

DERECHOS Y DEBERES DE INDEMNIDAD *

Diego M. Papayannis **

Universidad de Girona

RESUMEN. Este trabajo intenta mostrar que las concepciones filosóficas del derecho de daños más influyentes, que entienden que es una práctica de justicia correctiva, adolecen de tres defectos básicos. En primer lugar, son incapaces de explicar perfectamente la correlatividad entre los derechos y deberes de las partes. En segundo lugar, dejan sin explicar la contribución del derecho de daños en la propia conformación de los derechos y deberes primarios, a diferencia de los derechos y deberes de compensación que son secundarios porque surgen cuando los primeros resultan vulnerados. Finalmente, tienen dificultades para reconstruir la responsabilidad objetiva como algo distinto de la culpa. Argumento, en cambio, que el derecho de daños es una práctica compleja que satisface funciones correctivas y distributivas. En su aspecto distributivo, el derecho de daños establece los términos equitativos de interacción entre particulares mediante el reconocimiento de derechos y deberes de indemnidad, es decir, derechos a no sufrir cierto tipo de daños y deberes de no causarlos. Estos derechos y deberes son parte de lo que RAWLS denominó bienes primarios, útiles para cualquier plan de vida. Una vez expuestos los elementos centrales de esta teoría, muestro cómo ella puede superar los problemas mencionados más arriba.

Palabras clave: derecho de daños, justicia distributiva, justicia correctiva, derechos y deberes de indemnidad, correlatividad, culpa y responsabilidad objetiva.

ABSTRACT. This paper tries to show that the most influential philosophical conceptions of tort law, that see tort law as a practice of corrective justice, have three shortcomings. First, they are unable to perfectly explain the correlativity of the parties' rights and duties. Second, they leave without explanation the contribution of tort law in the very conformation of primary rights and duties, in contrast to compensatory rights and duties which are secondary, for they arise once the former are infringed. Finally, they have a hard time in reconstructing strict liability as something different from the fault principle. I argue, on the other hand, that tort law is a complex practice that satisfies corrective and distributive functions. In its distributive aspect, tort law settles the fair terms of interaction between private parties by recognizing a set of indemnity rights and duties, that is, rights not to suffer certain types of harms, and duties not to cause them. These rights and duties are part of what RAWLS called primary goods, useful for whatever the persons' plan of life is. Once the central elements of this theory are presented, I show how the problems mentioned above can be surmounted.

Keywords: tort law, distributive justice, corrective justice, indemnity rights and duties, correlativity, fault and strict liability.

* Fecha de recepción: 25 de octubre de 2012. Fecha de aceptación: 3 de julio de 2012.

** Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto DER2010-21331-C02-02, del Ministerio de Ciencia e Innovación (España). Agradezco los valiosos comentarios de G. BATTISTA RATTI, N. MUFFATO, R. LÓPEZ MEDINA y J. ROLAND MATIDA a un primer borrador de las ideas aquí expresadas. Asimismo, me he beneficiado enormemente de las sugerencias de C. BERNAL PULIDO a una versión más reciente.

1. INTRODUCCIÓN

Los teóricos del derecho privado suelen estar de acuerdo en que una explicación de la responsabilidad extracontractual, para ser plausible, debe dar cuenta de dos características centrales de la práctica. La primera de ellas es la vinculación normativa entre las partes del litigio. El hecho de que una vez producido el daño la víctima pueda reclamar una indemnización únicamente al agente dañador, y este deba un resarcimiento solo a la víctima, distingue a la responsabilidad extracontractual de otros sistemas de compensación social, como el neozelandés¹. La segunda característica es que la obligación de compensar puede basarse tanto en la responsabilidad por culpa como en la responsabilidad objetiva; la ilicitud de la conducta del agente dañador, entonces, no es condición necesaria para que proceda la reparación.

Un análisis filosófico de esta particular manera de regular los daños requiere desentrañar su racionalidad subyacente. ¿Qué principio está detrás de esta estructura normativa? ¿Por qué la víctima tiene derecho a ser compensada únicamente por el agente dañador y no puede acudir al Estado, por ejemplo, cada vez que es dañada? ¿Por qué el agente dañador debe reparar las pérdidas que causa en ciertas circunstancias aunque no haya violado ningún estándar de cuidado exigido?

Una primera aproximación sugiere que la inclusión de las partes en el litigio, y la simultánea exclusión de terceros que de ningún modo estén relacionados con el accidente, hace de la responsabilidad civil una cuestión entre particulares. De esta forma, el propósito del proceso en que se persigue una compensación no puede ser otro más que *hacer justicia entre las partes*. Siendo ello así, la justicia correctiva aristotélica se presenta como un buen candidato para explicar la responsabilidad extracontractual. No obstante, pese a su inicial atractivo, la formulación de ARISTÓTELES enfrenta algunas dificultades que socavan su capacidad para describir las prácticas actuales. Probablemente por ello, la justicia correctiva llegó a la literatura moderna sobre responsabilidad civil, a lo sumo, mediante referencias escasas, tangenciales y poco desarrolladas. No fue sino hasta la década de los setenta que, como reacción ante los avances del análisis económico del derecho, los teóricos recuperaron el interés por este principio. En mi opinión, J. COLEMAN y E. WEINRIB han desarrollado las concepciones más sofisticadas de la justicia correctiva moderna. Las diferencias entre estos autores son profundas. COLEMAN elabora una concepción completamente innovadora, mientras que WEINRIB continúa fiel a la tradición aristotélica completando su interpretación con elementos de la filosofía kantiana. En lo que sigue, analizaré ambas teorías con el fin de mostrar que ninguna de ellas logra explicar de manera suficientemente satisfactoria ni la correlatividad de los derechos y deberes de las partes ni la responsabilidad objetiva. Ello es así, principalmente, porque no toman en consideración el aspecto distributivo de la responsabilidad extracontractual. Sostendré que esta práctica es mucho más compleja

