

Responsabilidad civil (funciones)

Tort law (functions)

Diego M. Papayannis*

Universidad de Girona

ORCID ID 0000-0002-0857-0580

diegomartin.papayannis@udg.edu

Cita recomendada:

Papayannis, D.M. (2022). Responsabilidad civil (funciones). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 307-327.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6818>

Recibido / received: 02/06/2021
Aceptado / accepted: 04/01/2022

Resumen

En este trabajo, analizo las funciones más frecuentemente atribuidas a la responsabilidad civil. Sostendré que la única función distintiva es la implementación de la justicia interpersonal. El resto de las funciones pueden ser satisfechas por otras instituciones con igual o mayor éxito que la responsabilidad civil. Finalmente, intento mostrar que algunas funciones, sin ser distintivas, son necesarias, en tanto una vez se pone en marcha un sistema de responsabilidad, estas se cumplen indefectiblemente.

Palabras clave

responsabilidad civil, funciones, compensación, disuasión, prevención, justicia distributiva, reducción de costes secundarios, sanción, justicia interpersonal.

Abstract

In this essay, I analyze the functions most frequently attributed to tort law. I claim that implementing interpersonal justice is its only distinctive function. The rest of the functions can be satisfied by other institutions with equal or greater success than tort law. Finally, I try to show that some functions, without being distinctive, are necessary, in the sense that once a system of tort law is in place, they are unfailingly fulfilled.

Keywords

Tort law, functions, compensation, deterrence, prevention, secondary costs reduction, distributive justice, sanction, interpersonal justice.

* Doctor en derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Serra Húnter Universidad de Girona (España). Con apoyo del proyecto “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho” (PID2020-114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España).

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La compensación. 3. La disuasión de daños ineficientes. 4. La prevención. 5. La definición de derechos: justicia distributiva y redistribución de recursos. 6. La reducción de costes secundarios. 7. La función sancionadora. 8. Justicia interpersonal.

1. Introducción

Existe una gran discusión sobre cómo deben comprenderse los enunciados que atribuyen una función a un objeto, órgano, institución o cualquier otro ítem que sea materia de análisis (Papayannis, 2014a, pp. 361 y ss.). No me detendré aquí en estas cuestiones preliminares y asumiré que, en lo que hace a la responsabilidad civil, cuando se dice que ella cumple una determinada función se afirma que presta un servicio para la sociedad. En este sentido, si la responsabilidad civil tiene una función ϕ , entonces, ϕ es algo que la responsabilidad civil puede hacer en ciertas circunstancias y, además, evaluamos positivamente que lo haga. Se sigue de esta idea que algunas de las funciones de la responsabilidad podrían no ser aquellas que explícitamente pretendía lograr el legislador. Es decir, es posible que una institución logre ciertos efectos positivos no previstos inicialmente y que, una vez tomamos conciencia de ellos, ahora hagan valioso preservar el rasgo de la práctica que presta ese servicio social. También es posible, por supuesto, que una institución tenga efectos negativos imprevistos. En ese caso, señalaremos esos efectos como disfuncionales o indeseables.

Con este marco de referencia, abordaré las funciones más habitualmente atribuidas a la responsabilidad civil y algunas otras que están menos presentes en el discurso¹. Examinaré en qué medida la responsabilidad civil, con sus diversas reglas y configuraciones, es capaz de cumplir esas funciones u objetivos sociales. Por otra parte, intentaré mostrar que la mayoría de las funciones atribuidas a la responsabilidad civil no son distintivas de ella, pues podrían conseguirse con igual o mayor éxito mediante otras instituciones jurídicas o, por el contrario, podrían ser excluidas de su ámbito de incumbencia. Finalmente, se verá que hay funciones que la responsabilidad civil, una vez es creada, satisface necesariamente.

2. La compensación

La compensación de daños es una de las funciones más frecuentemente atribuidas a la responsabilidad civil². Hay al menos tres razones de peso por las cuales la víctima

¹ Las funciones que uno puede atribuir a la responsabilidad civil son por cierto muy numerosas. Algunos autores incluyen, por ejemplo, la protección de la propiedad privada, la defensa de la competencia económica, el resguardo de la vida, la preservación de la libertad contractual, entre muchas otras (Cane, 1997, pp. 206-207). Por ello, me encargaré del subconjunto de funciones más discutido, en el entendido que el resto de las funciones son derivadas de ellas: si la responsabilidad civil tiene potencial disuasorio, de ese modo se protegen todos los derechos cuya afectación se disuade. No es entonces necesario estudiar la protección de la vida o de la libertad contractual en concreto, sino la disuasión de ciertos daños sobre bienes protegidos por estos derechos.

² Véase, entre muchos otros: Abraham (2002, pp. 14-20); Alpa (2010, p. 217 y ss.); Cane y Atiyah (2006, p. 411); Dobbs, Hayden, y Bublick (2016, p. 21 y ss.); Gilead, Green, y Koch (2013, pp. 17 y ss.); J. C. P. Goldberg y B. C. Zipursky (2010, pp. 6-7); Mullis y Oliphant (2011, pp. 12 y ss.); Nolan (2009, p. 166); Pantaleón (1991, p. 1971); Salvador Coderch (1997, pp. 106 y ss.).

de una interacción injusta debería ser compensada. La primera es que el daño disminuye la calidad de vida de las víctimas, entendida en términos de lo que ellas pueden ser, hacer o experimentar. Cuando se trata de daños graves en el patrimonio o la persona, es todavía más apremiante la necesidad de ofrecer una respuesta a las víctimas. En cualquier caso, nadie tiene el deber de tolerar las alteraciones en su calidad de vida que derivan de interacciones injustas (Papayannis, 2021, pp. 94 y ss.).

En segundo lugar, e íntimamente relacionado con lo primero, las personas que sufren daños injustos se ven privadas de algunos recursos con que cuentan para llevar adelante su vida. Si esos daños no les fuesen compensados, no podría decirse que su vida es el resultado de sus decisiones³. Más bien, los daños injustos no compensados sujetan a las personas a las decisiones de otros. Es evidente que nadie puede determinar por completo el destino de su vida. Ocurren desgracias por las cuales no somos personalmente responsables. Sin embargo, cuando un daño es causado en una interacción injusta, aquella que viola los términos equitativos de interacción, ya no sería apropiado hablar de «desgracias». Esa es la diferencia entre una desgracia o un infortunio y una injusticia. La injusticia no es una contingencia natural de la vida, como las enfermedades o los terremotos, sino que resulta de un ejercicio de la agencia humana (Coleman, 1992, p. 334). Tras una injusticia siempre hay una persona responsable por ella. En esa línea, un esquema liberal debería procurar que las personas determinen su propia vida y para ello deberían quedar indemnes ante los efectos negativos que sufren como consecuencia de las acciones incorrectas de otros (Papayannis, 2014a, p. 205).

Finalmente, una tercera razón para compensar los daños injustamente sufridos es que en caso de que no hubiese indemnización por daños, todas las personas serían mucho más precavidas de lo que es recomendable (Posner, 2014, p. 223). Ello no solo implica un dispendio de recursos en una autoprotección excesiva, sino una menor interacción social provechosa. En cuanto a lo primero, de ordinario es mucho más económico para los potenciales agentes dañadores controlar los riesgos que generan que para las potenciales víctimas anticipar y tomar medidas para evitar los riesgos a los que pueden estar expuestas (Shavell, 1987, p. 53). De hecho, en muchas ocasiones la víctima ni siquiera es consciente de esos riesgos, por lo tanto, no puede neutralizarlos a coste razonable. Respecto de las interacciones sociales provechosas, nótese que la precaución excesiva incluye la abstención de tratar con otros y exponerse al riesgo. En parte, la mejor manera de evitar ser dañado en ciertas circunstancias es intentar escapar de ellas. Esto es claro también en lo que hace al comportamiento oportunista en el ámbito contractual. Si no hubiera un remedio compensatorio en caso de incumplimiento, la cantidad de contratos que se celebrarían sería muy inferior a la eficiente (Coleman, 1992, pp. 106 y ss.; Cooter y Ulen, 2012, pp. 283 y ss.).

