense por d en el caso en que A haga p"⁴⁰.

En primer lugar, no hay forma de explicar por qué los derechos deben ser vistos como pretensiones de este tipo. En efecto, no puede decirse que los derechos son pretensiones complejas en virtud de que la pretensión de B a ser compensa-

³⁹ Véase Zimmerman, Michael, "Rights, Compensation and Culpability", *Law and Philosophy*, Vol. 13, 1994, pág. 426.

⁴⁰ Véase Keeton, Robert E., "Conditional Fault in the Law of Torts", *Harvard Law Review*, 72 (1959).

do por los daños *d* causados por la realización de *p* por *A* deriva de la pretensión de *B* a que *A* no haga *p* pues, como afirmé más arriba, el derecho de *B* a ser compensado no deriva del derecho a que *A* no haga *p*. Por otro lado, tampoco puede decirse que la pretensión de ser compensado no deriva de lugar alguno sino que ella es parte integrante del concepto mismo de derecho pues, justamente, eso es lo que está en discusión.

Respecto de la posibilidad de que *A* pueda tener el deber de compensar a *B*, aun cuando *A* no hubiera infringido ningún derecho de *B*, puede decirse lo siguiente:

(Recuerde que la importancia de esta cuestión es que si existe autonomía o diversidad de fuentes, entre el deber de *A* de compensar y el derecho de *B* a que *A* no realice la acción que daña a *B*, el alcance de la obligación de compensar no puede limitarse recurriendo a los derechos que la gente tiene a que otros no realicen determinadas conductas. Si existe el deber de compensar aunque no exista el derecho a que no se haga lo que de hecho se hizo, la inexistencia de este derecho no puede constituir una forma de limitar aquel deber ya que aquel deber no deriva, en modo alguno, de este derecho).

Piense en el ejemplo del escalador de montañas que popularizó el Profesor de la Universidad de Arizona J. Feinberg⁴¹. En el medio de una tormenta, un escalador se encuentra ante la alternativa de morir de frío o romper la ventana y entrar en una cabaña deshabitada. Asumamos con Feinberg que el dueño tiene el derecho a ser compensado por los daños causados por el escalador. La cuestión que aquí importa es si tiene ese derecho aun cuando no tenga el derecho a que el escalador no irrumpa en la cabaña del modo en que lo hizo. Si la respuesta es positiva, si el escalador tiene el deber de compensar aun cuando el dueño de la cabaña no tenga aquel derecho, la relación entre derechos y compensación que Coleman necesita para que su posición tenga sentido, simplemente no existe.

Analicemos la cuestión de la autonomía entre el deber de compensar y el derecho a que el agente causal del daño no haga lo que hizo a través de la cuestión si permitiríamos que,

⁴¹ Véase Feinberg, *Joel, Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton U. Press, 1980, pág. 230.

anoticiado de las intenciones del escalador, el dueño de la cabaña impida que el escalador irrumpa en la cabaña.

En un caso como el que planteo más arriba está en juego, por un lado, la vida del escalador y, por el otro, la ventana del dueño de la cabaña. Dada la diferencia de los valores de los bienes en juego es razonable pensar que el dueño no tiene derecho a impedir que el escalador irrumpa. Concederle ese derecho requeriría endosar la idea de que los derechos de propiedad son los derechos más básicos que podemos concebir, cosa muy difícil de justificar.

Si estamos de acuerdo que el dueño de la cabaña no tiene derecho a impedir que el escalador irrumpa debemos también estar de acuerdo con la idea de que el dueño de la cabaña no tiene derecho a que el escalador no haga lo que hizo. Ello es así pues el único contenido del derecho a que el escalador no haga lo que hizo, distinto al derecho a ser compensado, al menos en este caso, es el derecho a impedir que el escalador irrumpa en la cabaña. Sin este derecho, simplemente no hay ningún derecho en cabeza del dueño de la cabaña que se pueda esgrimir frente a A.

La conclusión de que el dueño de la cabaña no tiene derecho alguno contra el escalador a que no irrumpa en la cabaña no socava nuestra convicción de que el dueño de la cabaña tiene derecho a ser compensado, si el escalador irrumpa. Si esto es correcto, si la obligación de compensar no cae ante la falta de derechos del dueño de la cabaña a que no se realice la acción que debe dar derecho a la compensación, no puede haber relación entre la obligación de compensar y los derechos de la víctima (distintos al derecho a ser compensado). Por consiguiente, no puede sostenerse, como Coleman pretende, que la forma de restringir la obligación de compensar es recurrir a las expectativas legítimas de las víctimas de los daños respecto de las conductas que los agentes causales del daño deberían haber evitado. Estas expectativas no tienen relación alguna con la obligación de compensar.

XII. LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL "ALCANCE"

Creo que el origen de las dificultades para resolver el problema del alcance radica en que todas las concepciones de

la justicia correctiva buscan la respuesta a este problema a lo largo de las mismas líneas por las que buscan la respuesta al problema de por qué se debe compensar. Así, como lo que parece definir la obligación de compensar es el derecho a que el agente no haga lo que hizo, la idea más natural es que lo que debe definir el límite de esa obligación es la inexistencia de este derecho.