¹ En el sistema neozelandés, determinada clase de daños son asumidos directamente por el Estado valiéndose de fondos comunes de compensación creados a esos efectos. Para una exposición detallada de la filosofía del derecho de daños neozelandés instaurado por la Ley de Compensación por Accidentes de 1972, *vid.* TODD y HUGHES, 1997: 1-61.

de lo que usualmente se piensa. No solo rectifica las interacciones injustas que tienen lugar entre los miembros de la comunidad, sino que además distribuye derechos y deberes de indemnidad, es decir, derechos a no ser dañados y deberes de no dañar en ciertas circunstancias. Recién cuando se comprende cómo una misma institución expresa coherentemente las exigencias de la justicia distributiva y de la justicia correctiva, la correlatividad y la convivencia de factores de atribución de responsabilidad objetivos y subjetivos cobran pleno sentido. Paralelamente, al incorporar en el análisis el aspecto distributivo de la responsabilidad extracontractual, ofreceré una concepción de la justicia correctiva que recepte las intuiciones aristotélicas fundamentales en el marco de una teoría más amplia de la justicia liberal.

2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y LA JUSTICIA CORRECTIVA

2.1. Correlatividad y equivalencia

En el libro V de la *Ética a Nicómaco*, ARISTÓTELES distingue entre dos formas de justicia: la justicia distributiva y la justicia correctiva. La primera se aplica a «la distribución de honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de la comunidad». La segunda establece «los tratos en las relaciones entre individuos»². En ambos casos, la justicia consiste en preservar la igualdad de las partes. Pero la igualdad de la justicia distributiva no coincide con la igualdad de la justicia correctiva. Toda operación de distribución supone la existencia de un bien común a repartir, con algún criterio, entre al menos dos personas. Este criterio determina el mérito de cada uno. La igualdad se viola cuando alguien recibe más o menos de lo que le corresponde según el criterio distributivo. Si el mérito está dado, supongamos, por la capacidad productiva y Xenofonte produce para la comunidad tres veces lo que produce Axileas, la justicia exigirá que los recursos de Axileas guarden una relación de 1/3 respecto de los recursos de Xenofonte.

En cambio, la justicia correctiva no se ocupa de la distribución de bienes compartidos sino de las interacciones privadas entre los individuos. En este contexto, el mérito de cada uno es irrelevante a los efectos de preservar la igualdad. Dice ARISTÓTELES: «[n]o importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés [...] la ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado [...] cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando la ganancia. Aunque a veces no sea la palabra apropiada, se puede en estos casos hablar, en general de ganancia (por ejemplo, refiriéndose al que ha dado un golpe) y de pérdida (refiriéndose a la víctima); pero cuando esta clase de daño se mide, decimos que uno gana y el otro pierde». Luego, con un lenguaje un tanto más críptico, ARISTÓTELES afirma que la manera de restablecer la igualdad es tomando la ganancia del agente da-

² ARISTÓTELES, 1985: 244.

ñador para entregársela a la víctima. Una sola operación en la que se trasladan recursos de un individuo a otro elimina a la vez las ganancias y las pérdidas injustas³.

El sentido normativo de la justicia correctiva parece ubicarse en la rectificación de las interacciones en las que un individuo se aprovecha injustamente de otro, lo que perturba la igualdad formal de las partes. Esta referencia al enriquecimiento injusto permitiría explicar la correlatividad entre los derechos y deberes del agente dañador y de la víctima. La razón por la cual las reglas de la responsabilidad extracontractual otorgan a la víctima un derecho a reclamar al agente dañador una indemnización, equivalente a un deber a cargo de este último de brindar una compensación por el daño causado, se halla en la eliminación de las ganancias y las pérdidas injustas.

Los críticos de la concepción aristotélica han señalado que la justicia correctiva, así entendida, no puede funcionar como una adecuada explicación de la práctica, ya que ello requeriría que las ganancias y las pérdidas que tienen lugar en el ilícito extracontractual fuesen también *correlativas*, es decir, conceptualmente inescindibles, y *equivalentes*; y esto rara vez es así. La justicia correctiva sería aplicable a los casos de restitución, pero no a los casos en que un individuo causa una pérdida sin obtener ningún beneficio. Si Axileas vende la vasija de Xenofonte sin su consentimiento, la compensación elimina al mismo tiempo la ganancia y la pérdida. Sin embargo, si Axileas destruye la vasija de Xenofonte con una conducta negligente, la compensación elimina la pérdida injusta aunque en este caso no existe ninguna ganancia material que rectificar. Pero incluso en los casos en que el agente dañador consigue un beneficio por su acción incorrecta, este no es necesariamente correlativo y equivalente con la pérdida que causa. Imaginemos que Axileas con su acción negligente obtiene una ganancia, dada por el ahorro de los costes que supone obrar con diligencia. Estos beneficios los obtiene con independencia de que cause daño alguno a Xenofonte, por tanto, no son correlativos a ninguna pérdida. Además, suponiendo que el daño tuviese su causa en el mismo hecho que el beneficio, las ganancias del agente dañador no tienen por qué ser necesariamente equivalentes a las pérdidas que sufre la víctima. Esto ocurriría si Axileas vendiese sin autorización la vasija de Xenofonte a un tercero por un precio superior o inferior al de mercado.

En definitiva, el problema de la concepción aristotélica es que fundamenta los derechos y deberes de las partes en la necesidad de eliminar los beneficios y los perjuicios injustos, pero en la responsabilidad extracontractual estos son contingentemente correlativos y contingentemente equivalentes. Así las cosas, la obligación de compensar a cargo del agente dañador no puede rectificar en una sola operación las pérdidas y las ganancias injustas. Por consiguiente, la justicia correctiva parece incapaz de explicar la mayoría de los casos de responsabilidad por daños⁴.

2.2. Pérdidas y ganancias normativas

La conclusión del párrafo anterior se deriva, según WEINRIB, de una profunda confusión respecto de la naturaleza de la justicia correctiva. Este principio no preten-

³ *Ibid.*, 247-249.