De esta manera, la importancia de la compensación está fuera de discusión. Ahora bien, ¿puede la responsabilidad civil cumplir esta función de manera óptima? Para algunos, la transformación de la responsabilidad civil desde mediados del siglo XX, en particular, el viraje hacia formas de responsabilidad objetiva, la proliferación de categorías de daños reparables o el tratamiento cada vez más laxo del requisito de causalidad, todo ello, puede explicarse como un intento por lograr esta aspiración (Lorenzetti, 1993, pp. 1140 y ss.). Es posible que quienes promovieron estos cambios normativos y doctrinales hayan pretendido facilitar la reparación de las víctimas. Pese

³ Como afirma Ripstein: «No tiene sentido decir que alguien es responsable por lo que hace con su vida si lo que resulta de su vida depende de un modo inapropiado de los actos de otros, ya sea porque se le hacen soportar costes que pertenecen a otras personas o porque se le libera de los costes que impone a los demás» (2003, p. 1813).

a todo, hay una serie de características de la responsabilidad civil que ponen en cuestión su idoneidad como instrumento compensatorio. Como se sabe, la responsabilidad civil unifica los fundamentos de la responsabilidad y de la compensación (Coleman, 1992, pp. 291-292). Esto significa que el agente es responsable en las mismas condiciones en que la víctima tiene la potestad de exigirle una indemnización. Sin interacción injusta, sin que el agente haya causado un daño a la víctima en violación de los términos de interacción, no hay responsabilidad ni derecho a ser indemnizado (Papayannis, 2016, pp. 109-110). Ahora bien, esta estructura que se ajusta muy bien a la justicia entre particulares trae en la práctica algunas dificultades para el objetivo compensatorio. La responsabilidad civil requiere por lo general que el demandante sea capaz de identificar al agente dañador en concreto, que argumente que este satisface los fundamentos de la responsabilidad y que pruebe los hechos relevantes. Todo esto supone que el reclamo de compensación del demandante puede verse truncado en una amplia gama de supuestos.

Algunas fuentes de frustración del reclamo son internas al litigio, entre ellas: (a) incertidumbre sobre la causalidad individual; (b) incertidumbre sobre los estándares de diligencia; (c) incapacidad para producir prueba suficiente según el estándar relevante, etc. Otras fuentes de frustración del reclamo son externas. Dado que las personas son libres e iguales solo formalmente, en el mundo real tendremos demandantes que: (a) ignoran sus derechos; (b) no tienen capacidad económica para iniciar o financiar el litigio hasta el final y, por ello, se ven tentados por pactos extrajudiciales claramente infracompensatorios; o (c) fueron dañados por agentes insolventes, entre otros supuestos. En todos estos casos, la aspiración compensatoria queda truncada⁴.

Estas dificultades podrían recomendar el reemplazo de la responsabilidad civil por modelos institucionales que gestionen la compensación de manera centralizada. El caso paradigmático de este modelo es el instaurado en Nueva Zelanda por la Ley de Compensación de Accidentes (1972). El sistema surgió del reconocimiento de que la responsabilidad civil tradicional «es incapaz de resolver el serio problema social de las víctimas de accidentes que necesitan una fuente segura de apoyo financiero después de haber sido privadas, de manera permanente o temporal, de su capacidad de trabajo»⁵. Más allá del caso neozelandés, las alternativas son muchas. Podrían crearse fondos financiados con impuestos generales, con impuestos especiales sobre quienes realizan actividades riesgosas o con la recaudación de multas cobradas a los agentes culpables.

El reemplazo de la responsabilidad civil *in totum* parece inviable, al menos en las sociedades liberales. Pero es conceptualmente posible y ello muestra que la compensación no es una función distintiva de la responsabilidad civil. Ella puede conseguirse de muchas maneras. Una opción intermedia, probablemente la más aceptable, es la complementación con fondos específicos para ciertos problemas sociales a los que la responsabilidad civil dará típicamente una respuesta deficiente. Esta tendencia se aprecia en los ordenamientos jurídicos modernos que en lugar de situarse en los extremos de la pura responsabilidad civil o su reemplazo por fondos sociales de compensación implementan modelos mixtos. De esta forma, algunos sistemas emplean por regla general la responsabilidad civil para gestionar los daños

⁴ Los estudios de análisis económico del derecho aportan una buena perspectiva respecto de los límites de la ejecución privada y también acerca del problema de la insolvencia de las partes. Véase Miceli (2004: 284 y ss.).

⁵ Véase Todd (2016, p. 22). El sistema ha experimentado sucesivas reformas en los años 1982, 1992, 1998, 2001, 2005, 2008 y 2010, sin embargo, en su esencia no ha cambiado.

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

Las ventajas de los fondos de compensación tienen que ver con que los fundamentos de la responsabilidad y del derecho a ser indemnizado no están unificados. Una víctima puede tener derecho a recibir una indemnización sin mostrar exactamente quién es responsable por el daño que sufrió. El Estado podría prever una sanción para los agentes dañadores, pero su fracaso en probar la responsabilidad de un agente dañador en concreto no frustraría las pretensiones compensatorias de la víctima. En lo que hace a la función compensatoria, los fondos sociales creados a ese efecto pueden tener un mejor desempeño que la responsabilidad civil.

En conclusión, la responsabilidad civil puede contribuir en alguna medida no determinable en abstracto a la función compensatoria. Cuán exitosa sea la responsabilidad civil para lograr este objetivo es una cuestión contingente que debe estudiarse cuidadosamente en cada sistema jurídico. ¿Cuántas víctimas de accidentes quedan cada año sin compensación, y qué tipo de lesiones sufren? Si la respuesta fuese que muchas víctimas no logran una justa indemnización y que las lesiones son de aquellas que consideramos centrales para el desarrollo de las personas, como la integridad física y la salud, pues entonces la responsabilidad civil contribuirá bastante poco a la función compensatoria y la idea de reemplazarla por fondos sociales capaces de atender estas necesidades con urgencia cobra más fuerza. En todo caso, queda claro que la compensación no es una función capaz de justificar la responsabilidad civil, ya que otros mecanismos institucionales podrían eventualmente lograr ese objetivo de mejor manera⁶.

3. La disuasión de daños ineficientes

La otra función que es muy frecuentemente atribuida a la responsabilidad civil es la disuasión de daños ineficientes⁷. En principio, es esperable que la responsabilidad civil contribuya a mantener en un nivel razonable la cantidad y la gravedad de los daños que se producen, pues tanto los potenciales agentes dañadores como las víctimas reciben incentivos para que su comportamiento no sea terriblemente ineficiente. Los agentes procurarán tomar medidas para no ser responsabilizados (o para pagar menos indemnizaciones si la responsabilidad fuese objetiva) y las víctimas

⁶ Conviene tener presente que los fondos de compensación no están exentos de problemas. Podrían estar mal diseñados, conceder sumas muy inferiores al daño sufrido o generar agravios comparativos entre víctimas que por daños idénticos reciben sumas bien diferentes, según las reglas del fondo al que puedan dirigir sus reclamaciones. Véase Ribot Igualada (2020, pp. 43 y ss.).

⁷ Entre muchos otros, véase Calabresi (1970, pp. 69 y ss.); Cane y Atiyah (2006, pp. 439 y ss.); Dobbs et al. (2016, pp. 23 y ss.); Fried y Rosenberg (2003, pp. 13 y ss.); Landes y Posner (1987, pp. 10-11); Nolan (2009, p. 166); Salvador Coderch (1997, pp. 113-115).

intentarán obrar con alguna prudencia a fin de no ser declaradas responsables de su propio daño. Ello, por cierto, no significa que las partes siempre vayan a comportarse de manera óptima⁸.

En primer lugar, las propias reglas no imponen estándares maximizadores. La concepción económica de la culpa, como la omisión de aquellas diligencias cuyo coste sea menor que el valor esperado del daño⁹, aunque no es totalmente ajena al discurso jurídico, en ninguna jurisdicción que conozca está plenamente vigente. En segundo lugar, aun cuando los estándares de comportamiento estuviesen orientados a ofrecer incentivos para la conducta eficiente, se ha demostrado analíticamente que ningún conjunto de reglas es capaz de incentivar simultáneamente a los potenciales agentes dañadores y a las potenciales víctimas para que se comporten de manera óptima (Shavell, 1980, p. 7). En tercer lugar, más allá del propio contenido de las reglas de responsabilidad, las partes toman sus decisiones sobre diligencia e imposición de riesgos a terceros en un contexto de altos costes de transacción. Existen defectos informativos (y, por ende, errores de cálculo en cuanto a las diligencias óptimas o el monto de los daños que pueden causarse) y conductas inobservables (y, por consiguiente, incentivos perversos para ahorrar los costes de la diligencia, pues nadie será condenado por una culpa que es improbable). Además, deben considerarse los efectos distorsivos producidos por la complejidad de las normas jurídicas (que dificultan su conocimiento y utilización por los agentes), los procedimientos judiciales mal diseñados (que imponen barreras a la obtención de una indemnización) y ciertos condicionamientos sociales mencionados en el apartado anterior, como la ignorancia de los propios derechos, las dificultades para conseguir un asesoramiento adecuado o la falta de financiamiento para llevar adelante un litigio por la pérdida sufrida. Todos estos factores atentan contra la eficacia y, en última instancia, contra la eficiencia de las reglas de responsabilidad, incluso de las mejor pensadas para lograr una disuasión óptima¹⁰.

