

DILEMAS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE DAÑOS

Virginia de Carvalho Leal¹
Juan Antonio García Amado²

DILEMAS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE DAÑOS

RESUMEN: En la teoría general y la filosofía del derecho del daño extracontractual son dos las grandes orientaciones en las que podemos encuadrar las doctrinas concurrentes. Una es aquella que cree que esta rama del derecho tiene su sentido, fundamento y razón de ser en una concreta y específica pauta de justicia. La otra gran orientación es la que corresponde a las doctrinas que a menudo se denominan instrumentalistas, en que el daño es nada más que el pretexto o el factor desencadenante para una medida que debe incrementar algún resultado socialmente beneficioso. Ese es el planteamiento del análisis económico del derecho, en la que el fin social en cuestión suele describirse como el de eficiencia, en cuanto maximización de los recursos sociales disponibles.

Palavras clave: Fundamento filosófico. Responsabilidad extracontractual. Dilemas.

ABSTRACT: In general jurisprudence and in the philosophy of torts there are two main theoretical strands in which we can group competing doctrines of law. One of them is the view that argues that this branch of law has its meaning, grounds and "raison d'être" in a concrete and specific requirement of justice. The other is the view that corresponds to the doctrines that can be called instrumentalists, according to which the harm is nothing but the pretext or the social fact that triggers a measure that can lead to a socially advantageous result. This is the approach of the economic analysis of law, according to which the social aim in this matter can usually be described as promoting efficiency, understood as the maximization of available social resources.

Keywords: Tort law. Philosophical justification. Dilemmas.

¹ Professora substituta de Direito Ambiental da Universidade Federal de Pernambuco, Dep Público Especializado; Professora da AESO/Barros Melo; Professora da Faculdade Nova Roma/FGV – Recife.

² Catedrático de Filosofía del Derecho – Universidad de Leon – España.



1 INTRODUCCIÓN

En la teoría general y la filosofía del derecho del daño, cuando tratamos del fundamento del derecho de la responsabilidad civil extracontractual estamos buscando el criterio que permita dar cuenta de su autonomía como parte o rama de lo jurídico.

En Europa, la dogmática penal y la disquisición teórica sobre los elementos del delito y los fundamentos filosóficos de la pena han ido de la mano, debido seguramente a que en muchos de los grandes dogmáticos penales alemanes, que han hecho la dogmática penal de referencia, se unía la doble condición de penalistas y iusfilósofos. Esa amalgama académica no ha ocurrido de la misma manera en el caso de los civilistas, ni siquiera de la civilística alemana, pese a algunos nombres señeros que ocupaban cátedra de derecho privado y de Filosofía del derecho. Además, en países como España y entre civilistas, la influencia doctrinal francesa ha dominado claramente sobre la alemana, al menos en el último medio siglo. Esto, que probablemente vale para España o Italia, se da multiplicado en América Latina, donde la influencia académica francesa ha sido, entre iusprivatistas, mucho mayor que la alemana.

Así pues, en los países europeos del derecho continental, y especialmente en el Sur, hemos tenido una muy firme y asentada dogmática del derecho de daños, pero prácticamente carente de análisis iusfilosófico o teórico-general, tanto sobre la adecuación de los conceptos presupuestos como de los fundamentos, mientras que en los países anglosajones la dogmática seguramente era mucho más elemental o, en cierto sentido, improvisada a golpe de novedad jurisprudencial, pero el derecho de daños se ha ido cargando de iusfilosofía. En otras palabras, mucha dogmática un tanto forzada, apriorística o de cada vez peor encaje con la legislación correspondiente en el derecho continental, mucha dogmática con poca teoría en el derecho continental, y mucha teoría o iusfilosofía, pero con muy endeble dogmática en el *Common Law*, especialmente en los cinco últimos decenios.

Mientras que en la Europa y América del derecho continental la iusfilosofía y la teoría del derecho apenas se han asomado al derecho de daños, que ha sido cultivado en

exclusiva por dogmáticos civilistas (y administrativistas, después), en el *Common Law*, y destacadamente en EEUU y Canadá, el derecho de daños ha sido objeto de gran atención por iusfilósofos y filósofos “puros”. Creo que, por tales razones, los resultados acaban siendo insatisfactorios en ambas partes. En unos lugares hay potente dogmática, pero con débil teoría, y en otros encontramos buena teoría, pero con poco derecho, como especulación que se va alejando y se va olvidando de lo estrictamente jurídico.

Otra particularidad del derecho de la responsabilidad extracontractual ha sido durante mucho tiempo la siguiente: muchos casos con pocas normas. En los códigos civiles se contiene siempre una regla general con unas pocas excepciones o matices. La cláusula general es que el que dolosa o negligentemente causa daño a otro debe reparar ese daño causado a ese otro. Las excepciones se dan en ciertos casos, legalmente acotados, en que o bien debe reparar quien no causó (por ejemplo, los padres o tutores por los daños provocados por los menores), o bien debe reparar el daño el que lo causó sin culpa. La regla generalísima, pues, es la de la llamada responsabilidad subjetiva, responsabilidad por culpa, y las excepciones son puntuales y se explican por la especial relación entre ciertas personas, como padres e hijos o empresarios y trabajadores, o por determinados riesgos asociados a actividades o situaciones particularmente peligrosas. En los países anglosajones acabó en el siglo XIX imponiéndose por vía judicial una pauta bien similar.