⁴ Sobre esta cuestión puede consultarse PERRY, 1992: 457-458; NEYERS, 1998: 321.

de rectificar las ganancias y las pérdidas *fácticas* de las partes, sino las *normativas*⁵. La justicia correctiva, afirma WEINRIB, debe ser entendida en términos de la idea kantiana de derecho (*Recht*). Según la teoría jurídica kantiana, los individuos entran en la interacción como agentes morales, capaces de autodeterminarse, y allí radica su igualdad⁶. Cualquier perturbación de esta igualdad, dada por la afectación de la autonomía, supone que un individuo invade el espacio moral del otro. Ello produce un desequilibrio normativo: el agente dañador obra más allá de su esfera de libertad y la víctima sufre, de manera correlativa, una intromisión. Nótese que la verificación de un desequilibrio normativo implica que un individuo ha obtenido una ganancia normativa correlativa con, y equivalente a, la pérdida normativa que sufre el otro. La vulneración de los derechos de la víctima es conceptualmente indistinguible de la violación de los deberes del agente dañador. Por ello, las pérdidas y ganancias son correlativas. Asimismo, la libertad del agente dañador se incrementa tanto como se reduce la libertad de la víctima. De ahí que las pérdidas y ganancias sean también equivalentes.

Debe tenerse presente que en el patrón justificatorio de la responsabilidad extracontractual solo las pérdidas y las ganancias *injustas* cumplen una función. Los reclamos basados en una mera alteración del bienestar son estériles a los efectos de recibir una compensación. El sufrimiento fáctico tal vez fundamente un derecho o un deber propio de la justicia distributiva. Para que genere una razón de justicia correctiva, la transacción debe ser injusta; y esto solo ocurre cuando el agente dañador obtiene de la interacción un excedente normativo y la víctima experimenta un déficit. La justicia correctiva ordena rectificar ambas cosas⁷. Evidentemente la injusticia de la interacción no puede ser definida por la propia justicia correctiva. Pero una vez que otras normas, de carácter distributivo, delimitan las esferas de libertad de los individuos, la justicia correctiva opera preservando la igualdad formal de las partes sin incorporar en el razonamiento justificatorio la justicia de la distribución preexistente. Por tanto, se trata de un principio de justicia autónomo⁸.

La plausibilidad de este argumento depende de manera crucial de que pueda establecerse un vínculo suficientemente sólido entre la subsanación del desequilibrio normativo y la reparación del daño material. ¿Cómo explica WEINRIB que la violación de derechos y deberes primarios genere derechos y deberes secundarios de compensación específicamente? Dicho en otros términos, ¿cómo se pasa de la vulneración de un derecho, como el derecho de propiedad o la integridad corporal, a la obligación de indemnizar? ¿Por qué la compensación de una pérdida fáctica es un paso necesario para rectificar una pérdida normativa? A juicio de COLEMAN, aquí radica el mayor problema de esta concepción de la justicia correctiva. Resulta inaceptable porque sitúa la justificación del deber de reparar en la interacción injusta y no en las pérdidas fácticas que se siguen de la acción incorrecta; el vínculo entre la eliminación de la injusticia y el remedio indemnizatorio queda sin explicación⁹. En este esquema el daño solo es relevante como consecuencia de una acción incorrecta, no en tanto pérdida que sufre

⁵ WEINRIB, 1995: 115-116. Para una interpretación similar, *vid.* GORDLEY, 1995: 138.

⁶ WEINRIB, 1995: 81-82.

⁷ WEINRIB, 1995: 119.

⁸ *Ibid.*, 80.

⁹ COLEMAN, 1992: 320.

la víctima. Si, como sostiene WEINRIB, las pérdidas materiales carecen de significación moral, ¿por qué la realización de la justicia frente a un acto incorrecto exige la reparación del daño fáctico?¹⁰

La posición de WEINRIB al respecto es que el deber secundario de compensación está implicado por el primario. Es decir, el deber que tiene Axileas de respetar la propiedad o la integridad corporal de Xenofonte permite derivar, entre otros, un deber de compensar cuando el daño se ha producido. La idea sería que los derechos primarios no se extinguen con el acaecimiento del daño. De lo contrario, vulnerar el derecho ajeno sería el mejor modo de liberarse del deber de respetarlo, y esto es claramente absurdo. Entonces, a fin de respetar el derecho de la víctima se requiere que el agente realice la segunda mejor alternativa cuando la primera no está disponible. Una vez que Axileas ha dañado a Xenofonte, ya no puede cumplir con el deber de respetar su propiedad o integridad física, pero puede adoptar el curso de acción que más se acerca a lo que hubiese sido correcto. Este curso de acción es la compensación¹¹.

El argumento es interesante, aunque no creo que sea convincente. El lenguaje de los derechos es complejo y lo que significa tener un derecho no nos permite derivar necesariamente un derecho secundario a la reparación. Que Xenofonte tenga un derecho respecto de Axileas a que éste respete su propiedad privada podría implicar alguna de las siguientes afirmaciones, o varias de ellas: *a)* que Axileas tiene el deber de no dañar la propiedad de Xenofonte; *b)* que Xenofonte tiene además la facultad de tomar medidas para evitar ser dañado; *c)* que Xenofonte puede incluso solicitar la protección del Estado para que su derecho sea protegido; *d)* que Xenofonte tiene la facultad de reclamar al Estado o a un tercero una compensación cada vez que Axileas le ocasiona un daño; *e)* que Axileas debe compensar a Xenofonte cada vez que interfiere con su propiedad; *f)* que Axileas debe disculparse públicamente cada vez que daña a Xenofonte; *g)* que Axileas debe ir a prisión si no respeta el derecho de Xenofonte; etc.¹². Distintos subconjuntos de estas afirmaciones podrían formar parte del contenido del derecho que Xenofonte tiene respecto de Axileas. Todas dan sentido a la idea de que Xenofonte tiene un derecho de propiedad, pero lo relevante aquí es que ninguna combinación es conceptualmente necesaria. Lo único conceptualmente necesario es que alguna de estas afirmaciones sea verdadera; de lo contrario tendríamos un derecho sin contenido, y esto carece de sentido. Por consiguiente, el contenido de los derechos no puede ser derivado *a priori* de lo que significa tener un derecho, sino que se requiere apelar a una teoría fundacional o normativa¹³. ¿Cuál es el presupuesto normativo que invoca WEINRIB? Que los individuos son agentes morales libres e iguales, capaces de autodeterminarse. ¿Es esto suficiente para sostener que el derecho a la integridad física o a la propiedad privada incluye un derecho secundario a ser compensado por el agente dañador? ¿Por qué de la vulneración de alguno de estos derechos se sigue la obligación de indemnizar en lugar de una obligación de disculparse, de ir a prisión o de pagar una multa que el Estado vaya a emplear para crear un fondo general de compensación?