Más allá de las razones por las cuales la responsabilidad civil es incapaz de tener un desempeño disuasorio óptimo, también debe notarse que la responsabilidad civil es innecesaria para el logro de esta función. Ello es así porque si se desea que tanto los agentes como las víctimas se comporten de manera óptima, esto puede lograrse con instituciones distintas de la responsabilidad civil. Piénsese que los incentivos para que los potenciales agentes dañadores adopten precauciones óptimas pueden generarse mediante el castigo penal (o multas administrativas) por daños causados o incluso por la mera realización de la actividad riesgosa. Por otra parte, los incentivos para que la víctima no adopte precauciones excesivas podrían lograrse mediante un esquema de compensación social que cubra sus perjuicios en la medida en que ella no haya contribuido causalmente al accidente. Por ende, una combinación de derecho penal (o derecho administrativo) y un fondo social de

⁸ La intuición detrás de esta afirmación es que en el mundo real las condiciones exigidas por los modelos económicos solo se instancian parcialmente y, aunque esto debilita los efectos económicos de las reglas, no los anula totalmente. Existen estudios empíricos que corroboran esta hipótesis. Véase, por ejemplo, Schwartz (1994). Para un argumento mucho más crítico sobre la capacidad disuasoria del derecho de daños, que cita otros estudios más pesimistas, véase Sugarman (1985, pp. 564-573).

⁹ Esta simple regla económica fue sintetizada por el juez Learned Hand en el famoso caso *United States v. Carroll Towing Co.*, al definir la culpa como una función de tres variables: (1) la probabilidad de que ocurra el accidente; (2) la gravedad del daño, si el accidente tiene lugar; y (3) el coste de las precauciones necesarias para evitarlo. Cuando el agente omite las precauciones siendo que su coste es inferior al valor esperado del daño que se evitaría, entonces, sencillamente debe decirse que es «culpable».

¹⁰ He tratado con más detalle todas estas cuestiones en Papayannis (2016: Cap. 1).

compensación sería capaz de lograr los mismos incentivos que la responsabilidad civil para todas las partes involucradas¹¹.

A favor de la responsabilidad civil todavía podría argumentarse que pueden ahorrarse los costes de gestionar estos dos sistemas alternativos simplemente reconociendo a la víctima un derecho a demandar al agente dañador. ¿Para qué implementar diversas instituciones que gestionarían dos aspectos distintos de la misma interacción dañosa por separado (la sanción disuasoria por un lado y la compensación de las víctimas por el otro), cuando una sola institución (la responsabilidad civil) es capaz de resolver a la vez, y en idéntico sentido que los esquemas alternativos, el problema social de brindar incentivos correctos a las partes de la interacción? La respuesta es que en realidad esta tesis requiere una indagación empírica para ser constatada. Sin un estudio al respecto, no puede saberse si la responsabilidad civil es más cara o más barata de gestionar que otros sistemas alternativos combinados. De hecho, algunos estudios señalan que la responsabilidad civil conlleva costes de administración más bien elevados. Según Shavell, por cada dólar que reciben las víctimas en Estados Unidos en concepto indemnizatorio se invierte un dólar o más para gestionar la transferencia (Shavell, 2007, p. 151).

En definitiva, la disuasión óptima no es una función distintiva de la responsabilidad civil, porque puede alcanzarse por medios distintos de ella, ni la responsabilidad civil parece particularmente exitosa en lograr este objetivo. Ello sugiere que, pese que podamos intuir que la responsabilidad civil contribuye a disuadir en alguna medida los daños ineficientes, parece difícil justificar esta institución apelando a estos fines o funciones.

4. La prevención

Una de las tendencias más consolidadas en el derecho de daños moderno está relacionada con el aspecto preventivo. La idea de que los tribunales pueden actuar para neutralizar ciertos riesgos que amenazan con concretarse en severos daños es cada vez más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Así, las acciones enderezadas a evitar la publicación de fotografías lesivas, la denuncia de daño temido en edificios en peligro de derrumbe, la eliminación de las molestias que superan la normal tolerancia entre vecinos en lo que hace a ruidos, olores, vibraciones, luminosidad u otras inmisiones o la prohibición de continuar con emisiones publicitarias *prima facie* denigratorias de la competencia son todos ejemplos en los cuales los tribunales dictan resoluciones con anterioridad a la producción del daño.

Esta clase de medidas, que en su conjunto conforman la llamada tutela civil inhibitoria, no son difíciles de encontrar en el derecho comparado (Llamas Pombo, 2007, pp. 464-469). Los distintos sistemas jurídicos admiten una serie de supuestos típicos, como en España la protección del derecho al honor o la propia imagen, pero desde hace tiempo existe una doctrina que aboga por la incorporación de la tutela inhibitoria atípica, es decir, para supuestos genéricos no específicamente regulados. La tutela inhibitoria atípica no admite una caracterización sistemática, por lo que la apreciación de su procedencia no puede más que quedar librada a la discreción judicial. En cualquier caso, los jueces pueden proteger a las potenciales víctimas con mandatos de innovar o de no innovar que tengan un carácter definitivo o solo cautelar (Lorenzetti, 1995, pp. 1223-1124).

¹¹ Un excelente desarrollo de esta idea puede consultarse en Weinrib (1989, pp. 503 y ss.).

Otra expresión de la importancia de esta función es la figura de los gastos preventivos. Así, el art. 2:104 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil establece que «los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables». No se trata aquí del deber de mitigar daños, que corresponde a toda víctima, una vez que el daño ya ha comenzado a producirse, sino de la posibilidad de tomar las precauciones que correspondían a la otra parte a efectos de que el daño no se produzca (Martín Casals, 2011, pp. 23 y ss.). La potencial víctima, amparada en esta norma, podría luego recibir un reembolso por parte de quien hubiese sido responsable del daño en caso de haber acaecido.

La función preventiva debe ser claramente distinguida de la función disuasoria¹². En ambos casos se trata de que el daño no ocurra, pero la disuasión deja libertad de acción al agente mientras que la prevención se la niega. La acción preventiva no consiste en ofrecer incentivos para que el agente opte por un modo de actuación más seguro, sino que se intenta suprimir la fuente generadora de riesgo. Esto es claro en supuestos como la denuncia de daño temido. Si un constructor insiste en edificar pese a que las condiciones del terreno no son apropiadas, la disuasión le envía el siguiente mensaje: si dañan en el curso de tu edificación defectuosa, deberás indemnizar a los perjudicados. La decisión de continuar con la actividad y de exponer al riesgo a las potenciales víctimas pertenece enteramente al potencial agente dañador. En contraste, la acción preventiva le impide continuar con la obra, si fuera necesario mediante la asistencia de la fuerza pública. La obra se paraliza y con ello se suprime la fuente del riesgo. La decisión de las víctimas de no tolerar el riesgo prevalece por sobre la voluntad del agente de exponerlas al riesgo asumiendo eventualmente los costes del resarcimiento ordenado por la ley. La diferencia entre ambas figuras es de capital importancia, ya que la prevención supone una injerencia mucho mayor en la libertad de acción que la disuasión.

Una interpretación similar corresponde a la figura de los gastos preventivos, recién mencionada. Si esos gastos son razonables, era exigible para el agente dañador realizarlos. Ante la omisión del agente, la víctima queda expuesta a un riesgo que tiene derecho a no sufrir. Los principios preventivos empoderan a la víctima haciendo que no sea voluntario para el agente asumir el coste de las precauciones óptimas. La lógica de la disuasión es reemplazada por la de la prevención.

Esta tendencia preventiva en el derecho moderno es difícilmente discutible, sin embargo, podrían existir dudas sobre si corresponde ubicarla conceptualmente dentro de la responsabilidad civil. Hace ya tiempo que algunos autores han argumentado enérgicamente que la responsabilidad civil no tiene por función la protección de derechos subjetivos. Acciones como las mencionadas más arriba, que tienen por finalidad evitar o poner fin a una injerencia ilegítima sobre un bien protegido por un derecho subjetivo, quedan fuera de la responsabilidad civil que, en cambio, tiene una función puramente compensatoria o resarcitoria (Pantaleón, 1991, pp. 1971-1972). Ciertamente, esta visión de la responsabilidad civil es la que se ha reproducido mayormente en la literatura. La responsabilidad como reacción o respuesta. Pero la palabra «responsabilidad», como es bien sabido, admite varios sentidos (Hart, 2008, p. 212). Dos de ellos son relevantes aquí. En el primer sentido, una persona es responsable en tanto es vulnerable a la acción de otra mediante la cual le reclama un resarcimiento. En un segundo sentido, hablamos de «las responsabilidades de una persona» para hacer referencia a sus deberes. Así, no considero un abuso del lenguaje afirmar que nuestra responsabilidad civil, nuestros deberes respecto de otros

¹² Este no siempre es el caso en la literatura. Véase, entre otros, Salvador Coderch (1997, pp. 117-124); Vergara (2018, p. 29).

ciudadanos de la comunidad, comienzan mucho antes de que les causemos algún daño. Todos tenemos, como mínimo, la responsabilidad (el deber) de tomar precauciones razonables a efectos de no dañar a otros. Es parte de nuestras responsabilidades recíprocas procurar que otros no resulten dañados por nuestras acciones culposas o meramente riesgosas, según lo establecido en cada sistema jurídico.