En este escrito, la intención es redactar o encontrarnos a algunos de los dilemas enfrentados por la filosofía del derecho de daños o mismo *en* la filosofía del derecho de daños, o del *tort law*, como es así denominado en los países del *Common Law*, donde el debate ha tomado desde la década de los 70's mayores proporciones.

2 EL DESAJUSTE TEÓRICO PROVOCADO POR LA INTRODUCCIÓN CADA VEZ MÁS COMÚN DE REGULACIONES QUE IMPONEN RESPONSABILIDAD OBJETIVA

De lo expuesto en los párrafos anteriores sobre la responsabilidad subjetiva, parecía, por tanto, que el eje evidente del derecho de la responsabilidad extracontractual estaba en la culpa, como propiedad referida a la actitud del sujeto dañador. En el trasfondo latía un componente retributivo. La indemnización debida a la víctima que había padecido el daño debía salir de ese que por su deficiente carácter o actitud lo provocó, a

modo de peculiar castigo, de retribución. Sonaba a elemental demanda de la justicia que el que con culpa daña compense al que, sin culpa por su parte, padeció ese daño.

Al tiempo, los elementos constitutivos se daban por supuestos y sonaban bien evidentes: daño, dañador, dañado y causación de ese daño por el dañador. En términos morales o de justicia se zanjaba la cuestión aludiendo al mandato de no dañar³ (*neminem laedere*) y a la idea de que los sujetos deben cargar con las consecuencias de sus acciones injustas, injustas por resultantes de su deficiente actitud hacia los demás. Y, en términos de justicia igualmente, el *suum cuique tribuere*, el dar a cada uno lo suyo, justificaba también la medida de la reparación: al dañado hay que repararlo o indemnizarlo exactamente por el valor de lo que era suyo y con el daño perdió.

Ese esquema conceptual y moral tan sencillo y tan cómodo se vio progresivamente alterado por dos fenómenos. El primero, el incremento imparable de los supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa. El segundo, la abundancia de ejemplos en los que aquellos conceptos básicos de daño y causación no comparecen o lo hacen de manera muy peculiar; es decir, casos en los que se responde sin haber causado, se causa sin responder o se indemniza por daño que no es tal o que solo presuntamente es tal (GARCÍA AMADO, 2013a, p. 65-79; GARCÍA AMADO, 2013b, p. 267). Aquí, por el momento, nos ocuparemos del desajuste teórico provocado por la introducción cada vez más común de regulaciones que imponen responsabilidad objetiva.

Si el fundamento de la responsabilidad por daño extracontractual se ve en la deficiente y reprochable actitud del sujeto dañador, dicho fundamento no sirve para justificar los casos de responsabilidad objetiva, en los que el llamado a reparar o indemnizar obró sin culpa y con toda la diligencia exigible en la actividad respectiva (GARCÍA AMADO, 2010, p. 603). O se mantiene aquel elemento retributivo que estaba en el trasfondo, a costa de rechazar por injusta e injustificable la responsabilidad objetiva, o

³ En la bibliografía reciente en español, una defensa muy articulada del deber de no dañar como base de una concepción normativa de la responsabilidad extracontractual, en (PAPAYANNIS, 2014, p. 135ss) y, especialmente (PAPAYANNIS, 2014, p. 144). El matiz importante está en que, para Papayannis, el deber de no dañar no implica que la antijuridicidad sea un presupuesto necesario de la responsabilidad extracontractual, como sí lo es de la responsabilidad penal (PAPAYANNIS, 2014, p. 185).

se busca un fundamento diferente y abarcador para los dos tipos de responsabilidad por daño extracontractual, pero sin connotaciones retributivas.

Ambas salidas tienen serios inconvenientes. Persistir en la culpa, aunque sea levísima, como elemento que fundamenta y da sentido a la responsabilidad implica ir contra los hechos normativos, dejar sin base teórica, sin explicación no arbitraria ni justificación una parte cada vez más abundante de las normas reguladoras de la responsabilidad por daño. Brindar una justificación independiente de la culpa y que sirva para los dos tipos de responsabilidad por daño, el de la llamada responsabilidad subjetiva y el de la denominada responsabilidad objetiva, aboca a tal nivel de abstracción, que posiblemente sirva ese fundamento que se proponga para justificar prácticamente cualquier atribución de responsabilidad por daño a cualquier sujeto en cualquier momento. Queda una tercera posibilidad, la de entender que la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva tienen fundamentos distintos e independientes, pero de ese modo se frustra el propósito originario, la meta sistemática y sistematizadora que se perseguía: la de dotar de un fundamento común y unos mismos principios a todas las normas que conforman ese sector de la responsabilidad civil por daño extracontractual⁴.