¹⁰ STONE, 1996: 266-267.

¹¹ WEINRIB, 1995: 135. En este punto el argumento es similar al de MACCORMICK, 1982: 212 y ss.

¹² Como resulta de esta enumeración necesariamente incompleta, el derecho de propiedad podría hacer referencia, dependiendo de lo establecido en las normas relevantes, a distintas posiciones hohfeldianas. Sobre esto *vid.* HOHFELD, 1913.

¹³ *Vid.* COLEMAN y KRAUS, 1986: 1341.

Ni siquiera la eliminación privada de los excedentes normativos (de las pérdidas y las ganancias injustas) es un argumento capaz de determinar el contenido de los derechos del modo en que WEINRIB necesita. Además de la compensación en dinero, existen muchas alternativas capaces de incrementar la libertad de la víctima y disminuir la del agente dañador luego del accidente. Podría la víctima tener derecho a causar una pérdida al agente dañador en la misma medida en que fue perjudicada; podría también el agente dañador estar obligado a prestar servicios a favor de la víctima o de beneficiarla de algún otro modo que no sea en forma de compensación monetaria.

En síntesis, ni esta concepción de las personas como agentes morales, ni el propósito de una concepción de la justicia correctiva que se preocupa por las pérdidas y ganancias normativas pueden brindar el argumento necesario para derivar de la vulneración de un derecho primario un derecho secundario de compensación. Por mi parte, en el apartado 3.2 intentaré ofrecer una concepción de los derechos involucrados en la responsabilidad extracontractual que evite estos problemas.

2.3. La responsabilidad por las pérdidas injustas

Como expliqué en el apartado anterior, COLEMAN considera que una concepción de la justicia correctiva que resta importancia a las pérdidas fácticas es inaceptable. Centrarse en la rectificación de la incorrección en lugar del bienestar de los individuos es un error, porque el bienestar de las personas es moralmente relevante. No obstante, también reconoce que las pérdidas materiales de la responsabilidad extracontractual no son correlativas y equivalentes con las ganancias que obtienen los agentes dañadores. Por tanto, si la justicia correctiva subyace al derecho de daños, o a sus casos típicos al menos, su propósito no puede ser anular las ganancias y las pérdidas injustas en una sola operación. En su lugar, COLEMAN propone explicar la correlatividad entre los derechos y deberes de las partes con independencia de la correlatividad y la equivalencia de las pérdidas y las ganancias injustas. Para ello se aparta sustancialmente de la tradición aristotélica y afirma que el propósito de la justicia correctiva es *imponer el deber de compensar las pérdidas injustas a quienes son responsables por ellas*¹⁴.

Esta concepción de la justicia correctiva está conformada por dos elementos: las pérdidas injustas y la responsabilidad moral. Respecto de la responsabilidad moral, COLEMAN no cuenta con una teoría acabada, como él mismo reconoce. Apela intuitivamente a esta noción para explicar que el deber de reparar las pérdidas injustas no toma como relevante el hecho de que son consecuencia de una acción incorrecta, sino la conexión que el agente dañador tiene con ellas. Las pérdidas injustas que son el resultado de la agencia del individuo, de su autonomía, son su responsabilidad, en un sentido apropiado le pertenecen y por ello debe repararlas. Para COLEMAN, mediante el ejercicio de la agencia autónoma los individuos cambian el mundo, dejan su marca en él. De alguna manera, las acciones y sus consecuencias en el mundo nos permiten comprender a los demás y autocomprendernos¹⁵. T. HONORÉ plantea una idea similar cuando afirma que lo que hacemos en el mundo determina nuestra historia, identidad

¹⁴ COLEMAN, 1992:325.

¹⁵ *Ibid.*, 326; también nota 10.

y carácter; y el precio de ser personas es la responsabilidad¹⁶. Ahora parece claro que suprimir la responsabilidad supone eliminar la autoría y, con ello, la identidad personal; y este último es un concepto elemental de nuestra autocomprensión.

En cuanto a las pérdidas injustas, estas resultan de la vulneración de derechos o de la afectación de meros intereses legítimos mediante conductas incorrectas. Las vulneraciones de derechos pueden estar justificadas o no. Ello implica que a los efectos de considerar que una pérdida es injusta la licitud o ilicitud de la conducta que la genera es irrelevante. En cambio, el perjuicio a los intereses legítimos solo es incumbencia de la justicia correctiva cuando resulta de acciones incorrectas¹⁷. Así, la falta de culpa impide a la víctima reclamar una compensación por pérdidas relacionadas con sus intereses legítimos, pero no impide que pueda lograr una reparación cuando sus derechos han sido vulnerados. La ausencia de culpa no es en todos los casos una eximente de responsabilidad. La situación es diferente con las excusas que desvirtúan la agencia. El obrar involuntario —sin discernimiento o libertad— sí funciona como eximente general, porque sin voluntad no hay *agente*, y sin agente no hay pérdidas *injustas*. Solo los agentes morales pueden vulnerar derechos. Los fenómenos de la naturaleza, los incendios, las inundaciones, producen gravísimos daños, perjudican significativamente el bienestar de las víctimas, sin embargo, no vulneran los derechos de nadie. Parte de la diferencia entre la desgracia y la injusticia radica en el papel que cumple la agencia humana en cada una de ellas¹⁸.

