

Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual

Pablo Suárez*

I

El desarrollo teórico propio de países de tradición continental, ha encontrado por lo general una única justificación filosófica para la responsabilidad extracontractual: la existencia de culpa o motivo de reproche en el actuar del agente, y sólo cuando dicha conducta censurable a su vez deriva en un daño a terceros. Cuando el actuar digno de reproche no culmina en un daño a terceros, y especialmente si la conducta en cuestión -pese a ser causa de un daño- no es reprochable en sí misma (clásicamente, si el agente no pudo prever o evitar aquello que ocurrió), se considera de modo generalizado que el derecho de la responsabilidad extracontractual nada tiene que hacer allí, pues, se afirma, no existe justificación moral para hacer responsable al agente por el daño ocurrido.¹

Es cierto que los autores de tradición continental se han interesado por el modo opuesto de atribuir responsabilidad, la responsabilidad objetiva, ajena al actuar reprochable del agente y sólo fundamentada en la causación de un daño (injustificado) a la víctima. Sin embargo dicho interés, y su desarrollo teórico, casi sin excepción se han dirigido a intentar encontrar soluciones puntuales en derecho a una situación creada por los tiempos modernos.² En el mundo moderno (el de los empleadores industriales y las empresas a gran escala, el de los automóviles, los trenes y los aviones) existían muchos más riesgos que en el mundo en que Aristóteles concibió la noción de Justicia Correctiva,³ y por tanto la noción de responsabilidad derivada del actuar censurable debía complementarse con la que señalaba que, *en determinadas situaciones*, en las que una persona introducía *mayores*

* Abogado (UBA, 1995), Esp. en Ases. Jur. Empresas (UBA, 1999), Profesor de la Universidad de Palermo. Agradezco los comentarios que me hicieron Fernando Racimo y Laura Saldivia tanto en la elaboración como en la edición de este trabajo. Todas las traducciones al español incluidas en el presente me pertenecen.

1. En Francia, ya desde las obras de Domat y Pothier preparatorias del Code Français, conforme las citas en Visintini, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1999, T. 1, p. 3 y ss. Véanse además Planiol, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1926, T. 2, p. 273 y ss.; Planiol, "Fondement de la Responsabilité", *Revue Critique*, Paris, mayo de 1905, p. 277 y ss. cit. por Trigo Represas-López Mesa, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, T. 1, p. 49; Ripert – Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1965, T. V, p. 15 y ss. En el derecho italiano: De Cupis, Adriano, *El Daño*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 21 y ss.; Visintini, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1999, T. 1, p. 30 y ss.; Bianca, Cesare M., "Supervivencia de la Teoría de la Culpa", en *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 137 y ss. En el derecho argentino: Trigo Represas-López Mesa, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, T. 1, p. 48 y ss.; Lafaille, Héctor, *Tratado de las Obligaciones*, Ediar, Buenos Aires, 1947, Vol. I, p. 177 y ss.; Llambías, Jorge J., "El Derecho no es una Física de las Acciones Humanas", en *Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2007, T. I, p. 19-34.

2. Una excepción puede encontrarse en las ideas de Rosenkrantz, Carlos F., "Tres Concepciones de la Justicia Correctiva y de la Responsabilidad Extracontractual", *Revista Lecciones y Ensayos*, 1997, 147-203, donde el autor encara una fundamentación sustantiva para la atribución objetiva de responsabilidad.

3. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Colihue, Buenos Aires, 2007, p. 153 y ss.

riesgos en el mundo (el industrial, el empleador) o una persona se encontraba en una situación de *especial vulnerabilidad* respecto de otras (el peatón respecto de los automovilistas),⁴ debía pensarse más en la injusticia del daño sufrido por la víctima que en la injusticia (o falta de injusticia) de su causación por el agente, atribuyéndose entonces a este último responsabilidad pese a la ausencia de reproche de su conducta.⁵

Los desarrollos teóricos de este tipo no siempre fueron fundamentados en razones de derecho, independientemente de la apelación que hacían a la noción de justicia (o a la de equidad más bien, es decir, a una solución de justicia a aplicar a un caso puntual⁶) para justificar la rectificación de la injusticia de un tipo particular de supuestos. En ningún caso se intentó sostener una base filosófica distinta a la de la culpa que justificase la responsabilidad extracontractual; se trató más –como lo dejó en claro sin eufemismos Ripert⁷– de una conquista política e ideológica que de un avance del pensamiento jurídico

4. Sobre las nociones de “mayores” o “especiales” riesgos, véase nota 70.

5. Podría decirnos que en definitiva existiría una disidencia esencial en torno al fundamento de la responsabilidad extracontractual, ello a estar a las voces que destacan que el factor subjetivo de atribución (y con él la función eminentemente ordenadora de las conductas humanas de tal derecho) no sería el único que rige en el ámbito de la misma. Sin embargo creo que dicha diferencia no es fundamental en verdad, y que no invalida por tanto la descripción efectuada inicialmente en torno a la visión tradicional de la justificación de este tipo de responsabilidad. Es así que, más allá de que un número importante de voces de dicha visión destaquen el surgimiento de nuevas fuentes de la obligación de responder, en todos los casos dejan en claro -explícita o tácitamente- que el fundamento moral primero de la responsabilidad extracontractual debe encontrarse en la culpa. Entre incontables opiniones en este sentido, véase Trigo Represas-López Mesa, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, cit. en nota 1, p. 53, donde a su vez se cita a Borda, Guillermo, “Apropósito de las Cosas Riesgosas en la Responsabilidad Médica”, *La Ley*, 1993-B-693 (“Tampoco estoy en contra de la tendencia moderna a ampliar el campo de aplicación del llamado derecho de daños, porque todo lo que sea reparar el daño sufrido por un ser humano, merece mi mayor simpatía. Pero llegado el momento de elegir quién debe afrontar la reparación, no debe olvidarse nunca la justicia, que es el centro del derecho. Imputar responsabilidad a quien ni la razón ni la justicia indican que debe afrontar la reparación, no sólo es contrario a ese sustento básico del derecho, sino que también es inferirle a él un daño injusto, como sería pagar la indemnización”). Razón por la cual, no obstante su extensión numérica, queda reservado a la responsabilidad objetiva un lugar teóricamente residual. Véase en este sentido Piaggio, Anibal N., “Presencias de la Culpa”, en *Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2007, T. 2, p. 556 (“[L]as reglas en Derecho no son cuantitativas sino cualitativas: la regla no surge de la multiplicidad de casos, de su apilamiento”). Además, dicho lugar teóricamente residual surgiría, no tanto de razones sustantivas, como de una necesidad de los tiempos modernos en los casos en que el factor subjetivo de atribución resulta “impotente para reglar la fricción de intereses entre los individuos” frente a los avances tecnológicos y productivos y el aumento de riesgos que ello significa (conf. Goldenberg, Isidoro H., “La responsabilidad Civil. Ensayo de Sistematización”, en *Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2007, T. 1, p. 556, p. 42). Las razones expuestas, hasta allí, no resultan suficientes para sostener lo que se proponen, pues faltan las justificaciones sustantivas que expliquen por qué en un mundo de estas nuevas características debería ser por ejemplo el titular de la cosa o actividad (más) riesgosa, y no la víctima, quien debiese cargar con el daño causado a pesar de no haber actuado en forma culpable (digo “más riesgosa” pues toda actividad, por definición, es -más o menos- riesgosa). Es imposible continuar aquí con este punto de enorme significación. Véase de todos modos lo agregado al respecto en nota 70.