Pero la concepción de la responsabilidad que he delineado no justifica la existencia del deber de compensar a partir del derecho a que no se realice la acción dañadora. De acuerdo con lo que he sostenido más arriba, existe obligación de compensar, aun cuando no exista en cabeza de la víctima del daño el derecho a que quien causó el daño no haga lo que de hecho hizo. En mi visión, la obligación de compensar es una consecuencia del principio que requiere que tomemos en cuenta las acciones que realizamos, tal como lo exige la idea de que debemos vivir de acuerdo con las consecuencias de nuestras decisiones.

Lo anterior nos dice que no debemos intentar resolver el problema del alcance por la vía que Coleman y otros han transitado, pero nada más que eso. Ahora expondré cuál es, según mi opinión, el principio que justifica la limitación a la obligación de compensar.

La idea central de mi posición es que la obligación de compensar debe limitarse en todos aquellos casos en los que las reglas de una práctica o institución social así lo requieran siempre que, primero, estas prácticas o instituciones puedan justificarse en virtud de que producen beneficios mutuos y, segundo, no exista posibilidad alguna de que dichas prácticas o instituciones funcionen para beneficios mutuos, sin la limitación a la obligación de compensar⁴⁰.

⁴⁰ De algún modo, la idea de que la limitación de la obligación de compensar debe provenir no de los derechos de la víctima sino de algún principio distinto ha sido sugerido en algunos de los pasajes de la obra de J. J. Thomson. En *Remarks on Causation and Liability*, Thomson sostiene que la exigencia de una vinculación causal entre el daño de la víctima y quien debe compensar es una consecuencia de nuestro interés por la "libertad de acción". Así, A no debe compensar el daño de B que aquél no ha causado pues si lo debiera compensar su libertad de actuar se vería perjudicada. Si obligáramos a A a compensar a B no podría planear su vida con anticipación dado que podría ser obligado a compensar daños con los cuales

Esta idea deja una gran incertidumbre pues no especifica en forma general cuáles son las prácticas o instituciones que existen en nuestra sociedad, ni la forma en que su justificación puede realizarse, ni si la compensación es incompatible con la misma existencia de la práctica o institución. Reconozco esta incertidumbre y no estoy dispuesto a despejarla totalmente pues ello me llevaría más lejos de donde quiero ir.

De todos modos, quiero resaltar que la limitación a la obligación de compensar que aquí ofrezco es diferente a la de Coleman y a la de todos aquellos que recurren a los derechos de la víctima.

Prima facie podría pensarse de otro modo. El hecho de que la limitación que ofrezco recurra a las reglas de prácticas o instituciones puede verse como una forma sofisticada de recurrir a los derechos de la víctima ya que, sin duda, las reglas de las prácticas o instituciones dan origen a derechos.

no está en modo alguno relacionada. Sin embargo, Thomson sugiere que la "libertad de acción" no permite explicar la razón por la cual creemos que A no debe compensar a B si le causó un daño por algún accidente inesperado, que A tomó todas las precauciones para evitar cuando no podemos pensar que él pudo prever que lo que hizo causaría un daño. Según Thomson, la razón por la que A no debe compensar en casos como éste es un "argumento de utilitarismo de reglas" proveniente de nuestro compromiso con la libertad de acción de todos nosotros que nos lleva a preferir vernos libres de los costes de los daños que causamos a otros del modo en que A lo ha hecho que a ser liberados de los daños que sufrimos análogos a los que sufre B. En síntesis, para Thomson, como para mí, existen dos principios cuya articulación puede explicar tanto la obligación de compensar como la limitación a ella sin que ninguno de los dos tenga relación con los derechos de la víctima. La diferencia central entre la posición de Thomson y la mía es que yo creo que el principio que limita la obligación de compensar no puede ser un principio "utilitario de reglas". Los principios utilitarios de reglas pueden sacrificar los intereses de las víctimas cuando ello maximiza la utilidad. Un principio utilitario de reglas puede justificar que B no sea compensado si el perjuicio de B es menor que el beneficio de todos los demás. Tal como surge del texto yo sostengo que los principios que limitan la obligación de compensar pueden justificarse en virtud de que producen beneficios mutuos o recíprocos. Así, para justificar la limitación de la obligación de compensar a B hará falta que dicha limitación no sea beneficiosa más a los demás de lo que perjudica a B sino que beneficie a B más de lo que lo benefician principios alternativos. Véase Thomson, Judith J., "Remarks on Causation and Liability", en *Rights, Restitution & Risk*, Harvard U. Press, 1986, págs. 192-224, esp. pág. 205.

Sin embargo, existe una diferencia crucial entre las soluciones a la Coleman y la mía. Para quienes sustentan aquélla los derechos relevantes son derechos de primer grado, son derechos que derivan de una teoría distributiva de la justicia y que determinan qué es lo que cada uno de nosotros tiene derecho a hacer o qué es lo que cada uno de nosotros tiene derecho a que otro no haga. En cambio, los derechos que derivan de las reglas de las instituciones o prácticas que según mi visión limitan la obligación de compensar, son derechos de segundo grado. Son derechos que excepcionan a la obligación de compensar que no depende a su vez, de aquello que tenemos derecho a hacer o aquello que tenemos derecho a que otro no haga.

En otras palabras, el límite que yo creo adecuado a la obligación de compensar no depende de los derechos del agente causal del daño a realizar determinadas conductas ni del derecho de la víctima a que dicha conducta no se realice. En mi visión, los únicos derechos relevantes son el derecho a no compensar por el daño que uno causa que deriva de las reglas de prácticas o instituciones cuya existencia beneficia a todos y que no podrían subsistir sin que se limite la obligación de compensar.