En España (y en otros países pertenecientes a la familia del derecho continental) la salida a tal dilema fue doble y bastante contradictoria y se debió ante todo a la jurisprudencia. Primero se subjetivizó la responsabilidad objetiva, intentando mostrar algo así como que quien responde sin culpa en el fondo alguna culpa tendrá o, como

⁴ Es muy apropiada la descripción que hace Papayannis de las diversas alternativas para conciliar o relacionar responsabilidad objetiva y subjetiva. “Existen varias alternativas para explicar la coexistencia de esas dos reglas de responsabilidad. Solo para sugerir algunas, podríamos pensar que la responsabilidad civil se fundamenta principalmente en la culpa del agente y que la responsabilidad objetiva es una extensión de la regla de la culpa. Otra posibilidad es reconocer que la responsabilidad objetiva es algo distinto de la culpa, pero entender que la culpa es el factor de atribución principal y la responsabilidad objetiva una excepción justificada de algún modo. Obviamente, también están disponibles las alternativas opuestas: afirmar por un lado que toda la responsabilidad civil es objetiva, por ejemplo por causación de daños, y que la culpa es una forma particular de causación; o reconocer que la negligencia no es una forma de responsabilidad objetiva, pero que ésta última es el fundamento principal de la responsabilidad civil y la regla de culpa una excepción justificada. Finalmente, pueden intentarse otras dos estrategias: las integradoras y las reduccionistas. Las integradoras afirman que la culpa y la responsabilidad objetiva encajan en un esquema coherente de justificación de la responsabilidad civil sin reducir una forma de responsabilidad a la otra, ni considerar que una sea principal y la otra excepcional. Las reduccionistas intentan mostrar que tanto la culpa como la responsabilidad objetiva derivan de la aplicación de otro principio más fundamental. El AED adopta esta estrategia al pretender explicar las reglas de responsabilidad en términos de eficiencia. Desde este punto de vista, las reglas de la responsabilidad civil son un mecanismo para asignar o distribuir las pérdidas generadas por las interacciones dañosas de modo que los agentes reciban los incentivos necesarios que nos permitan lograr el objetivo social de reducir el coste de los accidentes a un nivel razonable” (PAPAYANNIS, 2014, p. 33-34).

vulgarmente se dice, puesto que dañó, “algo haría” (o algo no haría de lo que en el fondo debería haber hecho). De esa manera se mantenía “contrafácticamente” el dogma culpabilístico, pero a costa de atenuar o rebajar casi por completo el concepto de culpa y convirtiendo la culpa en una especie de culpa presunta.

Después, en un segundo paso y como consecuencia de esa gran atenuación de los elementos conceptuales de la culpa llevada a cabo para integrar en un esquema único, el esquema heredado, los supuestos legales de responsabilidad objetiva, la jurisprudencia acabó por introducir nuevos supuestos de culpa objetiva disfrazados de responsabilidad objetiva (GARCÍA AMADO, 2013a, p. 90.). Ahí jugaron un papel esencial nociones como la de “culpa levísima”, que en el fondo y muchas veces no era más que culpa presunta o culpa gratuitamente imputada al que dañaba. Es decir, un doble movimiento, primero de subjetivización de la responsabilidad objetiva y luego de objetivación de la responsabilidad subjetiva, sirvió para mantener la apariencia de que se conservaba la unidad sistemática y de fundamento del derecho de daños y que no había disonancia entre la pauta culpabilística general del 1902 del Código Civil y los supuestos legales de responsabilidad objetiva.

Toda responsabilidad vendría a tener una parte objetiva y una parte subjetiva, con lo que se llega al extremo de entender a veces que toda culpa conlleva el daño (se dice que en la culpa está la causa) y que todo daño implica algo de culpa. La consecuencia fue un casuismo desmelenado que la propia jurisprudencia tuvo luego que frenar. Casuismo porque esa posibilidad abierta de ver culpa en cualquier daño y de ver en cualquier daño culpa disolvía en pura discrecionalidad todo intento de acotar legalmente los casos diversos y sus soluciones debidas.

3 LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LA TEORÍA DEL RIESGO

El reacomodo teórico vino de la mano de la teoría del riesgo, en cuanto riesgo consumado en daño. Se dirá ahora que los casos de responsabilidad objetiva se explican como aquellos en que debe responder el que, aun actuando con plena diligencia y sin vulneración de ningún deber de cuidado, desempeña actividades que por sí suponen siempre un alto riesgo de daño y cuando, además, de dicha actividad lícita obtiene un

beneficio. Ese responsable no lo es de su concreto hacer, que es un hacer en todos los sentidos lícito, sino que es responsable de una actividad genérica de la que, por así decir, se beneficia. Socialmente no conviene prohibir esa actividad que socialmente es conveniente o beneficiosa si se realiza debidamente y con los cuidados apropiados, pero sería injusto que ese sujeto pudiera así beneficiarse sin tener que compensar a costa de ese beneficio concreto los daños que cause a otros que no tienen más que el beneficio genérico resultante de aquella actividad.

Pero los problemas teóricos y de fundamento no desaparecen tampoco por esa vía. Si se asume que son tan distintos e independientes los fundamentos de la responsabilidad objetiva y la subjetiva, se evapora la esperanza de ofrecer una justificación común para ambas, para el conjunto de la responsabilidad por daño extracontractual. Si se quiere que, al menos en su núcleo, perdure tal fundamento común, nos vemos abocados a optar por una de estas dos maniobras, ambas de resultado bastante contraintuitivo o forzado: o bien entender que en el fondo de la responsabilidad objetiva por riesgo hay un componente de culpa, pues algo de culpa tiene el que buscando su beneficio pone con su actividad en riesgo a los demás y aun cuando a los demás colectivamente no les conviene que esa actividad desaparezca; o bien reconducir la responsabilidad por culpa también a responsabilidad por riesgo, viendo en la conducta negligente una fuente de riesgo, de forma que la culpa no cuenta negativamente por ser tal, sino por ser la actitud “culposa” una fuente de riesgos sociales.