Esta reconstrucción es coherente con la concepción según la cual el mundo normativamente ideal es aquel en el cual el daño no tiene lugar. Nótese que el aspecto preventivo se ajusta perfectamente a la tesis según la cual existe una brecha valorativa insalvable entre los estados de cosas en los cuales no se producen daños y aquellos en los cuales el daño es compensado (Papayannis, 2014b, pp. 41-42; Papayannis, 2016, pp. 77-78; Vargas Tinoco, 2018, p. 348). Ahora bien, podría pensarse que esta prioridad del mundo sin daño debería justificar una expansión mayor del aspecto preventivo. ¿Por qué indemnizar si se puede evitar el riesgo?

La respuesta es que, dado que la acción preventiva se toma antes de que el agente infrinja su deber de no dañar, en algunos casos es difícil justificar su concesión sin vulnerar los derechos ajenos¹³. Los casos fáciles son aquellos en los que hay certeza de que la conducta realizada es *per se* ilícita. Por ejemplo, si el agente pone en peligro a la potencial víctima infringiendo su deber de diligencia, esta circunstancia ya ofrece bases independientes de la inminencia del daño para suprimir la conducta. Pero en ocasiones el tribunal puede tener dudas de si se ha violado el estándar de diligencia o de si un riesgo en principio lícito amenaza concretarse de modo inminente. En sede preventiva, los jueces pueden enfrentarse a una difícil decisión. Deben determinar cómo proteger eficazmente a la víctima antes de que ocurra el daño, sin incurrir en una tasa de error judicial que coarte de manera injustificada la libertad de acción de los potenciales agentes dañadores. Sin duda, la magnitud del riesgo, la inminencia del daño, el tipo de daño que se produciría, su eventual irreparabilidad, entre otros factores, son relevantes para la función preventiva.

Aun así, pese a que la tendencia preventiva es creciente en la responsabilidad civil moderna, no se trata de una función distintiva, ya que la prevención podría lograrse también con normas del derecho administrativo. No hay ninguna razón conceptual por la cual las acciones preventivas (a diferencia de los deberes de no dañar que las fundamentan) pertenezcan necesariamente al ámbito de la responsabilidad civil.

5. La definición de derechos: justicia distributiva y redistribución de recursos

La definición de derechos entre las partes es lo que en la doctrina se conoce como función de demarcación¹⁴. En otros trabajos, expliqué que no hay una manera distributivamente neutral de decidir cuáles deberían ser las reglas apropiadas para regular las interacciones privadas (Papayannis, 2014a, p. 317; Papayannis, 2016, pp. 203 y ss). Decidir si en un determinado ámbito debe regir la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por culpa, cuál es el estándar de diligencia exigible, qué causales de exoneración podrán invocarse y con qué consecuencias, cuál será la extensión de la responsabilidad, en qué condiciones, si acaso, se responde por las acciones de otras personas, qué regla de asignación se empleará cuando intervengan múltiples causantes, solo por mencionar algunas cuestiones relevantes en los juicios de responsabilidad civil, requiere atender (seguramente entre otras cosas) a la manera

¹³ En efecto, hay diversas situaciones que exigen considerar distintos factores para tomar una decisión idónea en materia preventiva. Véase Vergara (2018, pp. 42-45 y ss.).

¹⁴ Véase Díez-Picazo (1999, p. 43); véase también McBride y Bagshaw (2018, pp. 2 y ss.).

en que esas reglas beneficiarán y, correlativamente, perjudicarán tanto al grupo de los potenciales agentes dañadores como al de las potenciales víctimas. Por ello, es esencial prestar atención al contexto característico en que tiene lugar la interacción: ¿se trata de riesgos razonables que las partes se imponen recíprocamente o, por el contrario, son riesgos que un colectivo impone sistemáticamente a otro? ¿Involucra el riesgo una perspectiva de daños graves, moderados o leves? ¿Afectan estos daños al patrimonio o a otros derechos de más jerarquía como la salud? Todos estos factores inciden en el juicio distributivo respecto de que qué regla resulta más apropiada en cada situación (Keating, 2001, pp. 31-32; 2017, pp. 201 y ss.).

Por supuesto, esto no implica que las consideraciones de justicia en la distribución de riesgos y daños sean las únicas pertinentes. Más bien, se apunta a rechazar que las consecuencias distributivas negativas puedan ser ignoradas o, una vez consideradas, relegadas sin una razón de peso que las contrarreste. El argumento de que el derecho privado no es distributivo y, por ello, que las consecuencias distributivas deben quedar fuera del análisis fracasa, si se acepta que (1) las reglas de la responsabilidad extracontractual configuran lo que en otros trabajos he denominado derechos y deberes de indemnidad (es decir, derechos a no sufrir ciertos daños y los correlativos deberes de no causarlos); y (2) estos derechos de indemnidad son un bien que toda persona racional desearía para poder desarrollar el plan de vida que elija, en el marco de una política liberal de derechos (Papayannis, 2012, pp. 705-707). Aceptadas estas premisas, no puede desconocerse el componente distributivo de la responsabilidad civil ni, por implicación, la pertinencia de considerar en el momento del diseño institucional el patrón distributivo que las distintas reglas tienden a generar.

No puedo explayarme demasiado aquí sobre los derechos y deberes de indemnidad. Basta con señalar de modo sucinto que son el componente más importante de aquello que distribuye la responsabilidad civil. No es lo único que distribuye, pues también impone, por ejemplo, cargas probatorias, establece tasas de interés, costas judiciales, etcétera, que sin alterar los términos de interacción tienen efectos económicos inmediatos sobre las partes¹⁵.

Me interesa, no obstante, centrarme en las reglas que regulan las interacciones. Ellas garantizan a los individuos el derecho a no sufrir determinadas pérdidas en ciertas circunstancias (como la acción dolosa, negligente o riesgosa) y un derecho secundario, que se activa con la vulneración del derecho primario, a recibir una indemnización que repare tanto como sea posible el perjuicio injustamente sufrido. A la vez, impone el deber de no dañar en ciertas circunstancias (como la acción dolosa, negligente o riesgosa) y un deber secundario, que se activa con la infracción del deber primario, de indemnizar los daños injustamente causados. Así, las reglas de responsabilidad (y también las del derecho contractual y los derechos reales) delimitan (a) una esfera de indemnidad, es decir, una protección contra la interferencia injustificada de otras personas; y (b) una esfera de libertad de acción que al mismo tiempo es el fundamento de una inmunidad contra los reclamos de terceros. En la medida en que la persona respete los términos de interacción establecidos jurídicamente, puede obrar en el mundo sin quedar sujeta a la potestad de otros de exigir responsabilidades ulteriores. Mientras más exigentes sean los deberes, menor

¹⁵ De forma mediata, sin embargo, los efectos de estas reglas pueden trascender lo meramente económico. Si los miembros de un grupo desaventajado carecen de recursos para defender sus derechos, ellos resultan más atractivos para los generadores de riesgos que otros colectivos mejor posicionados para demandar y ganar los pleitos. A la postre, es previsible que la desigualdad económica tenga efectos negativos sobre otros derechos, como la salud o la integridad física.

será el ámbito de libertad que dejan al actor, pero mayor la indemnidad que conceden a la potencial víctima, y viceversa¹⁶.

Como puede apreciarse, la cooperación social es imposible sin un marco normativo que establezca términos equitativos o razonables para la interacción privada. La coordinación colectiva, los proyectos comunes, los negocios complejos y las múltiples relaciones sociales de amistad o asociación entre las personas solo son posibles cuando se cuenta con un conjunto de reglas como las provistas por la responsabilidad civil, los contratos y los derechos reales. Estas normas son esenciales para la cohesión y la estabilidad social (Gerhart, 2010, cap. 1).

Conforme con una postura liberal, estos términos de interacción pacífica solo serán razonables o equitativos si toman en consideración los intereses de los agentes, concebidos como personas libres e iguales, y distribuyen adecuadamente los beneficios y las cargas que de allí derivan. El esquema de cooperación social no puede ser razonable si limita demasiado la libertad en beneficio de la indemnidad de otros o, por el contrario, garantiza un amplio margen de libertad en perjuicio de esa indemnidad. Esto es así en cualquier contexto de riesgos porque tanto la libertad como la indemnidad son dos componentes igualmente necesarios para la autonomía. Un individuo que goza de una gran seguridad personal por imperio de unas normas que al mismo tiempo socavan totalmente su libertad de acción no es autónomo, pero tampoco lo es cuando el coste de su libertad es una total ausencia de seguridad personal. Un plan de vida sostenible requiere un buen equilibrio entre ambas cosas. El desafío, entonces, es encontrar aquella configuración del derecho privado que refleje un compromiso razonable entre estos componentes de la autonomía.