Es importante resaltar que los dos elementos de la justicia correctiva son inescindibles. No puede haber pérdidas injustas sin agencia, por tanto, es imposible que existan pérdidas injustas sin que algún individuo en concreto sea responsable por ellas. Por esta razón, la justicia correctiva, tal como la define COLEMAN, puede explicar la correlatividad entre los derechos y deberes de las partes. La víctima tiene derecho a cobrar una compensación del agente dañador porque la pérdida cuya reparación pretende pertenece a este último. A nadie más pertenece la pérdida, y a nadie más puede reclamar la víctima. En este mismo sentido, el agente dañador debe indemnizar nada más que a la víctima porque este es el único modo que tiene de recuperar la pérdida que le pertenece.

Deseo argumentar que esta concepción ofrece una visión de la justicia correctiva descontextualizada, ya que en ningún momento se explicita cuál es su fundamento moral último. En la concepción presentada por WEINRIB, la justicia correctiva es la forma en que se honra la igualdad de los agentes morales. En la concepción de COLEMAN, el valor moral de imponer la obligación de reparar las pérdidas a quienes son moralmente responsables por ellas no es fácil de apreciar. Uno podría pensar que resulta un tanto fatigoso preguntarse por el valor *moral* de cargar con la indemnización a quien es responsable *moral* del daño. La respuesta parece tan obvia que la pregunta no merece ser planteada. Sin embargo, creo que no es obvia en absoluto. La responsabilidad moral en los términos de COLEMAN no es mucho más que una mera autoría. Por tanto, la pregunta puede ser reformulada de modo que resulte interesante nuevamente: ¿por

¹⁶ HONORÉ, 1999: 29.

¹⁷ COLEMAN, 1992: 331-332.

¹⁸ *Ibid.*, 334 y, en especial, nota 4.

qué la moral exige que los daños sean reparados por quienes los causan (y no por otra persona o el Estado)?

COLEMAN reconoce que la estructura analítica de la justicia correctiva refleja ciertos valores liberales, como la igualdad, el respeto por las personas y su bienestar, o la responsabilidad por las consecuencias de las propias acciones. Todo esto subyace a su concepción, aunque no la determina¹⁹. Tal vez lo más acertado sería decir que COLEMAN fundamenta la justicia correctiva en dos ideas que tienen implicancias morales: la agencia humana responsable y el bienestar de las personas. La justicia correctiva intenta preservar el bienestar de las personas a la vez que trata a los individuos como agentes responsables. Lamentablemente, no es suficiente con señalar esto, ya que la misma pregunta se presenta una y otra vez en distintas formas: ¿no podrían estos dos ideales ser honrados mediante mecanismos distintos de la justicia correctiva, entre otras posibilidades, con un fondo de compensación para las víctimas y sanciones para los agentes dañadores?

2.4. La culpa y la responsabilidad objetiva

Finalmente, en este apartado intentaré mostrar que las concepciones de WEINRIB y de COLEMAN tienen problemas para dar cuenta de la responsabilidad objetiva. Para WEINRIB, la justicia correctiva solo es compatible con un régimen de responsabilidad por culpa. Las demás alternativas violan la igualdad formal de las partes. Una regla que impusiese al agente dañador la obligación de reparar aunque haya obrado sin culpa, en función de la causalidad exclusivamente, no trataría al actor y al demandado como iguales. La libertad de uno estaría determinada por los intereses del otro. Del mismo modo, un régimen de culpa basado en un estándar subjetivo, es decir, en las capacidades del agente dañador para evitar el accidente, sería inequitativo porque la esfera de libertad de la víctima dependería de las características del agente dañador. Ambos sistemas serían unilaterales, en tanto se centrarían en una de las partes para definir una relación que debería ser bilateral, entre dos agentes morales libres e iguales²⁰.

El único régimen que trata a las partes como iguales es la culpa basada en un estándar objetivo. El régimen de culpa requiere que la *violación del estándar* de conducta exigido *cause* un daño a la víctima. Los dos componentes, la culpa y la causalidad, garantizan que los intereses de ambas partes tendrán el mismo peso en sus interacciones. Sin causalidad, la acción incorrecta del agente dañador es irrelevante para la justicia correctiva, del mismo modo en que lo es el sufrimiento de la víctima cuando no hay culpa del demandado. Ni la acción incorrecta ni el sufrimiento, independientemente considerados, generan responsabilidad. Piénsese que, si la conjunción de ambos es necesaria, la sola causalidad no determina unilateralmente la obligación de reparar, lo que impide que los intereses de la víctima sean soberanos, y las capacidades del agente dañador para comportarse diligentemente carecen de impacto en la evaluación de su conducta, lo que impide que los intereses de este último se impongan sobre los de su contraparte.

¹⁹ *Ibid.*, 433.

²⁰ *Vid.* WEINRIB, 1995: 177-178.

Por supuesto, WEINRIB es consciente de que la responsabilidad extracontractual incluye casos de responsabilidad objetiva, como la responsabilidad por hechos de otros o la responsabilidad por actividades inusualmente peligrosas. Sin embargo, entiende que estos casos son una extensión del régimen de culpa. La responsabilidad del principal por los hechos del dependiente, por ejemplo, requiere que este último haya obrado con culpa. Pero esto no es suficiente para que el principal tenga la obligación de compensar según la justicia correctiva. Este principio exige que el propio demandado haya realizado la acción que causó el daño. WEINRIB, entonces, interpreta que el principal *obra a través del dependiente*, se vale de las acciones de otros para alcanzar sus propósitos, y ello hace que los daños así ocasionados correspondan al ámbito de la justicia correctiva. En cuanto a los riesgos inusualmente peligrosos, WEINRIB sostiene que la culpa puede imputarse directamente a la actividad, sin que la víctima deba identificar una acción culposa²¹.