Con todo, el mayor problema de la teoría del riesgo como teoría fundamentadora, general o de la responsabilidad objetiva, está en otro dato: en que no todas las actividades de riesgo-beneficio dan pie a una obligación de responder “objetivamente” por el daño, sino solamente unas pocas. No hay una norma general que “tipifique” la responsabilidad objetiva del que lleva a cabo actividades con alto riesgo de daño para terceros y que lo hace buscando un legítimo beneficio derivado de esas actividades, sino que la legislación nada más que contempla esa responsabilidad para unas pocas de ellas. En consecuencia, lo que una teoría fundamentadora completa tendría que ser capaz de explicar es dónde está, en qué dato o principio, la justificación de ese reparto, de esa atribución de responsabilidades distintas a actividades del mismo tipo.

4 LOS CAMINOS DE LA ESCUELA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En Estados Unidos y a partir aproximadamente de los años sesenta del pasado siglo, la teoría tomó otro camino, de la mano de la escuela del análisis económico del derecho. Recapitulemos lo hasta aquí expuesto. La dogmática tradicional se apoya en conceptos alusivos a datos insoslayables para que pueda generarse la responsabilidad, como el de daño y el de causalidad (el responsable tiene que ser el causante del daño y solo el causante del daño) y, además, presupone una justificación en términos de justicia que se basa en la culpa, en cualquiera de sus grados, pues se responde por haber hecho algo indebido o haber hecho algo sin el cuidado debido o, incluso, porque, buscando beneficio, se hace algo que se sabe que puede dañar y asumiendo que en algún caso dañará, aunque se ponga todo el cuidado posible para que tales daños no acontezcan o acontezcan en el menor número posible de ocasiones, nada más que en las ocasiones puramente inevitables. Igualmente, se asume como imperativo de justicia que no debe pagar por el daño aquel del que nada de eso se puede predicar, el total y absolutamente inocente, el que ni por activa ni por pasiva es culpable y el que con el mayor cuidado hace algo que ni es fuente cualificada de riesgos para los demás ni de beneficios especiales para él.

El análisis económico del derecho cambia radicalmente ese enfoque de la cuestión. Para empezar, los cultivadores de esa doctrina tienden a hablar más de accidente que de daño. El término “daño” tiene una cierta connotación moral o de justicia, mientras que “accidente” hace pensar más en la desgracia aleatoria, en el suceso desgraciado que por azares ingobernables a cualquiera le puede pasar en cualquier momento y en cualquier avatar de la vida. Así como podemos decir que A dañó a B, no tiene sentido decir que A accidentó a B. B pudo tener un accidente por culpa de A, pero también por otras mil causas o razones.

En un segundo paso, los cultivadores del análisis económico del derecho observan el daño o accidente como una pérdida que un sujeto sufre en alguno de sus bienes o intereses. Por ejemplo, yo tengo una tal pérdida si alguien destruye mi casa con una bomba o disparando un cañón, pero la pérdida es la misma si la destrucción de mi casa se debe a una inundación, a un huracán o al incendio provocado por un rayo. Y lo mismo si

soy yo el que, en un ataque de furia y locura, la destruyo a mazado limpio o usando cualquier otro medio apropiado al efecto.

Hay “accidentes” afortunados y desafortunados. A mí me puede tocar en un sorteo una fabulosa casa o puedo perder mi fabulosa casa por causa de un terremoto. La cuestión que a los del análisis económico del derecho interesa es la de quién corre con los costes de los accidentes, quien paga por las desgracias que alguien padece. Se trata, pues, no primaria o fundamentalmente de dar lo suyo, de hacer justicia a la víctima o al causante del daño, sino de establecer quién conviene más que cargue con tales o cuales costes de los accidentes. Las posibilidades son en cada caso las siguientes: que con los costes cargue la propia víctima, la colectividad, un determinado grupo o una persona en particular que se halle en cierta relación con la víctima o con los hechos.

Y ahí llega el siguiente paso del análisis económico del derecho en estas cuestiones. Esa atribución de responsabilidad, que es vista nada más que como atribución de costes, debe obedecer a criterios de eficiencia económica general. Se presupone que los accidentes son malos, pues, se carguen los costes a quien se carguen, restan recursos económicos a la colectividad. Pague quien pague por las casas destruidas por un terremoto o por la bomba de unos terroristas, se detraen así recursos económicos que podrían ser destinados a otros fines más productivos o que aumentasen más el bienestar general. Así que de eso se trata, de regular la atribución de costes de los accidentes de forma tal que dicha regulación permita que los accidentes sean los menos o que su coste sea el más bajo posible. El criterio no es de justicia, y menos de justicia interpersonal, sino de eficiencia económica general. El derecho de daños no es una manifestación de la justicia interpersonal, sino una herramienta de ingeniería social. El en fondo, por supuesto, late una cierta concepción utilitaristas de la justicia: sociedad más justa es aquella económicamente más eficiente, ya que el nivel total de bienestar será mayor allí donde sean más los recursos y, por tanto, menos la parte de esos recursos que deba destinarse a compensar accidentes o desgracias.