Llegados a este punto, el argumento distributivo puede ser comprendido en su dimensión política. Sean cuales fueren los propósitos o fines que una persona elija para su vida, para llevarlos a término necesitará gozar de una libertad de acción considerable y, simultáneamente, estar protegida contra las interferencias de terceros en una buena medida. Como la protección contra las interferencias normalmente se implementa con deberes de indemnidad que, siendo de aplicación general, a la vez restringen su libertad, nadie querría una indemnidad absoluta, ni una libertad absoluta.

Los derechos y deberes de indemnidad se ajustan a lo que Rawls denominó «bienes primarios»¹⁷. Definidos ampliamente, estos bienes incluyen derechos y libertades básicas, libertad de movimiento y ocupación o trabajo en un marco diverso de oportunidades, poderes y prerrogativas asociadas a funciones y posiciones de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas de la estructura básica, el ingreso y la riqueza, y las bases sociales del autorrespeto (Rawls, 1993, pp. 181-308 y ss; Rawls, 1999, pp. 54-79). Estos son bienes que cualquier persona racional desearía con independencia de cuáles fuesen sus objetivos o proyectos en la vida. Por supuesto, una persona puramente racional desearía el máximo de libertad y el máximo de indemnidad para sí misma. Sin embargo, no sería razonable, en términos de Rawls, en tanto esa configuración solo es posible despreciando los derechos de otras personas a un conjunto de bienes iguales. Solo cuando se desprecia el plan de vida de otras personas, cuando no se las considera como libres e iguales, puede pretenderse la prevalencia de unas reglas que privilegian la propia autonomía en desmedro de la de todos los demás. Las personas razonables aceptan al otro como un par que alberga su propia concepción de lo bueno y, por ello, también requiere de

¹⁶ Para una explicación completa, véase Papayannis (2014a, pp. 286 y ss.).

¹⁷ Adhiero así a lo que Kordana y Tabachnick (2005, pp. 606 y ss.) denominan «una concepción amplia de la estructura básica».

indemnidad y libertad. La persona razonable, en definitiva, desea una conciliación adecuada de estos valores y, por consiguiente, reconoce que su libertad e indemnidad no pueden ser absolutas en un esquema equitativo de cooperación social¹⁸.

También en lo que hace al ingreso y la riqueza, la responsabilidad civil y el derecho contractual tienen efectos redistributivos considerables. Una regla que impone un deber de diligencia en un determinado contexto allí donde no existía no solo cambia la distribución de los derechos y deberes de indemnidad entre las partes, sino también redistribuirá el ingreso a futuro entre aquellos obligados por el nuevo deber y los beneficiarios de esa norma. Antes de la existencia del deber, la potencial víctima que deseara reducir el riesgo al que estaba expuesta debía invertir una cantidad de dinero en precauciones. Luego de la creación del deber, es el agente dañador quien está compelido a incurrir en esos gastos para no ser considerado negligente. Eso supone que parte del ingreso del agente dañador será transferido implícitamente a la víctima que, sin incurrir en los costes de las precauciones, gozará del mismo nivel de seguridad que antes. Lo mismo ocurre con las reglas del derecho de contratos que imponen deberes de información o garantías a favor de la parte débil. Estas medidas serán progresivas si la transferencia, a nivel general (no caso a caso), tiene una dirección desde los grupos privilegiados a los grupos menos aventajados¹⁹.

Lo dicho hasta aquí podría conducir a un grave equívoco que intentaré prevenir. El aspecto distributivo y redistributivo de la responsabilidad civil no tiene prácticamente impacto en el patrón de razonamiento que deben seguir los jueces para resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Es el legislador quien debe tener en cuenta las consecuencias distributivas y redistributivas de las reglas para evitar efectos disfuncionales, como un empeoramiento de las clases sociales desaventajadas²⁰. Ahora bien, una vez que el legislador establece el conjunto de reglas, el juez debe aplicarlas con independencia de sus efectos distributivos. De lo contrario estaría invadiendo incumbencias propias del poder público que goza de mayor legitimidad democrática para definir estas cuestiones.

Los jueces solo ocasionalmente deberán tener en consideración los efectos distributivos de sus decisiones. En concreto, deberán realizar juicios más bien complejos que incluyan consideraciones de justicia distributiva, pero que no se agoten en ellas, cuando exista una laguna jurídica, una antinomia o una indeterminación que requiera ser resuelta a fin de dictar sentencia. A modo de ilustración, si el estándar de diligencia aplicable no está perfectamente perfilado por el legislador, entonces, el juez deberá tomar en cuenta, entre otras cosas, los efectos distributivos globales de una regla que establece una determinada exigencia y que él mismo creará para poder resolver el caso²¹. La responsabilidad del juez aquí es ineludible, aunque ocasional. Por otra parte, los jueces también deberán incorporar consideraciones distributivas cuando el propio sistema jurídico remita a ellas. Excepcionalmente, si están previstas en el ordenamiento jurídico, serán aplicables las normas sobre responsabilidad por equidad o, su complemento, la reducción de la indemnización por razones de

¹⁸ Para la idea de razonabilidad, véase Rawls (1993, pp. 48 y ss.).

¹⁹ Los efectos redistributivos pueden ser neutralizados total o parcialmente si el agente afectado es capaz de trasladar esos costes adicionales al propio beneficiario de la norma redistributiva o a un tercero. Siguiendo a Duncan Kennedy (1981, pp. 605 y ss.), aquí solo diré que la posibilidad de trasladar costes es contingente y limitada, por lo que los efectos redistributivos rara vez son completamente neutralizados.

²⁰ Sobre los efectos regresivos de la responsabilidad civil, véase en general Keren-Paz (2007).

²¹ Siendo que normalmente los jueces tienen obligación de dictar sentencia, si una situación no está prevista por el legislador, no podrá tomar una decisión lógicamente fundada sin una norma general que deberá crear en el mismo acto de decisión. Véase Bulygin (1966, pp. 358 y ss.).

equidad²². Aquí la idoneidad institucional del juez para realizar juicios distributivos es incuestionable. Primero, porque es el propio legislador el que pide al juez realizar estos juicios. Segundo, porque no se trata de considerar los efectos globales de una norma sino los efectos particulares de una decisión sobre responsabilidad o sobre reducción de la indemnización por razones de equidad, lo que requiere una comparación de la situación patrimonial de las partes del proceso. La información relevante para esta clase de evaluaciones está mucho más acotada y las repercusiones de estas decisiones tienen menor incidencia en el sistema general de responsabilidad civil.

Para concluir, la función de demarcación, y sus funciones derivadas distributiva y redistributiva, no son distintivas de la responsabilidad civil. La definición de derechos puede lograrse también con el derecho penal y el resto de las ramas del derecho. Por otra parte, los objetivos distributivos y redistributivos tradicionalmente son desarrollados de modo más explícito por el derecho tributario y del gasto público. Sin embargo, a diferencia de otras funciones, como la preventiva, una vez que se cuenta con un sistema de responsabilidad civil, estas funciones son necesarias: la idea de una responsabilidad que no defina los derechos no distribuya derechos y deberes, ni redistribuya nunca recursos de unas personas a otras, es conceptualmente imposible. En cambio, sí es concebible una responsabilidad civil que no implemente las funciones preventiva o punitiva, por ejemplo.

6. La reducción de costes secundarios

A partir de *The Costs of Accidents*, de Guido Calabresi, la literatura considera que no solo es importante reducir la cantidad y la gravedad de los accidentes sino evitar que sus costes queden concentrados en aquellos que están en peores condiciones económicas para soportarlos. Esto constituye un coste que Calabresi llamó «secundario». Estos costes pueden ser reducidos de dos maneras: (a) haciendo que ellos recaigan sobre la parte con mayor capacidad contributiva; (b) dispersando el coste de los accidentes entre muchas personas a lo largo del tiempo (Calabresi, 1970, pp. 39-44).

En cuanto a lo primero diré muy poco aquí, puesto que las únicas reglas capaces de hacer recaer los daños o su indemnización sobre la parte con mayor capacidad contributiva son aquellas referidas, nuevamente, a la indemnización y la reducción de la indemnización por razones de equidad mencionadas en el apartado anterior.

En lo que hace a la dispersión del coste entre muchas personas, en cambio, la responsabilidad civil puede contribuir de varias maneras. Podría implementarse algún esquema de seguro obligatorio para ciertas actividades, como ocurre en materia de circulación automotor, o, alternativamente, confiarse en el seguro voluntario. Esto último requiere abordar una serie de dificultades asociadas en general con la falta de información para evaluar riesgos, las preferencias por el bienestar actual antes que el bienestar posterior al momento del accidente²³ o la incapacidad psicológica para comprender que los accidentes no son un fenómeno ajeno, algo que siempre ocurre a otras personas (Calabresi, 1970, pp. 56-59).