La concepción de COLEMAN, por razones diferentes, llega a conclusiones similares. Las pérdidas injustas derivan de la vulneración de derechos o de la afectación de intereses legítimos mediante acciones incorrectas. ¿Puede haber una pérdida injusta cuando una acción lícita riesgosa o, si se quiere, inusualmente peligrosa, perjudica los intereses legítimos (no los derechos) de la víctima? En principio parecería que la justicia correctiva excluye esta posibilidad. Pero la responsabilidad objetiva no está conceptualmente ligada a la vulneración de derechos, y ello obliga también a COLEMAN a interpretar que esos casos están abarcados por la regla de negligencia. La clave está en advertir que un agente puede actuar con culpa por la forma en que lleva adelante una actividad o por el mero hecho de desarrollarla. Las actividades inusualmente peligrosas son inherentemente culpables. Esto implica que alguien obra con culpa por el mero hecho de realizar la actividad, aunque ninguna precaución posible sea suficiente para reducir los riesgos a un nivel diligente²².

El problema de estas dos teorías es que convierten a las acciones riesgosas lícitas en inherentemente culpables. Esta línea de pensamiento nos impide compatibilizar dos ideas que tienen perfecto sentido en nuestro esquema conceptual: por una parte, reconocemos que existen acciones riesgosas que no deben o no tienen por qué ser prohibidas o desalentadas. La investigación, el desarrollo y la aplicación de energía nuclear podría ser un caso de este tipo. La actividad es lícita, no es inherentemente culpable. Sin embargo, y esta es la segunda idea que resulta *prima facie* razonable, las sociedades muchas veces permiten la realización de acciones sumamente riesgosas teniendo en cuenta que las víctimas de estos accidentes recibirán una adecuada compensación por los daños que sufran. Estas actividades en general están permitidas e incluso son a veces fomentadas, y en ningún caso se considera que quienes las realizan llevan adelante una acción inherentemente culpable.

Asimismo, la distinción entre la culpa por realizar la actividad y por realizarla de una cierta forma está sujeta a importantes objeciones. Según esta distinción, hay acciones que son culpables por la manera en que uno las ejecuta, mientras que otras son culpables *cualquiera sea el modo en que se las realice*. Por ejemplo, conducir por el centro de la ciudad puede ser una conducta culpable si el automovilista no observa el

²¹ Vid. WEINRIB, 1995: 185-190.

²² Vid. COLEMAN, 1992: 368-369.

estándar de cuidado que exige la situación; en cambio, transportar explosivos es una conducta inherentemente culpable, y el agente obra con culpa por el mero hecho de realizarla. La culpa no se predica sobre la manera de actuar sino sobre la realización misma del acto. En estos supuestos, realizar *esa clase* de acciones constituye negligencia, seguramente porque se las considera en extremo peligrosas.

Creo que el argumento es defectuoso porque parte de una descripción equívoca de las acciones analizadas. Para que la distinción entre culpa en la mera realización de la acción y la culpa en la forma de realizarla tenga sentido, la descripción de la conducta nunca puede incorporar como elemento definitorio el modo en que se la ejecuta, y esto resulta contraintuitivo. La acción de conducir por el centro de la ciudad puede ser realizada de un determinado modo que la califica como negligente. Supongamos que un individuo conduce por el centro a una velocidad de 170 km/h y habiendo bebido dos copas de vino. Seguramente, al describir su acción, es decir, al definir qué está haciendo el individuo, incluiremos el modo en que conduce como elemento esencial. Diremos que el individuo está conduciendo *negligentemente* por el centro de la ciudad. Conducir por el centro de la ciudad está permitido, conducir negligentemente por el centro de la ciudad está prohibido. La segunda conducta, aquella jurídicamente relevante para imponer una sanción al agente, no es culpable *por el modo en que se realiza*. Es tan culpable, en todo caso, como transportar explosivos. En ambos casos, el agente es culpable por el mero hecho de realizar la actividad. Ahora bien, dadas las reglas de conducción diligente, es correcto en términos analíticos afirmar que la primera conducta es inherentemente culpable, aunque sea poco informativo: las conductas negligentes son siempre culpables. Con la segunda conducta ocurre lo mismo. Para que transportar explosivos sea una conducta culpable *per se*, es necesario que esta conducta esté expresamente prohibida o que pueda ser subsumida en alguna regla general que defina la negligencia. Si una norma estableciese que las conductas que generan niveles anormales o extraordinarios de riesgos para los intereses de terceros son negligentes, entonces, transportar explosivos sería una conducta culpable *y necesariamente ilícita*. Por ello, y en este punto la moderna doctrina civilista tiende a coincidir, parece difícil que los casos de responsabilidad objetiva puedan ser analizados desde la responsabilidad por culpa. Las conductas reguladas por responsabilidad objetiva son *inherentemente lícitas*, pero *riesgosas*. Obviamente, las acciones riesgosas pueden ser realizadas también de manera negligente. Así, los riesgos de transportar explosivos, suponiendo que esta fuese una conducta lícita, se incrementan sustancialmente si el conductor no respeta las señales de tránsito. Lo característico de la responsabilidad objetiva es que el transportista está obligado a compensar las pérdidas que causa cuando se concretan los riesgos propios de su actividad, siendo irrelevante que haya obrado diligentemente. En general, la autoridad pública tomará medidas contra quien transporta explosivos de manera ilícita para impedirle la acción; ello no ocurre con quien lo hace en cumplimiento de todos los estándares de conducta exigibles, aunque su actividad incremente la probabilidad de que se produzcan daños a terceros.

3. DERECHOS Y DEBERES DE INDEMNIDAD

A continuación, argumentaré que todos los problemas que he señalado en las teorías de COLEMAN y WEINRIB pueden ser solucionados si se advierte que la responsabi-

alidad extracontractual no se agota en la justicia correctiva, sino que también expresa consideraciones de justicia distributiva.