Alcanzamos de esa manera la regla más general del análisis económico del derecho para el derecho de daños, muy elemental y sintéticamente formulada aquí: los costes de los accidentes deben imputarse a aquel a quien le resulte más barato prevenir tales

accidentes. Por tanto, y al menos sobre el papel, acaecido el accidente con sus costes, se trata de regular la atribución de esos costes del modo que resulte económicamente más eficiente en perspectiva global. Es la eficiencia económica lo que cuenta, sin que sean en sí determinantes factores atinentes a la justicia en el tratamiento de los individuos y de sus situaciones⁵. Es decir, que los costes se imputen al que materialmente causó el daño, al que obró con algún tipo de negligencia o sin atender a un estándar objetivo de cuidado, a un grupo determinado de personas, a la sociedad en su conjunto o a la propia víctima del accidente dependerá de lo que resulte económicamente más eficiente⁶. Bajo ese prisma, lo que importa es que el mejor situado para prevenir el riesgo tenga en la carga de esos costes la motivación o el incentivo para tomar las medidas preventivas pertinentes. Puede ser el causante culpable, puede ser el causante no culpable, puede ser la misma víctima del accidente o puede ser un tercero cuya relación con el daño no sea de causalidad y actúe o no según los estándares de cuidado debido, puede ser un determinado grupo que desarrolle determinadas actividades o puede ser la sociedad en su conjunto, es decir, pueden cargarse los costes al erario público.

A partir de los primeros avances del análisis económico del derecho en materia de derecho de daños y de las obras seminales de autores como Calabresi o Posner, entre otros, el debate teórico sobre los fundamentos de la responsabilidad por daño extracontractual queda redefinido como pugna entre enfoques eficientistas o

⁵ Explica muy bien Rosenkrantz todo esto: “El Análisis Económico del derecho (AED) es el desafío más radical a la idea que la responsabilidad por culpa debe ocupar el lugar del principio <<general y supletorio>> de la responsabilidad civil. El AED considera que el objetivo de la responsabilidad civil no es responder apropiadamente a acciones reprochables, ni realizar la lógica inmanente de la relación que se crea entre quien causa un daño y quien lo sufre, ni rescatar nuestra dignidad como agentes intencionales (la que se vería afectada si tuviéramos la obligación de compensar los daños que causamos sin intención de dañar, o al menos, sin intención de actuar con desaprensión respecto de los intereses y derechos de otro) sino, mucho más prosaicamente, minimizar el costo de los accidentes (o, más elaboradamente, minimizar la suma del costo de los accidentes y los costos de su evitación). Consiguientemente, para el AED la culpa solo debe tenerse en cuenta en un sistema de responsabilidad civil, si acaso, cuando ello fuera funcional al ideal que la informa. En otras palabras, para el AED la infracción de un estándar de cuidado puede constituirse en un prerrequisito de la obligación de compensar siempre que ello haga más probable que imponiendo dicho prerrequisito los costos sociales disminuyan y los beneficios sociales aumenten” (ROSENKRANTZ, 2008, p. 294).

⁶ Como nos recuerda Rosenkrantz, para los cultivadores del análisis económico de la responsabilidad por daño “la cuestión de quién debe compensar el daño no está intrínsecamente relacionada ni depende de algún modo substantivo de la cuestión acerca de quién lo causó. Así, es posible que el daño deba ser soportado por la víctima, si ella es quien lo puede evitar en forma más económica, o si es quien puede trasladar el error de ser identificado como quien lo puede evitar en forma más económica” (ROSENKRANTZ, 2013b, p. 348).

instrumentalistas y enfoques de justicia o deontológicos⁷. La pregunta de fondo es ésta: si hay en los sujetos ligados al daño y en la relación que a través del daño traban elementos que fuercen a que la responsabilidad por dicho daño deba organizarse de algún modo o bajo determinadas condiciones, de forma que la consiguiente regulación pueda ser tildada de injusta o de discordante con la esencia del derecho de daños si tales presupuestos no se respetan; o si, por el contrario, no es ese un campo en que las consideraciones deontológicas o de justicia deban ser determinantes o en el que haya presupuestos ontológicos que condicionen las soluciones posibles, de forma que quepa primar nada más que la eficiencia económica como objetivo de las correspondientes normas⁸. A lo que se agrega que para el análisis económico del derecho nada hay en el seno de la relación entre dañador y dañado que fuerce a que los costes del daño tengan que ser tratados bajo los esquemas peculiares del derecho de la responsabilidad extracontractual.

El legislador, guiado por la búsqueda de la eficiencia económica global, puede siempre escoger entre esa y otras herramientas para tratar de alcanzar el mejor resultado, el más eficiente a nivel macroeconómico o global⁹. Como escribe Shavell, uno de los más grandes representantes del análisis económico del derecho, “[l]a responsabilidad extracontractual es solo uno entre los varios métodos para controlar las conductas que causan perjuicios. Por ejemplo, la regulación en seguridad y los impuestos correctivos están entre las alternativas. La responsabilidad extracontractual emplea la información que las víctimas tienen acerca de la ocurrencia del perjuicio, y así puede ser ventajosa cuando las víctimas (y no el Estado) observan la forma como el perjuicio surge. Por otro

⁷ Para una somera y muy clara exposición de la historia de los análisis de la responsabilidad extracontractual bajo los prismas del análisis económico y de la justicia correctiva, véase, muy destacadamente, (FABRA, 2013, p. 25.)