6. Brebbia, Roberto H., “La Equidad en el Derecho de Daños”, en *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 45 y ss.

7. Ripert, Georges, *Le Régime Démocratique*, núm. 167 y ss., cit. en Ripert - Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, cit. en nota 1, p. 28 (“El deseo de asegurar la reparación de esos daños es tanto mayor cuanto que las víctimas muy a menudo no pertenecen a la misma categoría social que los autores. Los obreros se dirigen contra los patronos; los transeúntes contra los automovilistas. Un sentimiento de desigualdad social, desarrollado por el régimen democrático, da a esta cuestión jurídica un aspecto político.”).

y filosófico.⁸ No es de extrañar, entonces, que estas ideas fueran objeto de furiosos ataques de parte de quienes ofrecían un fundamento moral a la responsabilidad a partir de la culpa, quienes acusaron a los partidarios de la atribución objetiva de responsabilidad de sostener ideas primitivas y hasta inmorales.⁹

II

En los países de la *common law*, en cambio, ha existido un profundo debate acerca de cuál es el fundamento filosófico último del deber de responder por los daños causados a otros, debate en el cual la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva son rivales teóricos de similar peso. Desde los años 70 aproximadamente y principalmente en los Estados Unidos de América, a la par de la discusión que se da en el ámbito de la responsabilidad extracontractual entre las ideas del análisis económico del derecho que postulan a la eficiencia como objetivo principal del sistema y las que siguen proponiendo formulaciones basadas en derechos,¹⁰ tiene lugar un intercambio que aún no concluye entre quienes afirman que debemos responder por los resultados de nuestras acciones independientemente de la existencia de culpa en el actuar, y quienes continúan sosteniendo que la culpa debería ser la razón fundante de la responsabilidad extracontractual. Además, puesto que no se encuentra zanjada la discusión en torno a la preeminencia de la culpa como fundamento moral de la obligación de responder por daños,¹¹ este debate se da —a diferencia de lo que ocurre en nuestras latitudes— en el plano de las ideas filosóficas.

De tal modo, quienes sostienen la atribución objetiva de responsabilidad no lo hacen a partir de reclamar una solución de equidad para la injusticia que ven en un tipo o clase de casos particulares, sino que dan razones morales que explican por qué quien ha actuado incluso sin culpa debería con carácter general responder por los daños causados, existiendo formulaciones teóricas en este sentido tanto a partir de una concepción de la reparación

8. Es interesante ver que desde la Escuela Crítica del Derecho se ha señalado un punto similar: el movimiento político e ideológico del individualismo al altruismo que tuvo lugar del Siglo XIX al XX en el derecho. Véase Balkin, Jack M., "The Rhetoric of Responsibility", 76 *Va. L. Rev.* 197 (1990), citando a Kennedy, Duncan, "Form and Substance in Private Law Adjudication", 89 *Harv. L. Rev.* 1685 (1976).

9. De Cupis, *El Daño*, cit. en nota 1, p. 190 ("El paso de la responsabilidad independiente de la culpa a la responsabilidad vinculada a la culpa constituye un enorme progreso en la historia del derecho, por lo que no es lícito volver a las burdas concepciones de los tiempos primitivos."); Lafaille, *Tratado de las Obligaciones*, cit. en nota 1, p. 178 ("Repugna ciertamente al respeto que merece la dignidad humana, someter las acciones de nuestros semejantes a las mismas leyes que gobiernan el orden físico."); Trigo Represas-López Mesa, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, cit. en nota 1, T. 1, p. 53; Llambías, "El Derecho no es una Física de las Acciones Humanas", cit. en nota 1, p. 23 ("[La atribución objetiva de responsabilidad] propugna una organización jurídica vaciada en sus cimientos de contenido moral [...], convierte al derecho en una física de las acciones humanas, e instaura una regresiva convivencia primitiva que se atiene a la cruda materialidad del obrar sin advertir que los actos humanos son tales por la carga intencional que los anima, pues de otro modo desprovistos de esa nota vital quedan destituidos de su dignidad para pasar a ser simples hechos del mundo animal, externos al hombre." Es que "si hay algún asunto en que aparece más clara esa inmersión del derecho en el orden ético, es el problema de la responsabilidad, que no es posible resolver sin atender al efectivo estado de conciencia del imputado.").

10. Fletcher, George, "Remembering Gary – and Tort Theory", 50 *UCLA L. Rev.* 279 (2002).

11. Y más allá del mayor predicamento que como principio general parece conservar la responsabilidad subjetiva en las recepciones normativas y judiciales de tales ideas.

como restitución,¹² como a partir de una teoría de la agencia humana y la causalidad.¹³ Además, las críticas que los autores de esta afiliación dirigen a sus oponentes teóricos también son de peso, poniéndose de resalto que quienes apoyan la atribución subjetiva de responsabilidad no pueden explicar cómo la razón que señalan para eximir de responsabilidad al autor del daño (la ausencia de culpa), podría llegar a justificar al mismo tiempo que la víctima (que actuó igualmente sin culpa) deba cargar con él. Se señala paralelamente que la responsabilidad por culpa implica en verdad la atribución objetiva de responsabilidad, pues en la generalidad de los sistemas legales en definitiva no importa realmente si el agente pudo o *no pudo* (por ejemplo por ser torpe por naturaleza, sin llegar a ser inimputable) actuar de acuerdo al estándar de diligencia exigido normativamente.¹⁴ Por su lado, quienes siguen postulando a la culpa como factor atributivo de responsabilidad y critican a la posición contraria, no lo hacen ya desde la afirmación de que la noción de responsabilidad objetiva sería primitiva e inmoral -acusación resonante pero no más que una frase vacía-, sino que se hacen cargo de las razones sustantivas que señalan quienes proponen esta visión, y han intentando refutar las atribuciones objetivas de responsabilidad que se apoyan en una concepción de la reparación como restitución o en una teoría de la agencia humana y la causalidad, justamente a partir del análisis de las teorías de asignación primaria de derechos y las teorías causales.¹⁵

12. Epstein, Richard, "A Theory of Strict Liability", 2 *J. Legal Stud.* 151 (1973); Epstein, *Takings: Private Property Under the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985, 97-98; Epstein, "Causation and Corrective Justice: A Reply to Two Critics", 8 *J. Legal Stud.* 477, 500-01 (1979). Epstein ha propuesto una concepción de la responsabilidad extracontractual en la que la obligación de reparación es entendida como obligación de restitución. Ella además se apoya en una concepción de los derechos de la víctima infringidos como derechos de propiedad, y de su violación por parte del agente como intromisión en dicha propiedad, postulando este autor la equivalencia lógica que existiría entre determinadas formas de dañar la propiedad ajena y la apropiación en sentido estricto. De ambas proposiciones se derivaría que la respuesta del derecho frente a tales situaciones deba considerarse un mandato de restitución de lo apropiado por el agente. Como ha sido apuntado, estas ideas se relacionan con una plausible interpretación de la noción de Justicia Correctiva desarrollada por Aristóteles, según la cual existe una equivalencia entre la pérdida injusta de la víctima y la ganancia injusta del agente, que debe ser restituida. Véase Perry, Stephen R., "The Moral Foundations of Tort Law", 77 *Iowa L. Rev.* 449, p. 454-461. Es claro sin embargo que no siempre ganancia y pérdida son equivalentes, punto este que es abordado por Epstein, si bien no es posible desarrollar aquí. Véase Epstein, *Takings: Private Property Under the Power of Eminent Domain*, cit., p. 37-38, cit. por Perry, "The Moral Foundations of Tort Law", cit., en nota 35. La concepción de Epstein presupone una afiliación con ideas libertarias, que se apoyan en una noción fuerte de propiedad. De acuerdo a estas ideas tenemos un derecho de propiedad fundamental sobre nuestras personas, nuestros talentos y capacidades, que debe ser independiente de cualquier determinación política e incluso previo a dichas determinaciones. Esta idea fuerte de propiedad, de la que se deriva un derecho moral de la persona como recién se señaló, en el caso de las consecuencias negativas de sus acciones se traduce en responsabilidad, ya que -para decirlo resumidamente- la contracara de la noción fuerte y pre-política de los derechos es la también fuerte adscripción de los infortunios provenientes de las acciones a sus autores. En este sentido véase Perry, Stephen R., "The Distributive Turn: Mischief, Misfortune and Tort Law", 16 *Quinnipiac L. Rev.* 315 (1996), p. 319.