²² Véanse, por ejemplo, los arts. 1750 y 1742 del Código Civil y Comercial argentino.

²³ Por supuesto, contratar un seguro supone privarse de dinero en un primer momento, lo que disminuye la capacidad de consumo, para recibir dinero en un momento posterior, luego del accidente. Muchas personas podrían preferir no asegurarse, a fin de mantener su consumo actual en un nivel más elevado

En cualquiera de sus versiones, los seguros pueden generar un problema denominado riesgo moral (*moral hazard*). Al menos respecto de los daños patrimoniales, los individuos que están cubiertos por un seguro tienden a adoptar precauciones insuficientes, ya que nunca asumirán el coste total del accidente. Será la compañía de seguros la que cargará con el daño y a lo sumo, si puede observar la conducta del agente, aumentará su prima de seguro debido al incremento en la tasa de siniestralidad (Polinsky, 1989, pp. 56-57). Por lo tanto, ya puede advertirse que la reducción de los costes secundarios tiene incidencia en la cantidad (o en la gravedad) de los accidentes, es decir, incrementa en alguna medida el volumen de los costes primarios.

Una manera eficaz de fomentar el seguro voluntario es la imposición de responsabilidad objetiva sobre quienes pueden contratar un seguro, quienes pueden auto-asegurarse o quienes tienen la capacidad de trasladar a los consumidores el valor del daño a través de los precios (Priest, 1985, p. 520). En el primer caso, aunque la dispersión no depende de esto, lo óptimo sería imponer responsabilidad sobre quienes pueden contratar el seguro a menor coste. De ahí que la previsibilidad sea uno de los criterios más importantes para determinar el alcance de la responsabilidad. Solo quien puede prever las consecuencias por las cuales será responsable puede estar motivado para contratar un seguro (Calabresi, 1975, p. 75). En el segundo caso, se trata de responsabilizar a quien puede ahorrar en el tiempo presente para afrontar daños en el futuro. La dispersión se produce en el tiempo y no entre las personas. Por último, también puede responsabilizarse objetivamente a las empresas que sean capaces de trasladar el coste de los daños a los consumidores mediante un leve incremento en los precios. De esta forma, el consumidor termina pagando por un seguro que valora (porque está dispuesto a seguir comprando el producto a un precio más alto que incluye el seguro) pero que no es capaz de adquirir por sí mismo en el mercado.

Estas funciones tampoco son distintivas, ni necesarias, de la responsabilidad civil, ya que pueden lograrse mediante otros mecanismos de compensación social. Sin embargo, son una parte cada vez más importante del derecho moderno. La expansión de la responsabilidad objetiva, en el grado en que se ha considerado equitativo durante el siglo XX, hubiese sido inviable sin un buen desarrollo de la industria del seguro. Además, en algunas jurisdicciones los jueces han tomado como relevante para fundar sus decisiones el hecho de que el demandado estuviese asegurado (Keren-Paz, 2007, pp.141 y ss). Esta estrategia no está exenta de peligros, puesto que la función principal de la responsabilidad civil no es dispersar el coste de los accidentes. El foco excesivo en este objetivo puede generar distorsiones en materia de responsabilidad interpersonal, función que veremos más adelante.

7. La función sancionadora

Es una cuestión controvertida si la responsabilidad civil cumple funciones sancionadoras. Para aclarar el debate, creo necesario distinguir dos cuestiones. En primer lugar, cabe preguntarse si por regla general el remedio típico de la responsabilidad civil, es decir, la indemnización de daños y perjuicios tiene algún componente sancionador. Argumentaré que no lo tiene. En segundo lugar, corresponde analizar qué ocurre con la nueva tendencia de incorporar los daños punitivos como uno de los remedios disponibles. En este caso, sostendré, todo depende de la concepción que se tenga de ellos.

Comenzando por el remedio indemnizatorio, este es claramente impropio para sancionar al demandado. En primer lugar, uno de los principios rectores de la

responsabilidad civil en su faceta subsanadora es que no hay responsabilidad sin daño. No obstante, una conducta puede ser incorrecta y, por lo tanto, merecedora de sanción, con independencia de que resulte inocua. El derecho penal, de cuyo carácter sancionador nadie duda, abarca también acciones que no producen resultados distintos de los incorporados en la propia descripción de la acción, como la punición de acciones imprudentes, y acciones que no producen resultados por causas independientes de la voluntad de su autor, como los delitos en grado de tentativa; en el caso del remedio indemnizatorio, ninguna excepción al principio de que no hay responsabilidad sin daño tuvo ni tiene lugar.

A efectos del argumento, podría aceptarse que el derecho civil pretende sancionar solo algunas conductas reprochables, a saber, aquellas que causan daños. Es decir, la responsabilidad civil toma como objeto un subconjunto de las acciones merecedoras de castigo, por alguna razón de política jurídica nunca explicitada. Aun en esta versión diluida, la tesis es problemática. La producción del resultado dañoso no modifica el carácter de la conducta del agente. Que su acción sea culpable y el grado en que lo sea no depende de la magnitud del daño causado sino, entre otras cosas, de la magnitud del daño que la acción era capaz de causar en el momento en que fue realizada. Una sanción apropiada, entonces, debería ser proporcional a la gravedad de la culpa del agente. Pero esta proporcionalidad no se ve reflejada en la responsabilidad civil, ya que esta parte del ordenamiento jurídico no establece ninguna relación directa entre la gravedad de la acción y el monto de la indemnización, que siempre se determina teniendo en cuenta el perjuicio sufrido por la víctima. Como es bien sabido, conductas que evidencian un gran desprecio por los intereses ajenos, en términos de los riesgos que introducen, pueden causar daños muy leves, y conductas ligeramente culpables pueden causar pérdidas enormes. El remedio indemnizatorio, entonces, hace que algunas conductas merecedoras de un severo castigo reciban una sanción moderada, y otras merecedoras de un castigo moderado reciban una severa sanción. El derecho civil, como instrumento sancionador, no satisface el principio de proporcionalidad, que constituye un elemento básico en la comprensión de la práctica del castigo.

Finalmente, la institución del seguro de responsabilidad civil, desarrollada a comienzos del siglo XIX, antes de que la responsabilidad objetiva se abriese camino, es incompatible con la función sancionadora. Ello en tanto nace cuando el único fundamento de la responsabilidad era la culpa. Además, su propósito principal era proteger el patrimonio del agente dañador, en lugar de garantizar la compensación de las víctimas²⁴. Precisamente esto último muestra que no tiene sentido concebir la responsabilidad civil en términos de sanción, ya que solo una concepción muy extraña del castigo permitiría a los agentes asegurarse contra las sanciones impuestas por el sistema. El cumplimiento del castigo es *intuitu personae*. El seguro contra terceros quiebra esta lógica de modo manifiesto. Cualquiera sea el propósito del castigo, este se frustra completamente si no es el agente mismo quien asume las consecuencias de sus acciones incorrectas.

Distinta es la cuestión respecto de los daños punitivos²⁵. La incorporación de los daños punitivos, que consisten en condenar al demandado a un pago

²⁴ Véase el estudio de Soto (2000, 193, pp. 195-198).

²⁵ Conviene distinguir los daños punitivos y los *exemplary damages* de otras figuras como los *aggravated damages* que, en el derecho inglés, cumplen una función compensatoria. Este último remedio suele otorgarse cuando la acción especialmente maliciosa del demandado causa un perjuicio emocional a la víctima, hiriendo su orgullo o dignidad. Alguna doctrina ha propugnado su abolición por su considerable solapamiento con otras categorías como la indemnización por *emotional distress*, que en nuestros sistemas continentales quedaría abarcada normalmente por el daño moral. Asimismo, los fundamentos

extracompensatorio, podría ser vista como una forma de sanción. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. Si la lectura que se hace de los daños punitivos tiene que ver con la disuasión de conductas dolosas o gravemente negligentes en condiciones en que la mera compensación carece de fuerza motivacional suficiente (Polinsky y Shavell, 1998, p. 887), entonces, ellos son parte de la función disuasoria, reseñada en el apartado 3. No se trata de una función distintiva, aunque esta puede ser una aspiración del sistema. En cambio, si la lectura que se propone de los daños punitivos se basa en su valor expresivo, la sanción puede ser entendida en clave de responsabilidad interpersonal, función que abordaré en el próximo apartado. La idea es que mediante los daños punitivos la víctima puede comunicar al agente dañador y al conjunto de la sociedad su indignación moral por lo que ella ha sufrido a manos del demandado. No se trata meramente de imponer un castigo al agente para retribuirle el mal que ha ocasionado, sino de implementar una forma de retribución relacional en la cual la víctima tiene una posición especial (Martínez Alles, 2020, pp. 124-125). Mediante la exigencia de daños punitivos la víctima expresa su indignación a fin de destacar la censura que merecen las acciones del agente dañador, por haber infringido de modo ultrajante los estándares jurídicos de la comunidad. De esta forma, reivindica sus derechos ante el demandado en aquellos casos en los cuales una indemnización dejaría todavía algo sin corregir. De acuerdo con esta concepción, en los daños especialmente humillantes, la indemnización podría ser incapaz de restablecer la dignidad de la víctima, de reivindicarla plenamente ante el dañador como una persona merecedora de respeto (Martínez Alles, 2018, pp. 267 y ss.).