Quiero dejar en claro que ni la distinción entre derechos primarios y secundarios, es decir derechos a realizar una acción y a que ella no se realice y derechos a ser compensado y a no compensar, ni la afirmación de que los derechos secundarios no derivan o dependen de los derechos primarios, implican la inexistencia de toda relación entre ambos tipos de derechos. Así, por ejemplo, la inexistencia de un derecho secundario a ser compensado en los casos en que a pesar de haber sido dañado no existe la obligación de compensar, usualmente genera un derecho primario en cabeza del agente causal del daño a realizar la conducta dañosa.

Creo que podemos tener un sentido acabado de lo que quiero decir si volvemos al ejemplo del mercado que generó toda esta discusión.

Supongamos que el mercado puede justificarse en razón de que, dado el sistema de incentivos prevalecientes en nuestra sociedad, es la mejor manera de beneficiar a los que están peor vis à vis todos los otros sistemas de producción y distribución de recursos. Supongamos también, que el mercado no podría funcionar si aquellos que como consecuencia de pro-

ducir mejor y más barato bienes apreciados por otros tendrían que compensar los daños que causan a quienes carecen de esta habilidad. La idea que está detrás de esta suposición es que si hubiera que compensar nadie se arriesgaría a producir mejor o más barato pues mientras que si fallan deberían cargar con todas las pérdidas del caso, si tienen éxito deberían compartir los beneficios con aquellos a quienes han causalmente perjudicado.

Bajo estas dos presuposiciones, que creo pueden defenderse con muy buenos argumentos, A no debería compensar a B por el daño que le ha causado al producir los bienes en el mercado. La limitación a la obligación de compensar no surge del hecho de que B no tiene derecho a que A no haga lo que hizo como en última instancia presupone Coleman, sino del hecho de que si A tuviera que compensar a B en un caso como éste, la institución social del mercado no podría existir y, con ello, sería imposible obtener los beneficios que de ella se derivan.

Es posible que mis ideas no surjan con claridad de lo anterior. Por ello, quiero exponerlas usando un ejemplo más. Supongamos que A y B son jugadores de rugby de equipos distintos. Supongamos que A, en un match con el equipo al que B pertenece, daña a B involuntariamente. ¿Debe A compensar a B por el daño causado?

La respuesta, como en el caso del mercado, dependerá de dos cuestiones distintas. Primero, si podemos justificar el juego del rugby de algún modo. Segundo, si el juego del rugby podría subsistir para beneficios mutuos con la obligación de compensar los daños involuntariamente causados.

En primer lugar, creo que el juego del rugby puede justificarse pues, como muchos otros juegos, templó el carácter, fortalece el físico, fomenta el compañerismo y además divierte a quienes lo practican. Hace todo ello sin un costo demasiado excesivo para los propios jugadores.

En segundo lugar, el rugby no podría jugarse si los jugadores fuesen obligados a compensar los daños que causan. Es bien probable que el rugby dejaría de ser el juego que es pues los jugadores no se involucrarían en cada una de las jugadas del modo en que ahora lo hacen en virtud del temor a causar un daño involuntario. Al generalizarse esta actitud el juego perdería mucho de lo que tiene. Probablemente, no fortalecería el físico, pues los jugadores sabrían que la posibilidad

de daños disminuye notablemente de modo que no tiene sentido fortalecerse, no templaría el carácter, por las mismas consideraciones, y todo ello quitaría buena parte de diversión a quienes lo juegan⁴³.

Si lo que digo es correcto, A no debería compensar a B los daños que le causa en el partido mencionado. Pero la situación cambia radicalmente cuando A ocasiona a B un daño intencional, es decir un daño consecuencia de una acción de A realizada con la sola intención de dañar. En este caso, B debería compensar a A pues no se satisfacen los requisitos que exige la limitación a la obligación de compensar.

Un punto que quiero destacar antes de terminar esta sección es que la forma en que he encarado el problema del alcance es consistente con FS. Recuerde que FS es una visión de la importancia de las acciones que no se satisface si sólo vemos a las acciones como hechos operativos que permiten justificar un trato diferente a la luz de consideraciones agregativas. A diferencia de FD, FS requiere que lo que hacemos sea un criterio para decidir cuáles instituciones son correctas y cuáles no, por ello FS es una visión externa de la importancia de las acciones mientras FD es una visión interna. Además, FS afirma que existe un valor en vivir de acuerdo con lo que hacemos, valor que es independiente de nuestro bienestar, por ello FS es una visión positiva mientras que FD no lo es.

Creo que es fácil concederme que durante todo el tiempo que afirmé que debemos compensar todas las consecuencias de nuestras acciones no he contradicho las consideraciones de las que partí.

La cuestión es si al recurrir a reglas o instituciones para limitar el problema del alcance no socavo mis propias afirmaciones anteriores. En otros términos, ¿el problema del alcance no muestra que FS es una concepción interna del valor de las decisiones como FD?

Es legítimo hacerse la pregunta del párrafo precedente pues no dije mucho respecto de las instituciones o prácticas cuyas reglas pueden limitar el alcance de la obligación de responder. No lo voy a hacer ahora tampoco pues ello me re-

⁴³ George Fletcher ha dado un tratamiento muy interesante a casos en los que se discuten daños en el deporte. Véase Fletcher, *op. cit.*, nota 15.

queriría toda una teoría institucional. Lo único que quiero decir es que el criterio sobre la base de la cual estas instituciones deben estructurarse es, precisamente, FS.