Usualmente se entiende que la justicia correctiva depende en alguna medida de la justicia distributiva. Ello no significa que su fuerza normativa esté subordinada a la justicia del resultado distributivo, porque en ese caso no podrían ser concebidos como principios autónomos. Significa, en cambio, que la justicia correctiva no puede operar sino en el marco de la justicia distributiva²³. En la teoría de COLEMAN la dependencia es menor que en la de WEINRIB, por ejemplo, porque en aquella puede haber ocasión para la justicia correctiva aunque no se hayan afectado derechos, sino solo intereses legítimos. No obstante, algún grado de dependencia existe. Del mismo modo, quienes asocian a la responsabilidad extracontractual con la justicia correctiva deben pensar que su aplicación depende, en parte al menos, de otras instituciones que definen los derechos cuya vulneración amerita una compensación. En otras palabras, si la responsabilidad extracontractual, al igual que la justicia correctiva, se encarga de rectificar las vulneraciones de derechos otorgando a la víctima una compensación, ella puede funcionar solo en coordinación con otras instituciones, como el derecho constitucional, que definan los derechos de los individuos.

Creo que esta posición es equivocada y parte de una confusión respecto de la naturaleza de los derechos. Como ya he dicho, los derechos no son más que un conjunto de pretensiones válidas o justificadas²⁴. Para determinar el contenido del derecho de propiedad de Xenofonte sobre su automóvil no podemos hacer otra cosa que indagar qué pretensiones válidas están asociadas con este objeto. Supongamos que luego de esta indagación en distintos cuerpos normativos, la constitución entre ellos, podemos determinar que Xenofonte tiene la facultad de utilizar su automóvil con cualquier fin que desee (siempre que no esté expresamente prohibido por otras leyes), también tiene la facultad de excluir del uso de su automóvil a otros individuos, además puede transferir legítimamente su automóvil celebrando un contrato y, por último, descubrimos que tiene la facultad de reclamar una compensación cada vez que su automóvil es dañado en ciertas circunstancias.

Sin duda, las normas de la responsabilidad extracontractual son relevantes para determinar el contenido del derecho de Xenofonte. Por tanto, son constitutivas de su derecho. Y si el reconocimiento de un determinado derecho a Xenofonte es una cuestión de justicia distributiva, debe aceptarse que la responsabilidad extracontractual también desempeña un papel importante aquí. El esquema según el cual la responsabilidad extracontractual opera luego de que se hayan vulnerado los derechos de la víctima, establecidos por la justicia distributiva, no funciona porque la propia responsabilidad extracontractual contribuye a dar contenido a esos derechos. Si esto es así, no toda la responsabilidad extracontractual puede ser explicada por la justicia correctiva. Una explicación completa requiere apelar también a la justicia distributiva²⁵. El desafío ahora consiste en mostrar cómo las consideraciones distributivas y correctivas están articuladas en la misma práctica.

²³ *Vid.* PERRY, 2000: 247.

²⁴ Sobre esta caracterización conceptual de los derechos subjetivos coinciden autores tan distintos como FEINBERG (1970: 253) y GUASTINI (1999: 180-181). Para ambos, ser titular de un derecho significa contar con una pretensión válida o justificada por un sistema de normas jurídicas o morales.

²⁵ Para una opinión contraria, *vid.* COLEMAN, 2001: 34-35.

3.1. Responsabilidad extracontractual y justicia distributiva

Hace tiempo que el análisis económico del derecho advirtió sobre los efectos de las reglas de responsabilidad en la distribución de los recursos²⁶. A fin de apreciarlos, pensemos qué consecuencias se seguirían de adoptar distintas reglas de responsabilidad para regular el conflicto que se produce entre dos individuos que desarrollan actividades parcialmente incompatibles en un estado de naturaleza. Imaginemos que Xenofonte todos los meses sufre pérdidas considerables porque los perros guardianes de Axileas, su vecino, atacan a sus gallinas. Como es previsible, nunca ocurre lo contrario. ¿Cómo puede resolverse este conflicto de manera justa? La respuesta que intuitivamente cualquier jurista sostendría es que Axileas debe compensar a Xenofonte por los daños que le ocasiona, y los más interesados por la filosofía dirían que esto es así en virtud de la justicia correctiva. Pero esta respuesta asume que Xenofonte *tiene derecho* a que sus gallinas no sean dañadas. Presupone que la interacción ha sido injusta, y esto solo puede afirmarse una vez que se establece que los derechos de Xenofonte fueron vulnerados por Axileas. Sin embargo, en el estado de naturaleza no hay derechos definidos. Por tanto, la justicia correctiva no puede resolver este conflicto. En este contexto, solo puede crearse una regla que regule las externalidades negativas de las partes. La regla en cuestión necesariamente privilegiará los intereses de alguna de ellas. Como sostuvo R. COASE, el problema es de naturaleza recíproca, y la dificultad radica en decidir si vamos a permitir que Axileas dañe a Xenofonte o Xenofonte a Axileas²⁷. Una regla que libera de responsabilidad a Axileas, daña a Xenofonte de un modo obvio. La regla opuesta, aquella que obliga a Axileas a indemnizar a Xenofonte cada vez que sus perros atacan a las gallinas, daña a Axileas (de un modo menos obvio tal vez). ¿Con que criterio debemos elegir una u otra regla? Únicamente una teoría de la justicia distributiva puede responder esta pregunta. No me interesa aquí determinar cuál es la distribución justa para los casos de responsabilidad extracontractual, sino solo señalar un rasgo conceptual de la práctica: las reglas de responsabilidad distribuyen recursos entre los miembros de la comunidad.