No me pronunciaré aquí sobre el valor moral de la retribución relacional. Por razones que no tengo espacio para expresar aquí, tengo serias dudas de que el castigo pueda formar parte del ideal de justicia interpersonal. En todo caso, aquí me interesa más la estructura del argumento que su corrección sustantiva. De resultar convincente, la función sancionadora sería una expresión de la justicia interpersonal para casos excepcionales, en los cuales el remedio indemnizatorio es incapaz de satisfacer plenamente esta forma de justicia.

8. Justicia interpersonal

Para comprender el sentido de la justicia interpersonal, conviene recordar la noción de injusticia relacional. Según se explicó en el apartado 5, las reglas de responsabilidad definen los derechos y deberes de las partes. De este modo, una regla de culpa establece un derecho a no ser dañado con conductas irrazonables (y un correlativo deber de no dañar de esa manera), mientras que una regla de responsabilidad objetiva amplía ese derecho (y deber) de indemnidad a las acciones lícitas riesgosas. Solo una vez establecidos los términos de interacción hay ocasión para la injusticia relacional. Antes de la definición de derechos y deberes no puede afirmarse que la acción del agente viola los términos de interacción y, por lo tanto, que constituye una injusticia respecto de la víctima. Como afirman Goldberg y Zipursky, la forma de un injusto relacional es la siguiente: «Para todo x y para todo y , x no debe hacer A a y ». Una vez que un x hace A a un y , entonces, el x queda sujeto a la potestad normativa que la responsabilidad civil confiere a y ; una potestad de sujetar a responsabilidad al demandado, de llamarlo a responder. Este es el sentido en el cual el derecho privado es privado: confiere a las víctimas un poder normativo, que ellas pueden ejercer discrecionalmente, contra el agente dañador (J.C. Goldberg y B. C. Zipursky, 2010, pp. 945-947; Goldberg y Zipursky, 2020, pp. 92 y ss.). La comisión de un injusto deja al demandado en una posición de vulnerabilidad ante su

que se esgrimen a su favor son demasiado cercanos a los del daño punitivo. Véase Sebok y Wilcox (2009, pp. 266-267).

víctima, y solo ante ella. El Estado simplemente «confiere a las víctimas la potestad de exigir un resarcimiento si así lo desean» (Goldberg y Zipursky, 2014, p. 27).

Esta es la manera en que opera la responsabilidad civil, sin duda. Pero ¿qué sentido tiene establecer estas relaciones bilaterales? ¿Qué sentido tiene conferir un remedio específico a la víctima para que exija responsabilidad al demandado por el daño injusto que le causó? En los últimos años, Goldberg y Zipursky sostuvieron la tesis de que implementar un sistema de responsabilidad civil constituye un deber político del Estado ante sus ciudadanos. La idea es que el Estado, en pos de la convivencia pacífica y civilizada, inicialmente priva a las personas del derecho natural de reaccionar ante el maltrato de otros. A cambio, el Estado debe ofrecer un mecanismo alternativo para canalizar estas demandas, en concreto, una acción civil en contra de los agentes dañadores.

Centrémonos en la idea de que implementar un sistema de responsabilidad civil es un deber político del Estado. Presuntamente, este deber se funda en el hecho de que el Estado prohíbe a los ciudadanos tomar la justicia en sus manos. Sin embargo, no está del todo claro que este deber político de ofrecer algún tipo de acción a la ciudadanía determine que el Estado deba instaurar un sistema de responsabilidad civil, en lugar de otras alternativas. ¿Cómo se pasa de un deber de implementar algún mecanismo para buscar reparación a otorgar a la víctima una potestad legal de exigir al agente dañador esa reparación? Sin duda, el argumento no puede ser que sin un remedio bilateral la víctima quedaría desprotegida. Eso depende de si el Estado proporciona otros mecanismos adecuados para compensar a la víctima y, en su caso, sancionar al agente dañador. Por lo tanto, falta algún elemento que explicita la importancia de la responsabilidad civil, de modo que podamos apreciar qué se perdería si ella fuese reemplazada por otros mecanismos de compensación para la víctima y sanción para el dañador.

Ese elemento adicional, en mi opinión, puede rastrearse a las ideas de Stephen Darwall sobre las relaciones entre personas libres e iguales²⁶. En lo que aquí interesa resaltar, el marco de interacción de la responsabilidad civil, estructurado a partir de derechos y deberes correlativos y recíprocos, supone una forma de responsabilidad mutua entre personas iguales. Los remedios de la responsabilidad civil implican que todas las personas, si sufren un daño injusto, tienen la autoridad de obligar al otro a responder por esa injusticia. Solo cuando las partes se reconocen esta autoridad recíproca para exigirse mutuamente responsabilidades pueden ser concebidas como genuinamente iguales. En este esquema todos tienen potencialmente una autoridad para exigir a otros una respuesta por el daño injustamente causado y, correlativamente, todos son potencialmente responsables, es decir, vulnerables a la autoridad de sus víctimas. La idea de responsabilidad y autoridad mutua reafirma la igual consideración y respeto que los ciudadanos se deben entre sí. El proceso en que se canalizan estas demandas, por otra parte, es altamente civilizado. Cuando una persona vulnera los derechos de la otra, de alguna manera no trivial le falta el respeto. Las demandas de responsabilidad civil son una manera respetuosa de exigir ese respeto (Darwall y Darwall, 2011, p. 20).

Nótese que la responsabilidad civil realiza este valor incluso cuando el demandado oponga resistencia a la demanda. Aunque inicialmente niegue los hechos, emplee estrategias dilatorias, ofrezca un arreglo extrajudicial que está por debajo del daño efectivamente causado y, en última instancia, pague a regañadientes, aun en estos casos, el demandante habrá ejercido su potestad jurídica de exigir al

²⁶ Véase, en general, Darwall (2006); Darwall (2012).

demandado su responsabilidad. El reconocimiento institucional del poder de la víctima de sujetar a responsabilidad al agente dañador, correlativo con la vulnerabilidad de este último en relación con la víctima, ya expresa la idea de respeto mutuo. Incluso cuando un demandante débil se enfrenta a un dañador fuerte, poderoso, el derecho le permite sujetarlo a responsabilidad, sentarlo en el banquillo de los acusados a fin de que rinda cuentas por el daño que causó al demandante. Y esto resulta a su vez necesario para que el derecho civil reconozca institucionalmente la dignidad de las personas. La dignidad no solo nos impone un conjunto de exigencias respecto de cómo debemos tratar a otros, sino que también conlleva la autoridad para exigir de otros el mismo trato respetuoso. Los sistemas de responsabilidad civil permiten a quienes han sido dañados reclamar al demandado un trato digno, compatible con su estatus de persona (Darwall, 2006, pp. 13-14 y ss.).

Desde esta perspectiva, ante la prohibición que recae sobre los ciudadanos de tomar la justicia en sus manos, existen razones para que el Estado cumpla con su deber político de brindar una vía de reclamación implementando un sistema de responsabilidad civil, antes que cualquier otro mecanismo centralizado, como los seguros sociales. Solo un sistema de responsabilidad civil es capaz de expresar la estructura normativa de las interacciones respetuosas entre personas libres e iguales. Los mecanismos alternativos de sanción y compensación en operaciones independientes, sin duda, pueden neutralizar las pérdidas de las víctimas, pueden sancionar el exceso de libertad que se atribuyen los agentes dañadores, incluso lograr la retribución del mal ocasionado. Sin embargo, son incapaces de subsanar la falta de respeto y ofrecer un reconocimiento significativo de la dignidad de las personas. Los sistemas de responsabilidad civil, en cambio, son especialmente apropiados para lidiar con este aspecto de la injusticia relacional: permiten a las víctimas exigir del agente dañador el respeto que merecen como personas iguales y dan ocasión para que el agente dañador reconozca el maltrato al que sometió al demandante y haga algo al respecto.