13. Honoré, Anthony, "Responsibility and Luck. The Moral Basis of Strict Liability", *Responsibility and Fault*, Hart Publishing (1999), p. 14 y ss., originalmente publicado en *104 Law Quarterly Review* (1988). Como se señalará luego al analizar sus ideas, Honoré defiende una atribución objetiva de responsabilidad por los resultados dañosos de nuestras conductas incluso no reprochables, precisamente por tratarse de los resultados de *nuestras* conductas, pues así como nos beneficiamos y se nos atribuyen de los resultados redituables o satisfactorios de nuestros actos, debemos responder por los lesivos para otras personas.

14. *Id.*, p. 16 y ss.

15. Owen, David G., "Philosophical Foundations of Fault in Tort Law", *Philosophical Foundations of Tort Law*, Ed. David G. Owen, Oxford University Press, 1995, p. 201 y ss.

Pero dicho debate no culmina ahí. Algunos autores, incluso convencidos del rol disuasivo que debe tener el derecho de la responsabilidad extracontractual a través de la atribución subjetiva de responsabilidad y de la idea de que debe responderse en proporción a la gravedad de la falta, han puesto en duda nociones clásicas de tal derecho como lo son las de bilateralidad y correlatividad,¹⁶ sosteniéndose incluso que puede prescindirse de un requisito casi sagrado para el mismo como es el de la relación causal.¹⁷ Es que en el desarrollo teórico del *common law* se ha prestado atención a una cuestión a la que no se concedió demasiada importancia en otros lugares: si es cierto que la condena indemnizatoria, a la vez de ser la respuesta más justa del derecho de la responsabilidad extracontractual al daño sufrido por la víctima,¹⁸ es la respuesta adecuada a la falta cometida por el autor del daño,¹⁹ ¿cómo justificar la imposición de la obligación de reparar un daño mayúsculo a una persona que sólo ha actuado con un mínimo de culpa?; ¿cómo justificar por otro lado la ausencia de respuesta de este derecho frente a la actuación gravemente culpable de otra persona que por mera fortuna no devino en daño alguno o derivó tan sólo en un daño menor?²⁰

16. Según las cuales el derecho de la responsabilidad extracontractual sólo se ocupa del evento dañoso ocurrido entre agente y víctima, y las respuestas que puede dar sólo pueden provenir de los derechos y obligaciones propios de ese binomio. De modo tal que el derecho de la víctima a ser compensada y la obligación del ofensor de responder por lo hecho son dos caras de una misma moneda

17. Schroeder, Christopher H., "Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law", 38 *UCLA L. Rev.* 143 (1990); Schroeder, "Corrective Justice and Liability for Increasing Risks", 37 *UCLA L. Rev.* 439 (1990).

18. Satisfaciendo de tal modo la función compensadora que principalmente se atribuye al derecho de la responsabilidad extracontractual.

19. Satisfaciendo de esa manera las funciones sancionadora y disuasiva que también se atribuyen a este derecho. Funciones ambas que, conectadas con la compensadora, otorgarían al derecho de la responsabilidad extracontractual la pregonada cualidad de perfecta ecuación en la que se asume (más no se explicita nunca demasiado) que aquello que se ha quitado a la víctima (el daño) sería igual a aquello obtenido por el agente (ya sea la proporcional ganancia de la actividad desarrollada, o meramente el beneficio que representa la indulgencia en adoptar conductas menos prudentes, atentas o precavidas). Ecuación ésta a partir de la cual se afirma luego que la medida de la sanción que merece el agente es proporcional y correlativa a la medida de la reparación a que tiene derecho la víctima. Véase entre otras opiniones en este último sentido Llambías, "El Derecho no es una Física de las Acciones Humanas", cit. nota 1, p. 21 ("Va en ello una exigencia de justicia, de justicia distributiva, que procura dar a cada uno lo suyo y sanciona todo acto reprochable con un mal proporcionado a la gravedad de la falta cometida."). Pero véanse notas 20 y 21.

20. Waldron, Jeremy, "Moments of Carelessness and Massive Loss", *Philosophical Foundations of Tort Law*, Ed. David G. Owen, Oxford University Press, 1995, p. 387 y ss. En su importante artículo, Waldron propone el ejemplo de tres personajes imaginarios, "Suerte", "Desgracia" y "Daño", en el que los dos primeros cometen una muy mínima falta de manejo al desviar la vista por una fracción de segundo para mirar una publicidad de un descuento de \$50 en unos zapatos que se encuentra en su camino, momento preciso en el cual Desgracia embiste a Daño causándole perjuicios inmensos e irreparables; Suerte pasa muy cerca de Daño pero afortunadamente para él no lo embiste. El autor utiliza el ejemplo para argumentar sobre la lotería que representa el sistema compensatorio tradicional, y la injusticia por partida doble que acarrea el mismo. Por un lado, puesto que parece claro que no es cierto que la "ganancia" del agente (ya sea el descuento de \$50 que originó su momento de descuido, o incluso –si eliminásemos del ejemplo el descuento- la indulgencia para el agente que representa el descuido en sí mismo) tenga relación de proporción alguna con la pérdida de Daño. Por lo que resulta entonces falsa la idea según la cual la misma razón que explica el derecho de la víctima a ser resarcida, puede fundar la (proporcional) obligación del agente de compensarla. Por el otro, dado que la acción de Suerte, tan reprochable como la de Desgracia, no merece ninguna respuesta del derecho de la responsabilidad extracontractual.

Además de la discusión que lo anterior presupone acerca de la relación entre la Justicia Correctiva y la Justicia Retributiva,²¹ subyace a tales interrogantes también el debate sobre la vinculación –en términos de prioridad o independencia normativa- entre la Justicia Correctiva y la Justicia Distributiva. De acuerdo a una definición provisional -que no puede tratar en este lugar las distintas formulaciones existentes de cada una de ellas-, la Justicia Distributiva se ocupa de la justa distribución de recursos y libertades entre las personas de acuerdo a algún parámetro de merecimiento o mérito, mientras que la Justicia Correctiva describe la obligación moral del agente de reparación del daño injusto ocasionado a otra persona sin su consentimiento.²² La Justicia Distributiva será entonces normativamente prioritaria a la Correctiva si esta última es meramente instrumental al cumplimiento de las demandas de la primera.²³ La Justicia Correctiva será normativamente prioritaria a la Distributiva si existe obligación de reparación incluso cuando ello derive en una injusta distribución de recursos. Y las Justicias Correctiva y Distributiva serán normativamente independientes si la obligación de reparación existe sin consideración a la satisfacción de las demandas de esta última.²⁴