Creo que la forma más directa de explicar lo que tengo en mente requiere usar nuevamente el ejemplo de la bancarrota de B. Más arriba sostuve que A no debe compensar a B pues, primero, el mercado es una institución justificada y, segundo, el mercado no podría funcionar si aquellos que como consecuencia de producir mejor y más barato bienes apreciados por otros tuvieran que compensar los daños que causan a quienes carecen de esta habilidad. Dejemos de lado el segundo requisito y concentrémonos en la justificabilidad de las instituciones o prácticas.

Si yo sostuviese que la justificación del mercado responde a, por ejemplo, el hecho de que esta institución maximiza la riqueza de una sociedad, sin duda violaría lo que FS requiere. Ello es así, pues en ese caso la limitación de la responsabilidad de A sólo podría explicarse por el hecho de que dicha limitación sirve al ideal de la riqueza y en tanto tal, la consideración que tenemos por dicha acción sería la que postula FD, más precisamente, como un hecho operativo que permite justificar un trato diferente basado en consideraciones agregativas.

Pero si la justificación del mercado radica en que, dado el sistema de incentivos prevaletientes en nuestra sociedad, el mercado aumenta la cantidad de recursos disponibles y permite a todos (o quizá sólo a los que están peor) que elijan más libremente, *vis á vis* todos los otros sistemas generales de producción y distribución de recursos que conocemos, la cuestión cambia. La limitación de la obligación de compensar ya no se encuentra subordinada a la promoción de ningún bien colectivamente considerado sino, por el contrario, a la promoción del mismo valor que justifica la obligación de compensar, más precisamente, el valor de vivir de acuerdo con nuestras decisiones.

Si ello es así, el hecho de que la concepción compensatoria recurra a las reglas de prácticas o instituciones para resolver el problema del "alcance" no tiene consecuencias perturbadoras para mi propia posición. Ello no implica negar que toda la cuestión de la responsabilidad puede explicarse a partir de una particular teoría de la importancia de nuestras decisiones, FS.

XIII. ALGUNAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONCEPCIÓN COMPENSATORIA

En las secciones anteriores he intentado presentar los elementos esenciales de una concepción de la justicia correctiva construida sobre la idea de la relevancia moral de nuestras acciones y de la importancia de vivir de acuerdo con ellas. En esta sección quiero explorar el impacto de la concepción compensatoria de la justicia correctiva en algunos de los problemas jurídicos de la responsabilidad extracontractual. Esta sección, de un modo muy superficial, pretende sustentar la afirmación que hice al comienzo de este trabajo en el sentido de que las cuestiones jurídicas más complejas sólo pueden resolverse si tenemos una clara idea de las razones que justifican la obligación de compensar.

Obviamente, las consideraciones que siguen presuponen que el derecho y la moral están conectados de alguna manera. De otro modo, si la moral fuera irrelevante para el derecho, nada de lo que se dijera respecto de la justicia podría tener trascendencia para las cuestiones de la responsabilidad legal. Afortunadamente, a los efectos presentes no es preciso discernir cuál es la naturaleza de esa conexión, basta con presuponerla.

La primer consecuencia de lo que he sostenido más arriba es que la responsabilidad objetiva ya no puede ser vista como una excepción al régimen general de la responsabilidad civil. La responsabilidad objetiva no es un fenómeno marginal que requiere una explicación *ad hoc* y una justificación mayor que la obligación de responder en los casos en que los daños en cuestión fueron ocasionados por culpa, tal como muchos autores han pensado.

Debemos responder por los daños que causamos con independencia de los contenidos subjetivos de nuestras acciones en virtud de que la compensación es una consecuencia de la idea de que la única manera en que un sistema social respeta la relevancia de nuestras acciones es si impone la obligación de compensar las consecuencias dañosas de ellas. Por ello, para saber si A debe compensar a B por p, es intrascendente estudiar si A ha hecho p sabiendo o debiendo saber que p no debía hacerse. A debe compensar a B por la sola razón de haber dañado a B.

Más aún, lo que necesita una explicación *ad hoc* y justificación ulterior es la exigencia de muchas leyes y códigos que requieren que el actor haya actuado con culpa para que se le imponga la obligación de compensar. Mi posición no es que esta justificación no puede encontrarse sino que ella debe satisfacer los mismos requisitos impuestos para otras limitaciones a la obligación de compensar. De acuerdo con esta idea, la exigencia de la culpa en el actor, como precondition de la obligación de compensar, únicamente estará justificada si ello fuera requerido para que una práctica o institución que consideramos justificada por conseguir beneficios recíprocos pueda continuar existiendo.

La segunda consecuencia derivada de la adopción de la concepción que he delineado más arriba es la superación definitiva del debate acerca de la cuestión de la compensación por los daños producidos por conductas lícitas.

Tal como hemos visto más arriba, la idea de que no se debe compensar por las consecuencias dañosas de nuestras acciones si no existe alguna obligación de no hacer lo que de hecho se hizo es una convicción bastante extendida. Ella está detrás de la solución que Coleman y otros han propuesto al problema del "alcance".

Esta convicción ha sido particularmente desafiada en el ámbito de la responsabilidad del Estado. La razón que motivó este desafío ha sido la convicción de que como el Estado es quien determina lo que él puede hacer parece no ser justo que no compense cuando realiza una acción dañosa que él mismo autorizó.