⁸ Como explica Fabra, bajo el punto de vista del análisis económico “la noción de justicia correctiva, entendida como obligar al dañador a pagar a la víctima, es necesariamente incompleta pues no tiene en cuenta el bienestar general. Si bien puede ser que el compensar a una víctima es una forma indirecta de maximizar el bienestar, también puede ocurrir que si esa compensación en últimas perjudica a la sociedad como todo considerando todos los factores (todos los demás miembros de la sociedad son afectados), entonces esa compensación es reprochable desde el punto de vista moral” (FABRA, 2013, p. 53).

⁹ En medio del radicalismo teórico habitual en unos y otros, suenan muy ponderadas las consideraciones de Hugo Acciarri, para quien no hay que echar en saco roto “el muy modesto postulado inicial, consistente, simplemente, en que *en ciertos casos* puede considerarse valioso apuntar *a ciertos estados del mundo* eficientes (o superiores a otros). Y con ello alcanza para sostener la importancia de estudiar las posibilidades de prever la influencia de las normas y decisiones jurídicas, en la obtención de esos estados de cosas. En una versión modesta, al menos, puede pensarse en la eficiencia como *un objetivo deseable entre muchos*, ni siquiera prioritario, pero que *ceteris paribus* haría preferible un estado de cosas a otro” (ACCIARRI, 2013, p. 449).

lado, cuando la conducta dañosa y su ocurrencia requieren un esfuerzo estatal para ser entendidas, la regulación y la tributación pueden ser ventajosas. Para que la responsabilidad extracontractual funcione bien como un generador de incentivos, los dañadores deben tener bienes en una cantidad aproximada al perjuicio que pueden causar, mientras que la regulación y la tributación (basadas en el perjuicio proyectado en vez del perjuicio real) no requieren a los dañadores la tenencia de bienes substanciales” (SHAVELL, 2013, p. 466).

Las teorías no instrumentalistas podríamos caracterizarlas conjuntamente como teorías del fundamento moral del derecho de daños. Se trata, tanto en las teorías instrumentalistas como en las no instrumentalistas, de dar con la base aglutinadora de ese sector del derecho, base que cumpliría un doble propósito. Por una parte, permitiría dar una explicación comprensiva, onmiabarcadora, de las regulaciones vigentes (y hasta históricas) en esa rama jurídica, mostrando su pauta de fondo, su hilo conductor o idea directriz. Por otra parte, cumpliría también una función crítica y propositiva, de cara tanto a determinar qué regulaciones desentonan de tal fundamento y, por tanto, deberían corregirse o deberían adscribirse a otros campos de lo jurídico (el derecho contractual, el derecho administrativo, el derecho penal, el derecho del enriquecimiento injusto, etc.) o qué modificaciones habrían de introducirse en las normativas vigentes a fin de brindar coherencia al sistema.

5 LAS TEORÍAS DE FUNDAMENTO MORAL Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE DAÑOS

Las teorías del fundamento moral, entre las que muy destacadamente se hallan las de la justicia correctiva, a menudo tratan de situar el cimiento teórico de la responsabilidad por daño en un esquema de derechos y obligaciones. El derecho de daños presenta un entramado de derechos y correlativas obligaciones, y en esa correlación de derecho y obligaciones habría una antecendencia de los derechos. Su razón de ser última es la protección de ciertos derechos básicos de las personas, razón por la que se estatuyen obligaciones cuya vulneración se traduce en la imposición de esa peculiar consecuencia jurídica que es la obligación de reparar el daño al dañado, obligación que recae en el sujeto concreto que vulneró el derecho correspondiente de alguien. Como explica también

Coleman, en ciertos pasajes de su obra, habría una obligación primaria consistente en el deber de evitar el daño, sea mediante abstenciones o mediante acciones positivas, y una obligación derivada que es la de reparar el daño acontecido en vulneración de aquella obligación primaria.

De inmediato se ha de precisar una nueva escala conceptual. En cuanto componentes principales del derecho de daños, hablamos de obligaciones y derechos legales, positivos, puestos por el respectivo sistema jurídico en sus normas. Pero no nos estamos moviendo en el puro plano de la dogmática del derecho de daños, el de aquella parte de la ciencia jurídica que sistematiza, explica e interpreta ese peculiar conjunto de normas tal como la legislación y la jurisprudencia lo han configurado en cada lugar. Aquí se persigue un fundamento teórico o intelectual, por lo que, en las teorías morales o no instrumentalistas, esos derechos y obligaciones antecedentes que conforman el fundamento tienen carácter moral; hablamos de derechos morales y de obligaciones morales. No es que se asuma necesariamente un planteamiento ni iusnaturalista ni iusmoralista y que se insinúe que hay normas morales (o de derecho natural) que por sí forman parte del sistema jurídico-positivo y, en concreto, del campo del derecho de daños y en él deban ser aplicables incluso por encima de las normas jurídico-positivas vigentes. Lo que se quiere es descubrir el sustrato puramente moral o de justicia del derecho de daños como artefacto teórico que acaba teniendo su reflejo o plasmación en los diversos sistemas jurídicos.