III

En este número de la Revista Jurídica de Palermo se publica por primera vez en español “La Moralidad del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual”,²⁵ del profesor de la Universidad de Oxford Anthony Honoré, obra que es excelente participante del debate teórico descrito más arriba. El trabajo de Honoré tiene la virtud de lidiar en escasas páginas con un asunto de gran extensión e importancia, puesto que no sólo se ocupa de la justificación de la responsabilidad del agente, de su obligación de reparar a la víctima por el daño causado, del derecho de ésta a que ello ocurra y de la base subjetiva u objetiva que

21. Pues en los casos en los que no existe relación entre la gravedad de la falta del agente y la gravedad del daño sufrido por la víctima, o bien la Justicia Retributiva demandará una respuesta del agente que resulta insuficiente para compensar el daño sufrido y por lo tanto no cumplirá las demandas de la Justicia Correctiva (típicamente, cuando la falta es pequeña pero el daño es inmenso), o bien la Justicia Correctiva demandará una compensación que resulta insuficiente desde la perspectiva de la Justicia Retributiva (cuando el daño sufrido es mínimo o inexistente pero la falta del agente es grave). Véase Alexander, Larry A., “Causation and Corrective Justice: Does Tort Law Make Sense?”, *Law and Philosophy* 6 (1987), p. 4-5.

22. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, cit. en nota 3, p. 153 y ss. Véase también Perry, “The Moral Foundations of Tort Law”, cit. en nota 12, p. 453.

23. Siendo el rol de la Justicia Correctiva de acuerdo a esta visión el de asegurar y no permitir la modificación de la previa asignación de recursos realizada de acuerdo a los dictados de la Justicia Distributiva.

24. Walt, Steven, “Eliminating Corrective Justice”, 92 *Va. L. Rev.* 1279 (2006). Kordana y Tabachnick, entre otros, consideran que no existe espacio para una Justicia Correctiva normativamente autónoma de la Distributiva, pues la Justicia Correctiva estará en conflicto con cualquier teoría de la Justicia Distributiva basada en principios de maximización de recursos. Véase Kordana, Kevin A. & Tabachnick, David H., “On Belling the Cat: Rawls and Tort as Corrective Justice”, 92 *Va. L. Rev.* 1279 (2006). Entre otros autores de la opinión contraria, Ripstein considera que la Justicia Correctiva puede ser complementaria o coexistir con la Distributiva: que los valores de libertad e igualdad, esenciales para Rawls, fundamentan un principio de responsabilidad personal que indica que los individuos, en su persecución de su ideal del bien, tienen la responsabilidad de usar sólo su parte de los bienes primarios; principio éste que a su turno subyace a una obligación de reparación cuando uno utiliza incorrectamente los bienes primarios asignados a otras personas. Véase Ripstein, Arthur, “The Division of Responsibility and the Law of Tort”, 72 *Fordham L. Rev.* 1811, 1832-3 (2004).

25. Honoré, Anthony, “The Morality of Tort Law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Ed. David G. Owen, Oxford University Press, 1995, p. 73-74.

debería tener la atribución de responsabilidad, sino que comienza (desde el punto de vista teórico) aún antes: el autor se propone primero encarar una indagación acerca de las bases justificantes del derecho de la responsabilidad extracontractual, a la manera en que H.L.A. Hart lo hizo con el castigo y el derecho penal en su famosa obra *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*.²⁶

No haré un comentario a la manera tradicional del artículo de Honoré, puesto que éste es suficientemente elocuente. Preferí dedicar este espacio para presentar el contexto teórico en el que se enmarca, así como para referirme sintéticamente a algunos puntos que son centrales para la teoría del derecho de la responsabilidad extracontractual y que por razones de extensión sólo son considerados colateralmente por el autor en su trabajo.

Uno de ellos es una crítica que Honoré lanzó y desarrolló más extensamente en otro lugar,²⁷ que socava los cimientos de la más aceptada justificación utilizada para sostener la responsabilidad basada en la culpa: la pregonada moralidad de sancionar al autor culpable del daño con una condena reparatoria y la correspondiente inmoralidad de pretender que quien actuó sin culpa, pese a ocasionar un daño, sea condenado a repararlo. Honoré argumenta que más allá de los esfuerzos de los autores de todas las latitudes y tiempos por intentar sostener lo contrario,²⁸ la responsabilidad

26. Oxford, 1968, cit. por Honoré, "The Morality of Tort Law", cit. en nota 25, p. 73.

27. Honoré, "Responsibility and Luck", cit. en nota 13.

28. En nuestro medio ello puede verse en las voces que hablan de un test "concreto-abstracto" de apreciación de la culpa, habiendo sido demostrado lo poco de "concreto" que en verdad tiene el mismo. Véase Piaggio, Anibal N., "Azar y Certeza en el Derecho de Daños", *El Derecho*, Buenos Aires, 152:797, p. 810 ("Decir que la culpa se aprecia con un criterio abstracto-concreto [...] en tanto que en la causa la valoración se la hace enteramente en abstracto [...] es caer en construccionismo."). Fernando Racimo me señala que si bien no desconoce la discusión de la que es ejemplo la anterior cita, en el sistema legal argentino la cuestión no sería tan clara como lo es en países del *common law*, dada la inclusión del art. 512 en el Código Civil del primero, con su referencia a la consideración de las "diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". La mención es importante y su desarrollo requiere de un espacio del que aquí no se dispone. Véase a tal fin por ejemplo la opinión en ese sentido de Bueres, Alberto J., *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, T. 2, p. 110-111. Si bien tampoco puedo abundar en la respuesta a la misma, creo que la reflexión de Honoré del texto principal también puede sostenerse en nuestro medio. Es que como ha sido señalado, más allá de la adopción –por disposición legal o desarrollo doctrinario– del sistema objetivo o de apreciación en abstracto de la culpa por parte de determinados derechos como el alemán, el portugués, el italiano, el suizo, el francés y el de países del *common law*, y de un criterio concreto o subjetivo por otros como el argentino, la diferencia en verdad es meramente verbal, dado que ni en el primer caso se prescinde de la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, ni en el segundo deja de decidirse en *última instancia* sobre la diligencia empleada comparando al agente con un individuo de diligencia ordinaria. Véase en este sentido Orgaz, Alfredo, *La Culpa (Actos Ilícitos)*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1981, p. 127 y ss. (p. 133: "En definitiva: la separación neta entre ambos sistemas de apreciación de la culpa es, más bien, puramente verbal.") Destaco con itálica lo anterior en la última frase, pues parecería que no sólo se trata de una mixtura o equidistancia entre ambos sistemas de apreciación de la culpa (lo que nos remitiría nuevamente a la noción de "abstracto-concreto"), sino que *finalmente* todas aquellas personas que se encuentran en la brecha que existe entre los imputables francos y los decididamente inimputables, esto es, los constitucionalmente torpes, inhábiles, menos inteligentes, etc., que sin embargo no llegan a ser inimputables serán consideradas culpables a pesar de no haber podido prever ni evitar el resultado dañoso. Véanse Orgaz, cit., p. 134 ("Los inhábiles, los torpes, los poco inteligentes, etc., si pueden y deben ser considerados como tales

por culpa es en definitiva una responsabilidad objetivamente atribuida,²⁹ pues lo que se verifica finalmente es si el agente adecuó su accionar al estándar de conducta exigido (la persona razonable, el buen padre de familia, el profesional de la especialidad en cuestión, según la proposición normativa o doctrinal adoptada³⁰), sin importar si esa persona en particular *pudo* (o *no pudo* –por ser por ejemplo torpe o apresurada por naturaleza-) haber actuado de modo diferente, evaluación esta última ineludible si se quiere afirmar con real justicia que la atribución de responsabilidad a ella se encuentra basada moralmente en lo reprochable de su actuar. Es que si la persona padece de algún defecto constitutivo de su carácter o psiquismo (mala coordinación, tendencia a accidentarse, inteligencia limitada) que, pese a no alcanzar para que se la considere incapaz legalmente, le impide de todos modos en ocasiones adecuar su conducta al estándar exigido, resulta cuando menos dudoso que pueda considerarse que en ellas actuó con “culpa”.³¹ En ausencia de una justificación moral de la responsabilidad objetiva, nos dice Honoré, tampoco la responsabilidad subjetiva como la conocemos puede sostenerse.