Pero la responsabilidad del Estado no es el único caso en que la cuestión de los daños lícitos emerge. También emerge en aquellos casos de daños producidos en estado de necesidad. Por ejemplo, cuando A para salvar la vida de C, realiza la acción p por medio de la cual daña z, un bien de menor valor e importancia que la vida de C, pero que pertenece a B⁴⁴. O

⁴⁴ Muchas han sostenido que la idea de que los daños causados en estado de necesidad deben ser compensados es una consecuencia del principio del enriquecimiento indebido. De este modo, para estos autores, en tanto y cuanto el que causó el daño no se enriqueció no debe ser obligado a compensar. (Es interesante notar que algunos autores sostuvieron que toda la cuestión de la justicia correctiva puede verse como una derivación del

daños que son necesarios para continuar con el proceso productivo, por ejemplo, las molestias que ocasionan el ejercicio de ciertas actividades productivas referidas en el artículo 2618 del Código Civil Argentino⁴⁵.

La posición que he defendido no se enfrenta con ningún problema para solucionar estos casos. Como no se correlaciona la obligación de compensar con la existencia de un derecho de la víctima a que el agente causalmente responsable del daño no haga lo que hizo, la discusión acerca de si la conducta que causó el daño fue correcta o incorrecta deviene en intrascendente. La fundamentación de la obligación de responder no reside en la violación de ningún deber de parte de quien causó el daño. Lo único que interesa a los fines de la compensación es, primero, si una conducta causó un daño y, segundo, si existen razones que aconsejan limitar la obligación de compensar en virtud de la necesidad de preservar una práctica o institución cuya existencia no puede ser preservada a menos que se adopten limitaciones a la obligación de compensar⁴⁶.

principio del enriquecimiento sin causa. Véase Coleman, Jules, "Corrective Justice and Wrongful Gain", *Journal of Legal Studies*, 11, págs. 421-440). Yo creo, por el contrario, que la cuestión de la compensación en estos casos responde a los mismos principios que la compensación en todos los demás casos. En virtud de ello, quien causa un daño en estado de necesidad deberá compensarlo por el mero hecho de haberlo causado, salvo que la compensación haga imposible la existencia de prácticas o instituciones que funcionan para beneficios mutuos.

⁴⁵ Este artículo dice "Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediante autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso...".

⁴⁶ José María López Olea dice, quizá en el mejor artículo que se ha escrito en la Argentina sobre la teoría de la responsabilidad extracontractual afirmaba, que era un error concebir a esta teoría como un capítulo de la teoría de los actos ilícitos, no obstante la ubicación de los artículos que regulan la obligación de compensar en el Código Civil Argentino. En su opinión la teoría de la responsabilidad debía considerarse como una teoría de los actos dañosos los que podían ser lícitos o ilícitos. Véase López Olea

En tercer lugar, la visión aquí desarrollada considera injustificada la obligación de compensar los daños que no son consecuencia de las conductas del agente. En virtud de que quien no daña no puede ser obligado a compensar daños de ningún tipo, la concepción compensatoria desaconseja la instrumentación de sistemas de responsabilidad civil como el de Nueva Zelanda.

La "Accident Compensation Act of 1972" aprobada por el Parlamento de Nueva Zelanda abolió el deber de compensar y el derecho a ser compensado por el agente causal de daños personales sufridos por trabajadores y víctimas de accidentes automovilísticos como consecuencia de conductas no culpables. (El año siguiente esta solución se extendió a todas las víctimas de daños personales no culpables). Al mismo tiempo se constituyó un fondo, al que contribuían empleadores, automovilistas en general, más otros fondos provenientes de rentas generales, del cual se extraía el dinero necesario para compensar a las víctimas que no podían accionar contra los agentes causales de sus daños. De acuerdo con este sistema, son compensables con el dinero proveniente de estos fondos los gastos médicos que incluyen los de rehabilitación, el 80% de los salarios no cobrados y, en algunos casos, el daño moral. El daño a la propiedad (directo de acuerdo con lo establecido por el artículo 1078 de nuestro Código Civil) no está incluido. El trámite para obtener compensación es administrativo y no intervienen los jueces en modo alguno⁴⁷.

Los partidarios de este sistema lo han justificado sosteniendo que evita la subcompensación de aquellos daños que como consecuencia de la mala fortuna de los actores en los respectivos juicios no pueden ser probados, la sobrecompensación de aquellos daños cuyas víctimas reciben no sólo la indemnización por parte del causante del daño sino además la de su propio seguro y algunos beneficios sociales —pensión por invalidez, etc.— y, por último, en virtud de que el procedimiento es administrativo, el sistema evita el inútil gasto en honorarios profesionales y demás costas procesales. Dado que

circuní, José María, "Esencia y Fundamentos de la Responsabilidad Civil", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1968.

⁴⁷ Véase Henderson, James A., "The New Zealand Accident Compensation Reform", 48 *U. Chicago Law Review* (1981), págs. 781-801.

el sistema neocelandés sólo exige la prueba del daño por ante una autoridad administrativa y la indemnización excluye todos los otros gastos, sus partidarios afirman, que las compensaciones son más adecuadas y económicas que la de los sistemas convencionales.