Es fácil comprender todo esto también con una comparación con el derecho penal. Mientras la dogmática-jurídico penal da cuenta de las regulaciones vigentes en materia de delitos y penas, con los correspondientes problemas sistemáticos, interpretativos, etc., la filosofía del derecho penal se interroga sobre qué justifica que una actividad o un resultado de una actividad sea tildado como de carácter criminal y qué tipo de bienes de las personas o las sociedades son protegidos con esa herramienta penal y justifican el empleo de precisamente tal herramienta punitiva.

Lo que distingue las teorías instrumentalistas, paradigmáticamente la del análisis económico del derecho de daños, de las teorías morales, en materia de derecho de daños, es que, para las primeras todo el mecanismo de la responsabilidad por daño se

fundamenta en la utilidad para un objetivo social de eficiencia, entendida como eficiencia económica y planteada, por tanto, en términos de costes sociales de carácter económico. Se trata de inducir a los individuos y las instituciones a conducirse del modo que los costes de sus acciones sean los menos, a fin de contribuir así a la disminución del conjunto social de tales costes. Cuantos menos medios económicos se destinen por las personas a la prevención de daños y a la indemnización por daños, mayores serán los desembolsos globales por esa causa y, dicho esquemáticamente, más recursos quedarán disponibles para otros usos. Así planteadas las cosas, toda asignación de obligaciones y derechos jurídicos será puramente funcional o instrumental para ese fin, por lo que el imputar responsabilidad a un sujeto, que, bajo esta óptica, es tanto como asignar costes a un sujeto por un daño, no será homenaje al valor de un derecho moral, a la justicia o a un interés particular merecedor en sí de consideración y defensa, sino un puro artificio o engranaje, un mecanismo de carácter “artificial” que se explica por esa finalidad de ahorro de costes globales, de eficiencia del conjunto. Los derechos no se protegen por lo que moralmente “valen”, sino en función de su valor económico, entendido por referencia a esos costes globales, a la eficiencia económica del conjunto de la regulación.

Lo anterior, sobre las teorías instrumentalistas, no quita para que también quepa sostener que ese fin de eficiencia global es un fin de carácter moral “que puede ser caracterizado como de carácter colectivo o agregativo” (PERRY, 2014, p. 38). Pero estaríamos hablando de un criterio de moral colectiva, por tanto, no atinente de modo directo ni a la acción individual ni a las concretas relaciones entre sujetos concretos.

Las teorías morales del derecho de daños ofrecen un patrón moral o de justicia para justificar este sector del derecho y, por tanto, de la coacción jurídica. No se protege un bien del dañado y no se priva de un bien al dañador porque socialmente convenga hacerlo así, sino que se estaría dando curso a un mandato moral. A un doble mandato moral: al de abstenerse de dañar a otros de ciertas maneras o en ciertos aspectos y, en caso de acaecer el daño bajo ciertas condiciones, al de reparar o compensar ese daño por un sujeto producido de resultas de la acción de otro. No todo daño cuenta como daño indemnizable y, por consiguiente, se quiere averiguar por qué determinados daños se toman en consideración y otros no, por qué la responsabilidad por los mismos se imputa a

ciertos sujetos y por qué varían las condiciones para tal imputación, fundamentalmente por qué en unas ocasiones la imputación de responsabilidad requiere culpa y por qué en otras ocasiones dicha imputación se hace al margen de cualquier forma de reproche subjetivo, como responsabilidad objetiva.

6 A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DILEMA DEL FUNDAMENTO ÚNICO A LAS DIVERSAS MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD

Los partidarios de la fundamentación deontológica o en clave de justicia¹⁰ se ven abocados a una triple tarea. Primero de todo, la crítica de los planteamientos opuestos del análisis económico del derecho. El rival a batir en la teoría es, pues, ese eficientismo económico, de raíz utilitarista y que no atiende a las circunstancias del sujeto y su acción en concreto, sino a los resultados económicos de conjunto y para el conjunto social.

En segundo lugar, deben localizar el principio moral o de justicia llamado a presidir y fundamentar la regulación jurídica del daño extracontractual. Dirán unos que tal principio es el de justicia correctiva, otros introducirán consideraciones de justicia distributiva y los habrá que pongan tal clave en nociones como la de reciprocidad del riesgo o la de responsabilidad del sujeto por las consecuencias de su acción autónoma, entre otros muchos patrones que en la doctrina de estas décadas se han ofrecido a tal propósito.

Y el tercer reto será el de ver si tal fundamento general vale para y es congruente con el conjunto de las normas reguladoras de la responsabilidad por daños, sean dichas normas las de un sistema jurídico determinado en un concreto momento histórico, sean las de cualquier sistema jurídico del presente o de cualquier tiempo. En este punto las diversas doctrinas de este tipo se topan con un importante dilema. Si el principio deontológico o de justicia propuesto ha de ser capaz de otorgar fundamento a las diversas modalidades de responsabilidad presentes en el derecho de daños, será al precio de una gran abstracción y una considerable difuminación del correspondiente principio