El autor afirma que puede justificarse moralmente la atribución objetiva de responsabilidad por los resultados dañosos de nuestras conductas no reprochables (*outcome responsibility*), precisamente por tratarse de los resultados (dañosos en este caso) de *nuestras* conductas, pues así como nos beneficiamos y se nos atribuyen de los resultados redituables o satisfactorios de nuestros actos (incluso los provenientes de actos accidentales o no previstos con ese fin³²) debemos responder por los que son lesivos para otras personas, debiendo ser en definitiva acreedores y deudores de

para mitigar o agravar su responsabilidad penal, con respecto a la civil no se justifica el abandono aún parcial de las reglas generales, el cual se haría con menoscabo de quienes han sufrido gratuitamente un daño y tienen derecho a la plena reparación.”) y Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños*, Hammurabi, Buenos Aires, T. 4, p. 373 (“[C]omo regla general –salvo en los contratos *intuitu personae*– la ley computa una previsibilidad común o media, de manera que no servirá de excusa una inferior condición intelectual del sujeto: los torpes, nerviosos, débiles o ignorantes no pueden invocar su carencia o falta de aptitudes para fundar alguna inculpabilidad.”). Creo que entre lo anterior y la base esencialmente objetiva de apreciación de la culpa señalada por Honoré, hay –cuando mucho– un paso.

29. Honoré, “Responsibility and Luck”, cit. en nota 13. Honoré ciertamente pone el dedo en la llaga al citar para demostrar la contradicción en sus términos, nada menos que a *The Common Law*, de O.W. Holmes, donde el ilustre autor afirma: “Si un hombre ha nacido atolondrado y torpe, y siempre está sufriendo accidentes e hiririéndose a sí mismo o a sus vecinos, sin duda que sus defectos congénitos serán considerados en las cortes del Cielo, pero sus deslices no resultan menos molestos para sus vecinos *que si surgieran de negligencia culpable*.” De ahí que “el derecho considere [...] lo que sería reprochable en *el hombre promedio*, el hombre de inteligencia y prudencia ordinarias, y determina responsabilidad a partir de ello. Si estamos por debajo de ese nivel en dichas virtudes, es nuestra desgracia.” (p. 24) (El destacado de los elocuentes términos, que difícilmente puedan considerarse compatibles con una verdadera concepción de responsabilidad subjetiva, me pertenece.)

30. Incluso los modelos de conducta propuestos desde el feminismo, como el de un “preocupado o comprometido conocido social” o un “responsable vecino” (que reemplacen al del “hombre razonable”) que sugiere Leslie Bender en “A Lawyer’s Primer on Feminist Theory and Tort”, *Foundations of Tort Law*, Ed. Saul Levmore, Oxford University Press, 1994, p. 235 y ss.

31. Honoré, “Responsibility and Luck”, cit. en nota 13, p. 16-18.

32. Honoré pone el ejemplo de un jugador de futbol que patea el balón defectuosamente pero una ráfaga de viento lo hace entrar en el arco contrincante; a él y a su equipo se les computa un gol de todas maneras. Véase Honoré, “Responsibility and Luck”, cit. en nota 13, p. 30.

nuestra suerte moral.³³ Agrega que ello a su vez es requerido por una exigencia de la Justicia Correctiva apoyada en el principio de igualdad, que demanda que agente y víctima sean tratados como iguales e impide que uno se beneficie relativamente mediante una acción o actividad que daña al otro.³⁴

Además de basar sus ideas en un análisis de la suerte moral, Honoré va más allá y sostiene que no sólo resulta justo que lo anterior sea así, sino que ello es indispensable para el propio agente y en su beneficio personal, ya que la responsabilidad por los resultados de nuestras acciones resulta un componente esencial de nuestra identidad personal y carácter, sin el cual seríamos cuando menos personas a medias, punto en el cual la noción que propone abreva—además de en una teoría causal— asimismo en una teoría de la agencia humana. La misma razón que lleva a analizar con sumo cuidado la declaración de incapacidad o inimputabilidad de una persona (y que además en su caso no la trata como completamente irresponsable, sino que atenúa las consecuencias legales que se derivan normalmente de la responsabilidad),³⁵ explica que nuestra responsabilidad por lo que hacemos y sus consecuencias sea algo inseparable de nuestro estatus de personas, y esencial a nuestra autoestima y a nuestro respeto por los demás.³⁶

A ello se ha respondido que si bien en un primer análisis el principio de igualdad (en este punto entendido como seguridad frente a las acciones de terceros) parecería favorecer la atribución objetiva de responsabilidad, dicha visión depende lógicamente tanto de que se considere que existe una previa asignación de derechos de propiedad a los involucrados,³⁷ como de que el agente haya dañado deliberadamente a la víctima.³⁸ David Owen, profesor

33. La discusión en torno a la suerte moral y a las consecuencias que de ella deberían derivarse fue reavivada por Thomas Nagel en "Moral Luck", *Mortal Questions*, Cambridge University Press (2005), p. 24 y ss. y por Bernard Williams en "Moral Luck", *Moral Luck* 20 (1981). Honoré sostiene que puede justificarse que se atribuyan a las personas con capacidad plena los resultados dañosos de sus conductas, aun en ausencia de culpa, pues "[t]odos aquellos que poseen un mínimo de capacidad saldrán beneficiados o ganarán frente al sistema de adjudicación de resultados la mayor parte del tiempo". Honoré, "Responsibility and Luck", cit. en nota 13, p. 27. Además dado que este "sistema de responsabilidad nos permite beneficiarnos de la buena suerte si lo que hacemos termina saliendo mejor de lo que quisimos o previmos". Honoré, *Responsibility and Fault*, cit. en nota 13, p. 9. De todos modos debe precisarse que la noción de responsabilidad que maneja Honoré aquí es amplia, y no sinónimo de responsabilidad legal. Véase Honoré, Anthony, *Responsibility and Fault*, cit. en nota 13, p. 1. Es por eso que el autor afirma que no siempre la responsabilidad necesariamente debe ser entendida como obligación de compensación en dinero, pues en determinadas situaciones la responsabilidad por los resultados puede requerir por ejemplo un pedido de disculpas. Véase Honoré, "The Morality of Tort Law", cit. en nota 25, p. 78. En torno al valor del pedido de disculpas en materia de responsabilidad civil, véase Vines, Prue, "The Power of Apology: Mercy, Forgiveness or Corrective Justice in the Civil Liability Arena", *1 Public Space: The Journal of Law and Social Justice* (2007).

34. "The Morality of Tort Law", cit. en nota 25, p. 73-74.