El problema comúnmente señalado por los detractores del sistema es que disminuye los efectos disuasorios de los sistemas convencionales. Estos últimos, al imponer la obligación de compensar a quien causa los daños, disuaden tanto la realización de actividades riesgosas por parte de los agentes causales de los daños como la exposición a los riesgos por parte de las víctimas de dichos daños⁴⁶. Así, se sostiene que el sistema neocelandés disminuirá las medidas de seguridad a menos que se tenga un especial cuidado de hacer contribuir al esquema de compensación únicamente a aquellas actividades similares a las que engendran los daños. Así, por ejemplo, habría que imponer la obligación de contribuir por los daños producidos por automóviles a aquellos que manejan peligrosamente o a quienes manejan automóviles peligrosos.

Mi crítica al sistema neocelandés es diferente. Creo que el sistema de compensación de Nueva Zelanda no puede aceptarse por la razón de que impone la obligación de cargar con los costos de los accidentes a terceros que no tienen con el accidente la adecuada vinculación. En efecto, dado que los costos de los accidentes son pagados con fondos no provenientes del bolsillo de quien los causó, el sistema de compensación externaliza la obligación de compensar. De este modo, el sistema ignora la relevancia normativa de las acciones dafinosas de aquellos que causaron el daño y, con ello, impide la consecución del bien que consiste en que ellos vivían de acuerdo con sus decisiones⁴⁷.

⁴⁶ Véase Brown, Craig, "Deterrence in tort and no-fault: the New Zealand experience", *California Law Review*, vol. 73, nro. 3, págs. 976-1003.

⁴⁷ No obstante lo que sostengo en el texto el sistema de compensación de Nueva Zelanda podría justificarse si pudiese concebirse como una excepción al principio de que debemos compensar las consecuencias dañosas unidas con nuestras acciones por un adecuado nexo de causalidad. Ello podría suceder si fuese verdad que la obligación de compensar debe limitarse dado que, primero, el sistema puede justificarse en virtud de que produce beneficios mutuos y, segunda, no existe posibilidad alguna de que el sistema funcione para beneficios mutuos, en la limitación a la obligación de

La concepción compensatoria de la justicia correctiva que he desarrollado, también desaconseja los sistemas de responsabilidad absoluta en los que la obligación de compensar se impone aun cuando se pruebe que el daño fue causado por la conducta de la propia víctima o de un tercero por quien no se deba responder. La razón es que ambos sistemas se apartan de la idea de que sólo aquel que causa el daño debe cargar con la obligación de repararlo⁵⁰.

En cuarto lugar, la concepción correctiva se opone a la existencia de una obligación de compensar por la mera imposición a otro del riesgo de daño.

En forma reciente, en especial en el ámbito de la responsabilidad por los daños tóxicos y masivos, se ha sostenido la tesis de que debe imponerse la obligación de compensar por la mera probabilidad de que ciertas acciones ocasionen daños debiendo determinarse el monto de la compensación debida mediante un cálculo consistente en el descuento del valor ab-

compensar. De acuerdo con las informaciones disponibles ello no sucede en el caso de Nueva Zelanda. El sistema sólo funciona para el beneficio de aquellos que crean más riesgos. Ello así pues éstos aportan lo mismo que todos los demás al fondo del cual se extrae el dinero necesario para compensar a las víctimas, lo que funciona en perjuicio de los que imponen menos riesgos. Si la situación fuera una en la que todos se imponen los mismos riesgos recíprocos o la obligación de aportar al fondo común estuviera limitada a aquellos que crean un idéntico riesgo, quizá el sistema podría justificarse. En esos casos, la disminución de costos en honorarios profesionales y demás costas procesales disminuiría el monto neto que cada uno debería pagar y esto sí estaría en beneficio de todos. Mi oposición al sistema neocelandés se puede extender a aquellos sistemas que, como el argentino, imponen la obligación de asegurarse por ciertos riesgos sin obligar a las compañías de seguro que agrupen a los asegurados en categorías similares en razón del tipo de riesgo que imponen a los demás y los daños que han causado en el pasado.

⁵⁰ Las responsabilidades en garantía merecen un párrafo aparte. En ellas quien se encuentra obligado a compensar es alguien que no causó el daño. Podría parecer que la concepción compensatoria debería oponerse a este tipo de responsabilidad pues quien compensa no ha realizado ninguna acción dañosa. Sin embargo, ello no es así. La razón es que la obligación de compensar está aquí justificada por la necesidad de garantizar la actividad de otros y no por haber tenido alguna relación especial con el daño. (Agradezco a J. Barraguirre el haberme llamado la atención acerca del problema de las responsabilidades en garantía).

soluto del daño por la probabilidad de su ocurrencia⁵¹. Se justifica esta posición en que cierto tipo de daños son tan gravesos que cuando suceden no se puede poner a la víctima en el lugar que ella tenía antes del daño (piénsese en accidentes nucleares que borran familias enteras). Citan en apoyo de esta idea muchas instancias en las que nuestros sistemas imponen la obligación de compensar por riesgos. Así, por ejemplo, se alude a la compensación por pérdida de *chance* y al carácter probabilístico de la relación causal⁵².

No es este trabajo el lugar para desentrañar todas las implicancias y fundamentos de esta posición⁵³. Lo único que me interesa destacar aquí es la razón por la que la concepción compensatoria rechaza la compensación por la imposición de riesgos. De todos modos, y como una preparación del camino, quiero destacar que las dos instancias citadas en las que según estos autores estamos dispuestos a imponer la responsabilidad por riesgos —esto es la compensación por la pérdida de la *chance* y el carácter probabilístico de la relación causal— no son tales.