De esta manera, puede apreciarse que la expansión de los remedios de la responsabilidad civil en los últimos años, que además de la indemnización incluye las disculpas públicas, las garantías de no repetición o los daños punitivos, obedece a una visión más amplia de la justicia entre las partes, más cercana a la defendida por las concepciones reconciliatorias (o restaurativas) de la justicia correctiva (Pino Emhart, 2018). Esta visión sugiere que la compensación monetaria es solo una parte de la reparación y la subsanación de la falta de respeto que constituye el daño. La rehabilitación del respeto mutuo puede requerir un conjunto de medidas, como las recién mencionadas (Radzik, 2014, pp. 236, 240).

En conclusión, hay un valor único en la responsabilidad civil que consiste en la realización de la justicia interpersonal. Este valor no puede ser realizado con mecanismos alternativos. Solo la responsabilidad civil garantiza este valor. De ahí que la justicia interpersonal sea la única función genuinamente distintiva de la responsabilidad civil. Solo la responsabilidad civil nos permite relacionarnos con otros en un verdadero pie de igualdad.

Bibliografía

- Abraham, K. S. (2002). *The Forms and Functions of Tort Law: An Analytical Primer on Cases and Concepts*. Foundation Press.
- Alpa, G. (2010). *La responsabilità civile: Parte generale*. Utet Giuridica.
- Bulygin, E. (1966). Sentencia judicial y creación de derecho. *La Ley*, 355-367.



- Calabresi, G. (1970). *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press.
- Calabresi, G. (1975). Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. *The University of Chicago Law Review*, 43(1), 69-108.
- Cane, P., y Atiyah, P. S. (2006). *Atiyah's Accidents, compensation and the law*. Cambridge University Press.
- Coleman, J. L. (1992). *Risks and Wrongs*. Cambridge University Press.
- Cooter, R., y Ulen, T. (2012). *Law & Economics*. Addison-Wesley.
- Darwall, S. (2006). *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*. Harvard University Press.
- Darwall, S. (2012). Bipolar Obligation. En R. Shafer-Landau (Ed.), *Oxford Studies in Metaethics* (pp. 333-357). Oxford University Press.
- Darwall, S., y Darwall, J. (2011). Civil Recourse as Mutual Accountability. *Florida State University Law Review*, 39(1), 17-41.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.
- Dobbs, D. B., Hayden, P. T., y Bublick, E. M. (2016). *Hornbook on Torts*. West Academic Publishing.
- Fried, C., y Rosenberg, D. (2003). *Making Tort Law: What Should be Done and Who Should Do it*. American Enterprise Institute.
- Gerhart, P. M. (2010). *Tort Law and Social Morality*. Cambridge University Press.
- Gilead, Y., Green, M. D., y Koch, B. A. (2013). General Report. Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report. En Y. Gilead, M. D. Green, y B. A. Koch (Eds.), *Proportional Liability Analytical and Comparative Perspectives* (pp. 1-74). Walter de Gruyter GmbH.
- Goldberg, J. C., y Zipursky, B. C. (2010). Torts as Wrongs. *Texas Law Review*, 88(5), 917-986.
- Goldberg, J. C. P., y Zipursky, B. C. (2010). *The Oxford Introductions to U S Law: Torts*. Oxford University Press.
- Goldberg, J. C. P., y Zipursky, B. C. (2014). Tort Law and Responsibility. En J. Oberdiek (Ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts* (pp. 17-37). Oxford University Press.
- Goldberg, J. C. P., y Zipursky, B. C. (2020). *Recognizing Wrongs*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Clarendon Press.
- Keating, G. C. (2001). A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents. En G. J. Postema (Ed.), *Philosophy and the Law of Torts* (pp. 22-71). Cambridge University Press.
- Keating, G. C. (2017). Is Cost-Benefit Analysis the Only Game in Town. *Southern California Law Review*, 91, 195-261.
- Kennedy, D. (1981). Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*, 41(4), 563-658.
- Keren-Paz, T. (2007). *Torts, Egalitarianism, and Distributive Justice*. Ashgate.
- Kordana, K. A. y Tabachnick, D. H. (2005). Rawls and Contract Law. *George Washington Law Review*, 73, 598-632.
- Landes, W. M., y Posner, R. A. (1987). *The economic structure of tort law*. Harvard University Press.
- Llamas Pombo, E. (2007). Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños. En J. A. Moreno Martínez (Ed.), *La responsabilidad civil y su problemática actual* (pp. 445-478). Dykinson.
- Lorenzetti, R. L. (1993). El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica? *La Ley* 1993D, pp. 1140-1160.

- Lorenzetti, R. L. (1995). La tutela civil inhibitoria. *La Ley*, 1217-1226.
- Martín Casals, M. (2011). *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*. Paper presented at the Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña.
- Martínez Alles, M. G. (2018). Moral Outrage and Betrayal Aversion: The Psychology of Punitive Damage. *Journal of Tort Law*, 11(2), 245-303.
- Martínez Alles, M. G. (2020). La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima. En J. A. García Amado y D. M. Papayannis (Eds.), *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado* (pp. 107-131). Palestra Editores.
- McBride, N. J., y Bagshaw, R. (2018). *Tort Law. Longman law series* (6ª ed.). Pearson.
- Miceli, T. J. (2004). *The Economic Approach to Law*. Stanford University Press.
- Mullis, A., y Oliphant, K. (2011). *Torts*. Palgrave Macmillan.
- Nolan, D. (2009). Causation and the Goals of Tort Law. En A. Robertson y H. W. Tang (Eds.), *The Goals of Private Law* (pp. 165-190). Hart Publishing.
- Pantaleón, F. (1991). Comentario al art. 1902 del Código Civil. En AA.VV. (Ed.), *Comentario del Código Civil* (pp. 1971-2003).
- Papayannis, D. M. (2012). Derechos y deberes de indemnidad. *Doxa*, 35, 691-716.
- Papayannis, D. M. (2014a). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Marcial Pons.
- Papayannis, D. M. (2014b). La práctica del alterum non laedere. *Isonomía*, 41, 19-68.
- Papayannis, D. M. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Universidad Externado de Colombia.
- Papayannis, D. M. (2021). ¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza? En C. Fernández Blanco y E. A. Pereira Fredes (Eds.), *Derecho y pobreza* (pp. 81-128). Marcial Pons.
- Pino Emhart, A. (2018). Restaurar para corregir. La dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual. En D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes (Eds.), *Filosofía del Derecho privado* (pp. 359-375). Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Polinsky, A. M. (1989). *An Introduction to Law and Economics*. Little Brown.
- Polinsky, A. M., y Shavell, S. (1998). Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review*, 111(4), 869-962.
- Posner, R. A. (2014). *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer Law y Business.
- Priest, G. L. (1985). The Invention of Enterprise Liability: A critical history of the intellectual foundations of modern tort law. *The Journal of Legal Studies*, 14(3), 461-527.
- Radzik, L. (2014). Tort Processes and Relational Repair. En J. Oberdiek (Ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts* (pp. 231-249). Oxford University Press.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999). *A theory of justice*. Oxford University Press.
- Ribot Igualada, J. (2020). Los fondos de indemnización de daños corporales. *Revista de Derecho Civil*, VII(4), 5-50.
- Ripstein, A. (2003). The Division of Responsibility and the Law of Tort. *Fordham Law Review*, 72(5), 1811-1844.
- Salvador Coderch, P. (1997). Capítulos 4, 5 y 6. En P. Salvador Coderch, M. T. Castiñeira Palou, y C. Gómez Ligüerre (Eds.), *Prevenir y castigar: La libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Marcial Pons.
- Schwartz, G. T. (1994). Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law really Deter? *UCLA Law Review*, 42, 377-444.

- Sebok, A. J. y Wilcox, V. (2009). Aggravated Damages. En Koziol H. y Wilcox, V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (pp. 257-274). Springer-Verlag.
- Shavell, S. (1980). Strict Liability versus Negligence. *The Journal of Legal Studies*, 9(1), 1-25.
- Shavell, S. (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Harvard University Press.
- Shavell, S. (2007). Liability for Accidents. En A. M. Polinsky y S. Shavell (Eds.), *Handbook of Law and Economics* (pp. 139-182). Elsevier.
- Soto, R. A. (2000). Responsabilidad civil y seguro. En F. Pantaleón (Ed.), *La responsabilidad en el derecho* (pp. 193-204). Universidad Autónoma de Madrid.
- Sugarman, S. D. (1985). Doing Away with Tort Law. *California Law Review*, 73(3), 555-664.
- Todd, S. (2016). Accident Compensation and the Common Law. En S. Todd, R. Chambers, C. Hawes, M. Bedggood, y A. Beck (Eds.), *The Law of Torts in New Zealand*. Thomson Reuters.
- Vargas Tinoco, A. (2018). El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención. En D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes (Eds.), *Filosofía del Derecho privado* (pp. 327-358). Marcial Pons.
- Vergara, L. (2018). *Sistema maestro de responsabilidad civil*. La Ley.
- Weinrib, E. J. (1989). The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law. *Valparaiso University Law Review*, 23(3), pp. 485-526.