35. Honoré, *Responsibility and Fault*, cit. en nota 13, p. 10 ("Deberíamos ir despacio al considerar negar responsabilidad a aquellos que sufren de incapacidad. Si bien puede ser justo, por razones a ser discutidas, adosar menos reproche a quienes tienen menos capacidad para controlar sus acciones, y mitigar su responsabilidad legal, negar responsabilidad a las personas por sus acciones es equivalente a destruir su identidad").

36. *Id.*, p. 10.

37. Especialmente, de la víctima de encontrarse y permanecer en el lugar en el que se hallaba al ser dañada por el agente al transgredir dicho espacio.

38. Owen, "Philosophical Foundations of Fault in Tort Law", cit. en nota 15, p. 201 y ss.

de la Universidad de South Carolina, sostiene en este sentido que la atribución objetiva de responsabilidad carece de suficientes fundamentos morales, tanto en su formulación a partir de una visión de la reparación como restitución y de los derechos violados como intromisión a la propiedad –como la propuesta por Epstein–,³⁹ como en aquella que se basa en nociones causales y agenciales –como es la elaborada por Honoré–.⁴⁰

En cuanto al primer tipo de formulaciones de atribución objetiva de responsabilidad, se señala que no debería confundirse el derecho de la víctima a su integridad física con su interés en permanecer en un punto particular en el espacio, y que no es cierto que pueda predicarse que la víctima tenía un derecho preferente al agente a encontrarse y permanecer en el lugar en que se encontraba al momento del accidente.⁴¹ Se plantea asimismo que, salvo en los casos de daños intencionales, no podría hablarse de intromisión en la propiedad ajena y de restitución, como lo hace Epstein en su postulación de una responsabilidad objetiva general, sin previamente determinarse si la actuación del agente fue razonable o no, lo que a su vez se encuentra vinculado con la evaluación de la consideración que éste tuvo por los intereses de terceros a la luz de los principios de igualdad y libertad.⁴²

En relación a las teorías de atribución objetiva de responsabilidad que se apoyan en nociones causales, se señala que en el accidente paradigmático resultaría falaz afirmar que el agente *dañó* a la víctima, ya que una adecuada teoría causal explica que tanto el agente activo como la víctima pasiva pueden haber sido causa del daño, en tanto incluso la víctima totalmente pasiva al momento del accidente debió tomar una serie de decisiones deliberadas en algún tiempo previo al mismo que fueron antecedentes necesarios para su ocurrencia eventual, y que no existe cualidad inherente a su pasividad en el momento preciso en que tiene lugar el daño que resulte moralmente relevante para excusarla de responsabilidad por las consecuencias previsibles de tales decisiones previas.⁴³

Lo anterior por supuesto significa otorgar equivalente relevancia moral -y causal- a las omisiones que a las acciones de las personas, e implica a su vez presuponer un análisis causal hacia atrás sin puntos limitantes salvo que ellos sean normativos,⁴⁴ cuestión esta en

39. Epstein, "A Theory of Strict Liability", cit. en nota 12. Véase la referencia a dicha formulación en esa nota.

40. Honoré, "Responsibility and Luck", cit. en nota 13.

41. Owen, "Philosophical Foundations of Fault in Tort Law", cit. en nota 15, p. 225 y ss.

42. *Id.*, p. 225 y ss.

43. *Id.*, p. 226-227.

44. Análisis causal ilimitado en el cual casi todo (hasta la unión de los padres del agente y de la víctima) sería causa de un evento. El ejemplo es de Rizzo, Mario, "Fundamentals of Causation", 63 *Chi.-Kent L. Rev.* 397 (1987). Algunos autores afirman por ello que sería necesario acudir a nociones normativas que permitan encontrar, entre las infinitas condiciones *sine qua non* de un resultado, una causa (o varias, pero identificables de acuerdo a este criterio) a cual atribuírselo, y que dicha noción debería ser la de culpa: sólo será causa de un resultado aquella condición del agente impregnada por la noción de incorrección. Véase en este sentido Perry, Stephen R., "The Impossibility of General Strict Liability", *Can. J. of L. & Juris.* 147, p. 154 y ss. No debería lo anterior causar asombro en nuestro medio; como ha sido reconocido, las indagaciones de existencia o inexistencia de relación causal acuden a la noción de previsibilidad, ligada ésta en forma promiscua a la de culpabilidad. Véanse entre otros en este sentido: Orgaz, *La Culpa (Actos Ilícitos)*, cit. en nota 28, p. 133-4 y nota 61; Piaggio, "Azar y Certeza en el Derecho de Daños", cit. en nota 28, en la p. 810.

sí misma merecedora de un debate más profundo, que no puede encararse con la amplitud necesaria aquí. Me limitaré a señalar que de acuerdo a una visión, no existe razón para preferir la seguridad (inacción) a la acción, o para decirlo de otro modo, no existe razón para acordar mayor relevancia al interés de seguridad personal de la víctima sobre la libertad de acción del agente, y que a su vez nada justifica limitar el análisis causal a lo hecho por el agente y excluir lo omitido por la víctima.⁴⁵ Honoré por su lado parece ser de la idea contraria, dado que su visión requiere previamente asumir que los éxitos generalmente se encuentran más vinculados a la acción que a la inacción,⁴⁶ y de allí su concepción de que si decidimos intervenir en el mundo en su búsqueda debemos responder por las consecuencias desafortunadas que en ocasiones derivan de ello, aunque no hubiesen sido queridas ni previstas.⁴⁷ Resulta coherente con lo anterior que el profesor de Oxford sostenga además que las omisiones no puedan asimilarse esencialmente (ontológicamente) a las acciones,⁴⁸ puesto que las segundas representan el medio con el que paradigmáticamente introducimos cambios en el mundo, mientras que las omisiones *prima facie* representan la preservación del *status quo*.⁴⁹

45. Owen, "Philosophical Foundations of Fault in Tort Law", cit. en nota 15, p. 219 ("Como ha sido visto arriba, el principio elección-daño está basado en sí mismo en la premisa de libertad igualitaria según la cual, el interés de una persona en su seguridad frente a daños accidentales (ya sean a su propiedad o a su integridad corporal) no tiene mayor importancia fundamental que el interés de otra persona de libertad de acción para promover sus objetivos"). En igual sentido en la p. 227, nota 102 ("La preferencia intuitiva que uno tiene por el interés de seguridad pasiva de *B* en esta situación, podría reflejar las asunciones, normalmente infundadas, de (1) que *A* tuvo la intención de dañar a *B*, o (2) que *B* tenía un derecho primario sobre *y*. En la situación de un accidente, la primera asunción es simplemente equivocada. La segunda es más problemática y podría derivar de alguna vaga concepción de primero-en-el-tiempo-primero-en-derecho... O tal vez refleja la confusión entre los (imperfectos) derechos personales a nuestro cuerpo, y el mero interés personal a permanecer en un punto particular del espacio. Podría ser, sin embargo, que *A* más que *B* 'adueñe' *y*, en cuyo caso la intromisión allí de *B*, y su férrea negativa a moverse cuando ve a *A* viniendo, es tanto o más la 'causa' de la colisión que la afirmación de *A* de un derecho de ocupar su *y*."). En sentido análogo véase Perry, "The Impossibility of General Strict Liability", cit. en nota 44, p. 154 y ss.

46. Honoré, "Responsibility and Luck", cit. en nota 13, p. 26, con cita de Justiniano, Institutos 1.17; Digesto 17.2.55; 50.17.10 ("Más allá de las incertidumbres, a lo largo de un período de tiempo, es probable que más resultados redunden en nuestro crédito que en nuestro débito, de modo tal que no correremos permanentemente con un billete perdedor. Riesgo y beneficio van de la mano. *Ubi emolumentum ibi onus*").