La indemnización por la pérdida de la *chance* no es una indemnización por un riesgo, es decir por la probabilidad de que cierto daño futuro ocurra, sino por un daño ya ocurrido cuyas reales consecuencias todavía ignoramos. En efecto, cuando compensamos por la pérdida de la *chance* sabemos que la víctima del daño ha perdido la posibilidad de hacer algunas cosas que hubiera deseado, y creemos que hubiera podido hacer. Compensamos por la pérdida de una opción. La única razón por la que no compensamos la pérdida de la opción en cuestión del mismo modo en que la compensaríamos si la víctima ya hubiera optado por ella es, sencillamente, que en el caso de pérdida de *chance* no sabemos si en el futuro la víctima, pudiendo hacerlo, iba a adoptar dicha opción. Como tenemos incertidumbre al respecto sólo compensamos descontando el valor de la pérdida de la opción por la probabilidad de que la víctima hubiera optado por ella.

⁵¹ Véase Robinson, Glen O., "Risk, Causation and Harm", en *Liability and Responsibility*, Cambridge U. Press, 1991, págs. 317 y sigs.

⁵² Véase McCarthy, David, "Liability and Risk", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, number 3, summer 1996.

⁵³ Lo hago en un artículo tentativamente titulado "Riesgos y responsabilidades" por aparecer en una compilación sobre teorías de la responsabilidad llevada a cabo por Ernesto Garzón Valdéz.

La incertidumbre también rodea la obligación de compensar en aquellos casos en que la relación entre el daño de la víctima y la conducta del agresor es sólo probable. (Recordemos que los partidarios de la responsabilidad por la imposición de riesgos sostienen que así como estamos dispuestos a imponer la obligación de compensar cuando la relación causal es sólo probable debemos compensar cuando el daño es sólo probable, es decir, cuando sólo hay riesgo de daño). Para encarar la cuestión pensemos en el famoso caso "Summers vs. Tice"⁵⁴ que resolvió la Corte Suprema del Estado de California en el año 1948. El Sr. Summers junto con Tice y Simonson salieron de cacería. En un momento-determinado, Tice y Simonson dispararon, presumiblemente a un pato, con la mala fortuna de que un disparo alcanzó a Summers en un ojo. La prueba balística no pudo determinar de qué arma había partido la bala dado que ambas armas eran idénticas. La Corte Suprema, confirmando un fallo de la corte de primera instancia, condenó a ambos a pagar solidariamente el total daño. La razón de la condena no fue claramente expuesta aunque todos los comentaristas americanos sostienen que la decisión fue justa⁵⁵. Una explicación de la justicia del

⁵⁴ 33 Cal. 2d. 80, 199 P. 2d 1 (1948).

⁵⁵ Tengo dudas acerca de cómo se hubiera resuelto este caso en la Argentina. Varios autores rechazan la obligación de compensar si no se ha probado escabidamente la existencia de la relación causal entre el daño y la conducta del demandado. Así entiende ya la posición de Buenos quien parece sostener que cuando creemos adecuado compensar un daño por la probabilidad de que exista un vínculo causal entre la conducta del demandado y el daño en realidad estamos compensando la pérdida de chances que se produce como un resultado causal seguro de la conducta del demandado. Si la relación causal entre la pérdida de chances y la conducta de la víctima no está escabidamente probada, Buenos se inclina por la imposibilidad de obligar a compensar. (Véase Buenos, Alberto J., *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Hammurabi, 2º ed., 1994, págs. 331 y sigs.) En igual sentido se pronuncia Vázquez Ferreira quien sostiene que si admitimos lo que llama la "teoría de la causalidad virtual" bastaría probar la culpa del responsable junto a la posibilidad en abstracto de curación (cuando se trata de daños médicos) para imponer la obligación de compensar, presumiéndose la relación causal. Vázquez Ferreira sostiene que esto es injusto "pues son infructuosos los casos en los cuales la no curación obedece al propio proceso natural del paciente siendo indiferente la actuación del profesional". (Véase Vázquez Ferreira, Roberto, "La Prueba de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil", *La Ley*, diario 24/96, pág. 23. Creo que la razón por

fallo²⁴, la más común, es que si bien no existían más razones para pensar que alguno de los dos demandados era el responsable del daño que para pensar que no lo era —existían, tanto para Tice como para Simonson, .5 probabilidad de que cada uno de ellos fuera el autor del daño y .5 de que no lo fuera— la probabilidad de error, si ninguno compensaba a la víctima era mayor que si ambos eran obligados a hacerlo. En efecto, suponga que el daño por la pérdida del ojo de Summers es de \$100. Si Summers no es compensado ni por Tice ni por Simonson el error esperado tiene un valor de \$200. Ello así pues sabemos que Summers no se causó el daño a sí mismo, de modo que si es obligado a cargar con el daño se cometerá un error de \$100. Además, sabemos que Tice es .5 probable de haber causado el daño de modo que si es liberado de la obligación de compensar habrá un error esperado de .5 (\$100), es decir \$ 50, idéntico al error esperado si Simonson es también liberado de la obligación de compensar. Si, por el contrario, tal como decidió la Corte de California, Tice y Simonson son obligados a compensar todo el daño el error es de \$100. Esta cifra resulta de la siguiente adición: Si Tice es obligado a compensar todo el daño habrá un error esperado de .5 \$100, es decir \$50, dado que es sólo .5 probable que Tice haya causado el daño. Lo mismo sucede con Simonson. No habrá error esperado respecto de Summers pues sabemos que él no se causó el daño. Dado que un margen de error de