¹⁰ Owen recuerda quiénes, en la doctrina norteamericana, fueron los primeros en atacar el dominio del análisis económico (con Ronald Coase, Guido Calabresi, Robert Morris y Richard Posner) en materia de responsabilidad extracontractual. En 1970 Charles Fried con su obra *An Anatomy of Values*; en 1972, George Fletcher con su artículo *Fairness and Utility in Tort Theory*; en 1973, Richard Epstein con su famoso artículo *A Theory of Strict Liability*; y en 1974, Jules Coleman con el trabajo *On the Moral Argument for the Fault System* (OWEN, 1995, p. 2-3).

fundamentador. La alternativa consiste en mantener perfiles más precisos de tal principio, pero con el coste de rechazar por incongruente con el mismo ciertas modalidades de responsabilidad presentes en los sistemas jurídicos, modalidades que o son excluidas por injustas, por vulnerar tal principio de base, o son consideradas como no pertenecientes al derecho de la responsabilidad extracontractual propiamente dicho y como clasificables en otros ámbitos de lo jurídico regidos por principios diferentes. Una solución adicional, que es la que maneja Coleman en buena parte de su obra sobre estas materias, es la de mantener que no es un único principio, sino que son varios y diversos los principios rectores de la responsabilidad extracontractual, de forma que el principio analizado (en el caso de Coleman, el de justicia correctiva) solo da su sentido último a una parte o a ciertas soluciones de tal rama del derecho. Evidentemente, en todos los casos el gran problema lo presenta la responsabilidad objetiva, aunque también se suscitan cuestiones similares en relación con el elemento de la causalidad, entre otros.

Y resta todavía una dificultad más, y de no poca monta, como es la de definir y fundar el principio de justicia elegido y hacer que funcione congruentemente.



REFERÊNCIAS

ACCIARRI, H. A. El análisis económico del derecho de daños. Una aproximación general. In: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). **La filosofía de la responsabilidad civil**. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 421-451.

BERNAL, C. P. Es el derecho de daños una práctica de justicia correctiva?. In: PAPAYANNIS, Diego M. (ed.). **Derecho de daños, principios morales y justicia social**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 81-99.

COLEMAN, J. L.. On the Moral Argument for the Fault System. **Journal of Philosophy**, v. 71, n. 14, p. 473-490, 1974.

_____. Justice and Reciprocity in Tort Theory. **W. Ontario L. Rev.**, 14, 105, 1975.

_____. The Morality of Strict Liability. **William and Mary Law Review**, (Paper 4206), p. 258-286, 1976.

FABRA, Z. J. Estudio introductorio del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. In: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). **La filosofía de**

la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 21-117.

GARCÍA AMADO, J. A. ¿Quién responde por la mala suerte de cada uno?. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **El Derecho y sus circunstancias.** Nuevos ensayos de filosofía jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 591-611.

_____. Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas. In: HERRADOR GUARDIA, Mariano J., **Derecho de daños 2013.** Cizur Menor: Aranzadi, 2013a. p. 65-142.

_____. Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. In: BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). **La filosofía de la responsabilidad civil.** Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013b. p. 253-279.

OWEN, D. G.. Why Philosophy Matters to Tort Law. In: OWEN, David (ed.). **Philosophical Foundations of Tort Law,** Oxford, Oxford University Press, 1995. p. 1-27.

PAPAYANNIS, D. M.. Teorías sustantivas de la responsabilidad extracontractual y la relevancia de la metodología. **Isonomía,** n. 37, 2012, p. 61-97.

_____. Introducción. Veinte años de Riesgos y daños. In: Diego M. Papayannis (ed.). **Derecho de daños, principios morales y justicia social.** Madrid: Marcial Pons: 2013a. p. 13-38.

_____. Justicia correctiva, bienestar y responsabilidad. In: Diego M. Papayannis (ed.). **Derecho de daños, principios morales y justicia social.** Madrid: Marcial Pons: 2013b. p. 101-126.

_____. **Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual.** Madrid: Marcial Pons, 2014.

PERRY, S. "Torts, Rights, and Risk", en John Oberdiek, **Philosophical Foundations of the Law of Torts.** Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 38-64

ROSENKRANTZ, C. F. El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,** n. 3, p. 45-80, 1998.

_____. Introducción. La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran. In: ROSENKRANTZ, Carlos F. (comp.) **La responsabilidad extracontractual.** Barcelona: Gedisa, 2005, p. 9-53.

_____. En defensa de la responsabilidad estricta. Una revisión crítica del Tratado de Responsabilidad Extracontractual de Enrique Barros Bourie. **Estudios Públicos,** n. 112, p. 285-308, 2008.

_____. Una revisión de la concepción compensatoria de la justicia correctiva. In: Diego M. Papayannis (ed.), **Derecho de daños, principios morales y justicia social.** Madrid: Marcial Pons, 2013a. p. 61-80.

_____. Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual. In: Bernal Pulido, Carlos; Fabra Zamora, Jorge (eds.), **La filosofía de la responsabilidad civil**. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013b. p. 335-381.

SHAVELL, S. Responsabilidad extracontractual por accidentes en el análisis económico del derecho. In: Bernal Pulido, Carlos; Fabra Zamora, Jorge (eds.), **La filosofía de la responsabilidad civil**. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 453-468.

LEAL, Virginia de Carvalho; AMADO, Juan Antonio García. Dilemas en la filosofía del derecho de daños. **RBSD** – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 5, n. 2, p. 89-106, jan./abr. 2018.

Recebido em: 09/01/2018

Aprovado em: 03/03/2018