47. Tal vez por ello el autor señala en otro trabajo suyo que no debe considerarse casual que las personas averseas al riesgo tiendan a ser inactivas. Véase Honoré, Anthony, "Being Responsible and Being a Victim of Circumstance", *Responsibility and Fault*, cit. en nota 13, p. 130.

48. Honoré, Anthony, "Are Omissions Less Culpable?", *Responsibility and Fault*, cit. en nota 13, p. 41 y ss. Ello explica además por qué por lo general las omisiones no engendran responsabilidad salvo en el caso de previa obligación (desoida) de actuar del agente.

49. Lamentablemente es imposible profundizar esta importante cuestión aquí. Diré para finalizar solamente que no necesariamente toda teoría causal que reniegue de incluir elementos normativos en ella debe considerarse como afiliada a un análisis retrospectivo sin límites. Incluso formulaciones causales que resisten a las teorías que hablan de una causalidad legal y otra de las ciencias naturales, y defienden la pretensión de una teoría causal que pueda ser válida tanto para los filósofos como los juristas, evitan el análisis causal sin límite a través de la consideración de puntos limitantes provenientes del contexto (conf. Shapira, Ron, "Structural Flaws of The 'Willed Bodily Movement' Theory of Action", *1 Buff. Crim. L. R.* 349 (1998)), o de análisis explicativos a partir de nociones causales de sentido común, análisis que a su vez estarán orientados por el objetivo -legal, burocrático, médico, etc.- de la indagación (conf. Honoré, *Responsibility and Fault*, cit. en nota 13, p. 2-6; H.L.A. Hart y A. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford University Press).

Mencionaré un último punto referido a las situaciones en apariencia paradójales señaladas en la última parte de la Sección II⁵⁰ y a la relación de las Justicias Correctiva, Distributiva y Retributiva. Honoré considera –junto con una parte importante de los autores- a la Justicia Correctiva como un principio relacional, según el cual la incorrección del agente es la contracara de un derecho de la víctima violado precisamente por esa incorrección.⁵¹ Desde esa perspectiva, una de las posibles respuestas a los problemas a los que me he referido en la sección anterior es la que propone este autor, señalando que el derecho de la responsabilidad extracontractual no se encuentra informado por un único principio de justicia, sino que la Justicia Correctiva coexiste y debe ser complementada o limitada –según el caso- por principios de Justicia Distributiva y Justicia Retributiva. La Justicia Distributiva vendría a reforzar la justificación de la responsabilidad por los resultados (*outcome responsibility*) que se deriva de una concepción amplia de la Justicia Correctiva (concibiéndose a la primera en este punto como principio de justa distribución de riesgos que requiere que las personas que tienen capacidad plena carguen con el riesgo de ser considerados responsables por haber dañado a otros con su conducta, incluso sin culpa).⁵² Y la Justicia Retributiva vendría a intervenir en su faceta limitante, manteniendo una debida proporción entre la gravedad de la conducta del agente y la extensión de la compensación debida por éste (inicialmente fijada por la importancia del daño sufrido por la víctima de acuerdo a principios de Justicia Correctiva).⁵³

Pero el anterior no es el único enfoque que permite lidiar con los problemas comentados. En lugar de sostenerse la correlatividad típicamente propia del derecho de la responsabilidad extracontractual y de convocarse principios de justicia clásicamente ajenos a éste y a la Justicia Correctiva, puede plantearse lo contrario. Así, se han puesto en duda las ideas de bilateralidad y correlatividad propias de este derecho, y con ellas nada menos que el requisito de existencia de relación causal entre la conducta del agente y el daño de la víctima.⁵⁴ Se ha sostenido en esta línea, que las referidas nociones resultan insuficientes para dar respuesta a los problemas actuales que generan principalmente los daños con largos períodos de latencia, los daños masivos o incommensurables (provocados por la actividad nuclear, la polución industrial, etc.),⁵⁵ y que la pregonada virtud de las mismas resulta una mera ficción y su supervivencia sólo se logra a través de la “fuerza bruta”: en

50. Véanse notas 18 a 24.

51. “The Morality of Tort Law”, cit. en nota 25, p. 80.

52. *Id.*, p. 84.

53. Requiriéndose que, por ejemplo, en el caso de alguien que haya causado un daño enorme a partir de una actividad en sí no riesgosa, se exija para justificar que se lo obligue a compensar a la víctima, la presencia de culpa. Honoré, “The Morality of Tort Law”, cit. en nota 25, p. 88.

54. Schroeder, “Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law”, cit. en nota 17.

55. El *leading case* en el punto es el caso “Sindell v. Abbott Laboratories”, 26 Cal. 3d 88, 163 Cal. Rptr. 132, 607 P.2d 924, 449 U.S. 912 (1980), en el que la Corte Suprema de California debió decidir sobre la demanda de una persona que había desarrollado un cáncer como resultado tardío de haber su madre durante su embarazo tomado la droga DES (Diethylstilbesterol), pudiéndose demostrar tanto lo anterior como que las compañías que vendían dicha droga en aquél momento conocían o debieron conocer el posible efecto indeseado de la medicación, aunque no pudiéndose probar en concreto qué compañía había elaborado el producto puntualmente adquirido e ingerido por la madre de la litigante. La Corte falló favorablemente a la actora, condenando a todos los laboratorios en proporción al porcentaje del mercado de venta de dicha droga que representaba cada uno de ellos en el momento de adquirida ésta.

algunos casos se determinará judicialmente la responsabilidad de los demandados pero los daños sufridos por las víctimas no serán resarcidos en su integridad por la enormidad de los montos de condena; en otros la actuación cuestionable de los demandados no será objeto de determinación y sanción judicial, principalmente por la dificultad de la verificación de la autoría o de la relación causal propia de estos supuestos de gran complejidad fáctica y técnica.⁵⁶

Convencido de que debe responderse en proporción a la gravedad de la falta (falta que no desaparece por no haber la acción –por mera fortuna- culminado en un daño), el profesor de la Universidad de Duke Christopher Schroeder considera que puede hacerse una relectura de la formulación por parte de Aristóteles de la noción de Justicia Correctiva ajustada a los tiempos que corren, para concluir que el agente debe responder por los riesgos generados (y en la medida de ellos) y no por daños (que pueden o no derivar de éstos),⁵⁷ depositándose las sanciones respectivas en un fondo general del cual por su lado se compensará a todas las víctimas de accidentes en forma administrativa y sin necesidad de demostrar la culpa del autor específico del daño experimentado por ellas.⁵⁸ Se trata, por cierto, de una idea que va mucho más allá de proposiciones similares pero más acotadas de la doctrina,⁵⁹ y que alcanzó concreción legislativa en algunos países, de creación de fondos estatales de compensación sin necesidad de demostración de culpa para víctimas de accidentes de tránsito,⁶⁰ productos elaborados,⁶¹ responsabilidad médica,⁶² o incluso para todo tipo de daños accidentales,⁶³ en las que en ningún caso se plantea –como lo hace Schroeder- que los autores de conductas riesgosas sean obligados a pagar en la exacta medida del riesgo generado, ocurra o no daño luego derivado del mismo.⁶⁴ El autor a su vez se propone demostrar que sus ideas no resultan meramente instrumentales, sino que están construidas sobre bases sustantivas, exponiendo para ello justificaciones kantianas de la visión *ex ante* que elabora, recordando que para Kant la buena voluntad o mala voluntad no son buena o mala por los resultados que logran, sino por la virtud o defecto de la volición en sí misma,⁶⁵ y que lo que único que debe importar de acuerdo a esta

56. Schroeder, "Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law", cit. en nota 17. La expresión entrecomillada es de Schroeder (p. 469).