la cual estos autores argentinos no alcanzan a percibir la justicia de la solución dada por la Corte Suprema de California al caso "Summers vs. Tice" es que no tienen en cuenta que dicha solución minimiza el margen de error de la decisión. De todos modos, y a pesar de lo que piensan los autores antes citados creo que en el derecho argentino la solución correcta es la misma que en el derecho americano. En mi opinión el principio de la "minimización del error" que justifica la decisión de imponer la obligación de compensar a Tice y Simonson se encuentra consagrada en el artículo 1119 del Código Civil argentino cuando dispone que en el caso de que se produzcan daños "por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer" y se ignora la habitación de donde proceden (las cosas suspendidas) todos los inquilinos de la casa deben responder por el daño causado. En virtud del principio receptado en este artículo, un juez argentino debería solucionar un caso similar a Summers vs. Tice del mismo modo en que lo solucionó la Corte Suprema de California.

²⁴ Véase Levmore, Saul, "Probabilistic recoveries, restitution and recurring wrongs", *Journal of Legal Studies*, 821 (1990).

\$100 es menor que un margen de error de \$200, la decisión de la Corte es la que minimiza el error⁵⁷.

Como surge de "Summer vs. Tice" la razón por la que estamos dispuestos a imponer la obligación de compensar por los daños a quien es sólo un probable causante de ellos es que en condiciones de incertidumbre esta solución minimiza el error. Si ello es así no podemos extender nuestra aceptación del carácter probabilístico de nuestros juicios causales⁵⁸ para aceptar también la responsabilidad por los riesgos, pues la justificación de este último tipo de responsabilidad no está asociada en modo alguno con la incertidumbre sino con la idea de que, por un lado, los demás tienen derecho a no ser injustamente sometidos a riesgos y, cuando ello sucede, tienen derecho a ser compensados.

Después de haber señalado las diferencias existentes entre la responsabilidad por riesgos, por un lado y, por el otro, la responsabilidad por la pérdida de *chance* y el carácter probabilístico de la relación causal quiero señalar la razón en virtud de la cual la concepción compensatoria que he ofrecido sostiene que no deben compensarse los riesgos de daños.

⁵⁷ En realidad el principio de la minimización del error no explica toda la decisión del caso. Si sólo estuviéramos preocupados por minimizar el error la decisión debería haber sido imponer una obligación mancomunada de compensar la mitad del daño a cada uno y no una obligación solidaria de todo el daño, tal como de hecho se decidió (el art. 1119 del Código Civil también impone una obligación solidaria para los casos citados en la nota 54). Las razones de la Corte Suprema para imponer la obligación solidaria fueron las siguientes "when we consider the relative position of the parties and the results that would flow if plaintiff was required to pin the injury on one of the defendants only, a requirement that the burden of proof on that subject be shifted to defendants becomes manifest. They are both wrongdoers —both negligent toward plaintiff. They brought about a situation where the negligence of one of them injured the plaintiff, then it should rest with them each to absolve himself if he can. The injured party has been placed by defendants in the unfair position of pointing to which defendant caused the harm. If one can escape the other may also and plaintiff is remediless".

⁵⁸ En realidad la expresión "el carácter probabilístico de la relación causal" es engañosa. Tal como bien ha afirmado R. Wright la causalación no es probabilística aunque nuestro conocimiento de lo puede ser. Véase Wright, Richard, "Causation in Tort Law", *California Law Review*, Vol 73, esp. págs. 1821-1836.

Recordemos que la concepción compensatoria parte del principio de que debemos tomar en cuenta las acciones que cada uno de nosotros realiza, lo que únicamente sucede si compensamos los daños que causamos, en virtud de que es bueno vivir de acuerdo con las consecuencias de nuestras decisiones.

Dado este punto de partida no podemos exigir al demandado la obligación de compensar cuando impone un riesgo de un daño a otro sencillamente porque la mera imposición de un riesgo no implica la existencia de consecuencias dañosas. Existen innumerables riesgos de daño que no se actualizan en daños. Por ello la obligación de compensar los riesgos exigiría que compensemos consecuencias que nunca se produjeron. La concepción compensatoria no puede tolerar un sistema de responsabilidad estructurado de esta manera. Ello así, este sistema requiere un tratamiento distinto al que recomienda la idea de que cada uno debe vivir de acuerdo con las decisiones que toma: no vivimos de acuerdo con las decisiones que tomamos si realizamos conductas meramente riesgosas y debemos compensar tal como si ellas fueran conductas dañosas.

Es importante destacar que este argumento es distinto al ofrecido por aquellos que sostienen que si obligamos a compensar por el mero riesgo de daño, en aquellos casos en los que el riesgo en cuestión se actualiza en un daño los demandados habrán sub-compensado a las víctimas y, en los casos en los que el riesgo no se actualiza, las habrán sobre-compensado. A diferencia de quienes ponen el acento en la sub o sobre compensación de las víctimas, para la concepción compensatoria lo relevante es que la obligación de compensar los riesgos implica la obligación de compensar consecuencias que nunca se han producido.