57. De tal modo que, para dar un ejemplo sumamente simplificado, un conductor que por exceder la velocidad de manejo permitida genera un riesgo del 20% de causar un accidente fatal, con daños hipotéticos a los que se le asignan un valor de \$100, deberá contribuir al fondo compensatorio con \$20, ocurra finalmente un daño derivado de su acción incorrecta o no.

58. Schroeder, "Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law", cit. en nota 17. Una visión similar –modificada posteriormente- es la de Jules Coleman en "On the Moral Argument for the Fault System", *71 J. Phil.* 473 (1974), 484-88.

59. Tal parece ser la opinión de Waldron, "Moments of Carelessness and Massive Loss", cit. en nota 20, p. 407.

60. En algunos estados de los EE.UU., cf. McEwin, R. Ian, "No-Fault Compensation Systems" (1999).

61. Para vacunas medicinales en California, Alemania, Francia y Japón, cf. McEwin, cit. nota previa.

62. En Suecia desde 1975 y en Finlandia desde 1987, cf. McEwin, cit. en nota 60.

63. En Nueva Zelanda desde 1974, cf. McEwin, cit. en nota 60.

64. Claro que las ideas de Schroeder despiertan algunos interrogantes –que el autor anticipa en su trabajo-, desde los de tipo práctico como ser la inexistencia de la tecnología necesaria para evaluar los riesgos que se generan en forma constante o los posibles mayores costos que en determinadas áreas este sistema podría tener, a los reparos basados en razones sustantivas como lo intrusivo y violatorio de la privacidad de las personas que la posible necesidad de crear un "ejército de controladores de riesgos" podría generar.

65. Con cita de Kant, *Critique of Practical Reason* 10 (T. Abbott trans., 1909).

perspectiva es aquella condición del agente en el momento en que elige actuar, con independencia del resultado que siga a ella por efecto de la suerte moral, de la que —a diferencia de lo que propone Honoré por ejemplo— éste no debe ser acreedor ni deudor.

IV

Sirva lo anterior como introducción al debate teórico que tiene lugar principalmente en el *common law* referido al derecho de la responsabilidad extracontractual, y a su vez como puesta en duda de lo que parecería ser la opinión casi monolítica de la doctrina jurídica Argentina y de la del derecho de tradición continental en general,⁶⁶ en torno al fundamento de dicha responsabilidad: que la razón nuclear de la obligación de responder del agente por los daños que ocasiona a otra persona sin su consentimiento, debe encontrarse en una especial característica de su voluntad, digna de reproche moral y jurídico, ya sea la intención de haber causado el daño, o el no haber actuado, habiendo podido hacerlo, conforme a un estándar de diligencia normativamente prefijado; en esencia, el haber actuado con dolo o con culpa.⁶⁷

Motiva dicha reflexión, no el que esté convencido de la incorrección de la atribución subjetiva de responsabilidad, ni de la corrección de una teoría alternativa que deseche a la culpa como fundamento de la responsabilidad extracontractual. Su objetivo —así como el de estas páginas— es más modesto y acotado. Se trata, más bien, de que creo que las razones que ha dado en general la doctrina tradicional para explicar la adscripción a las ideas reseñadas, y para criticar a las que se le oponen, son equivocadas. Que la atribución objetiva de responsabilidad tiene bases morales y sustantivas suficientes, dignas de mayor crédito y atención que los que se le han concedido en las señaladas latitudes. Y que, curiosamente, la visión tradicional es víctima de algunos de los pecados de ausencia de justificación sustantiva que endilga a su contrincante teórica,⁶⁸ y —paradójicamente— que en su versión más difundida y receptada normativamente resulta incluso una propuesta de atribución objetiva más que subjetiva de responsabilidad.⁶⁹

Reitero que no desconozco que muchos autores han justificado la atribución de responsabilidad en razones diferentes a la culpa, como la creación de mayores riesgos a partir del uso de cosas o el desarrollo de actividades especialmente riesgosas, y en la obtención de beneficios (económicos o de otro tipo) a partir de ello.⁷⁰ El problema radica

66. Véase nota 5 y texto principal correspondiente.

67. Véase nota 9. Además véase Llambías, cit. nota 1, p. 20 (“Es menester dar un paso más y encontrar un motivo de reproche o censura en la actividad cumplida.”).

68. Véanse notas 30 y 31, y texto principal correspondiente.

69. Véase nota 29 y texto principal correspondiente.

70. No sostengo tampoco que no puedan encontrarse razones sustantivas que fundamenten la atribución objetiva de responsabilidad incluso con algún punto de contacto con dichas ideas. De hecho la noción tradicional según la cual el titular o guardián de la cosa riesgosa, o el principal del empleado que causó el daño, deben hacerse cargo de los daños causados aún sin culpa como contrapartida de los beneficios (económicos o no) que se derivan de la actividad o elemento riesgosos encarada o adquirido libremente por ellos, es cercana en un punto a la concepción de responsabilidad por los resultados propuesta por Honoré; sólo que en el primer caso no se explica por qué el razonamiento se limita a esos casos puntuales, ni tampoco cuál sería y cómo se define (y cómo se justifica) ese particular umbral de riesgo o beneficio (y no otro distinto) que da lugar al cambio de

en que el desarrollo de fundamentos esenciales para formulaciones teóricamente residuales como parece ser la de la responsabilidad objetiva en la concepción clásica a la que me he referido,⁷¹ debería hacernos pensar que, o bien las justificaciones que se otorgan no tienen en realidad tal calibre sustantivo, o que –de tener tal peso los fundamentos que la explican– lo que no encuentra justificación es el reducido espacio teórico y alcance normativo que se otorga a la misma, no explicándose qué razones existirían para no fundamentar del mismo modo la atribución objetiva de responsabilidad en todos los casos, y no sólo en aquellos de creación de especiales o mayores riesgos.

factor atributivo de responsabilidad. No puedo abundar sobre ello aquí. Tan sólo diré que la precisión de nociones tales como las de “imposición de *mayores* riesgos” o “actividades o cosas *especialmente* riesgosas” (y la justificación de las diferencias sustantivas y normativas que se quieren derivar de ellas), es un punto que debe ser analizado con mayor atención que la que ha originado hasta el momento. ¿Existe una diferencia ontológica entre el riesgo generado por quien conduce un automóvil y el riesgo generado por un peatón? Desde que toda acción humana genera riesgos a terceros, ¿existe un nivel de imposición de riesgos “normal” o “habitual” y otros “inaceptables”? De aquí que formulaciones también apoyadas en la consideración de la superación del demandado de algún tipo de umbral de riesgos, incluso siendo teóricamente más complejas que las señaladas en el texto, como las de Fletcher (“Fairness and Utility in Tort Theory”, *Harvard Law Review* 45 (1972)), Fried (*An anatomy of Values*, Cambridge, Harvard University Press, 1970) y Steiner (“Putting Fault Back Into Products Liability: A Modest Reconstruction of Tort Theory”, *Law & Philosophy* 1 (1982)), han sido criticadas duramente por su congénita e insalvable indeterminación. Véase en este sentido Alexander, Larry A., “Causation and Corrective Justice: Does Tort Law Make Sense?”, cit. en nota 21, p. 10.

71. Véanse notas 4 y 5.