Este aspecto distributivo de la responsabilidad extracontractual, ignorado por COLEMAN y WEINRIB, no ha pasado completamente inadvertido en la literatura²⁸. Pese a ello, no es tan claro qué distribuyen exactamente las reglas de responsabilidad. Mi tesis es que distribuyen derechos y deberes de indemnidad. Siguiendo con el ejemplo anterior, supongamos que deseamos proteger a Xenofonte de los daños que le causan los perros de Axileas. La cuestión que se plantea inmediatamente es si la protección será contra todos los perjuicios que sufra Xenofonte o solo algunos. Tal vez la justicia distributiva no exija que Axileas sea responsable por cualquier daño, sino solo por los daños que se producen cuando él no adopta las medidas precautorias que resultan razonables conforme a las circunstancias de tiempo y lugar. La disyuntiva es proteger los intereses

²⁶ COASE, 1960; CALABRESI y MELAMED, 1972.

²⁷ COASE, 1960: 2.

²⁸ Los trabajos más importantes en mi opinión son los de P. CANE. *Vid.* CANE, 2001 y 1996: 478-481. Además, puede consultarse CALNAN, 1997: 82, 92, 98; y DAGAN, 1999: 139-140, 147-150. Por último, los trabajos normativos de KEATING (2004) y KEREN-PAZ (2007) también muestran que las reglas de la responsabilidad extracontractual impactan en la distribución de los recursos.

de Xenofonte con una regla de responsabilidad objetiva o con una regla de culpa. Estas reglas tienen efectos distributivos distintos. Con una regla de culpa, Xenofonte todavía deberá tolerar los daños que los perros causan a sus gallinas cuando Axileas se haya comportado diligentemente. Con una regla de responsabilidad objetiva, Xenofonte no deberá tolerar ninguna externalidad negativa. Axileas preferiría en primer lugar que se instaurase una regla de no-responsabilidad; si ello no fuese posible, su segunda opción sería la regla de negligencia y, por último, la regla de responsabilidad objetiva. Exactamente lo contrario ocurre con las preferencias de Xenofonte. Las preferencias de las partes sobre las reglas de responsabilidad son perfectamente opuestas porque son el reflejo de unas preferencias sobre su propia indemnidad, y ello, en última instancia, se traduce en una preferencia distributiva. En un mundo donde rige la responsabilidad objetiva Xenofonte es más rico, y Axileas más pobre, que en un mundo en el cual rige la responsabilidad por culpa.

Dado que cada regla tiene efectos distributivos distintos, ellas establecen distintos *contenidos* para los derechos de indemnidad de cada una de las partes. La regla de responsabilidad por culpa implica un derecho *a no ser dañado por conductas negligentes o dolosas* de otras personas, y un correlativo deber de no dañar de ese mismo modo; la regla de responsabilidad objetiva, por su parte, supone un derecho *a no ser dañado por conductas inusualmente peligrosas*, aunque sean diligentes, de otras personas; y un correlativo deber de no dañar de esa misma manera. Afirmar que el derecho de indemnidad de la víctima ha sido vulnerado equivale a afirmar que el agente dañador violó su deber de indemnidad.

Nótese que en el esquema interpretativo que propongo la convivencia de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva, o la existencia de eximentes de responsabilidad, como el caso fortuito o la culpa de la víctima, no supone ningún problema. Todas estas reglas dan contenido a los derechos y deberes de indemnidad de las partes²⁹. Adelantándome en el argumento, diré que la justicia correctiva es aplicable una vez que el derecho de indemnidad de la víctima, definido por la justicia distributiva, ha sido vulnerado. Recién entonces, la justicia correctiva ordena rectificar la interacción injusta imponiendo al agente dañador la obligación de compensar los daños ocasionados. En algunos casos, la obligación de compensar depende de que se haya causado el daño realizando una conducta negligente, porque solo así se vulnera el derecho de indemnidad de la víctima. Otras veces, la indemnidad de la víctima es más amplia, y aunque el agente dañador haya obrado con diligencia, debe compensar los daños que causen sus conductas riesgosas. Una vez interpretadas las reglas de este modo, la responsabilidad objetiva deja de ser un misterio para la justicia correctiva.

²⁹ Mi argumento es de los que W. LUCY denomina indirectos. Los argumentos directos se basan en una concepción particular de la justicia distributiva. Intentan mostrar qué reglas harían de la responsabilidad extracontractual una institución justa. Este es el caso KEATING (2004: 1858-1859), por ejemplo. En cambio, los argumentos indirectos se proponen señalar alguna de estas tres cosas: *a*) que las reglas del derecho de daños mantienen un esquema de derechos y deberes; *b*) que las distintas doctrinas del derecho civil tienen efectos distributivos entre las partes y, en este sentido, el derecho privado es una cuestión de justicia distributiva, o *c*) que las doctrinas del derecho privado expresan una preocupación por la distribución equitativa de los costes de los accidentes y, por ello, alguna concepción de la justicia distributiva debe estar implementada en la responsabilidad extracontractual. *Vid.* LUCY, 2007: 328-329. El argumento que ofrezco es indirecto, ya que no pretende ofrecer un análisis desde una particular concepción de la justicia distributiva. Se ocupa simplemente de describir lo que Peter CANE denomina la anatomía del derecho de daños. *Vid.* CANE, 1997: 18; 2001: 417.

3.2. Los derechos de indemnidad como bienes primarios

Tal como los concibo, los derechos de indemnidad pertenecen a la categoría de lo que RAWLS denominó «bienes primarios»³⁰. Estos bienes son útiles para cualquier plan de vida, e incluyen los derechos, las libertades y las oportunidades, el ingreso y la riqueza, entre otros. En las sociedades liberales el Estado se compromete a distribuir entre los miembros de la comunidad una cuota de bienes primarios para que cada uno lleve adelante un plan de vida razonable, es decir, un proyecto posible de implementar con los recursos que equitativamente le corresponden. Una vez garantizado un esquema de derechos y libertades, cada uno es responsable por cómo resulta su vida y no puede exigir a la sociedad más recursos de los que le han sido otorgados. Esto es así en virtud del *principio de división de la responsabilidad*, que separa las aguas de la responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual³¹.

En un mundo ideal, el destino de los individuos dependería exclusivamente de sus decisiones. En el mundo real muchas otras contingencias, como la mala o la buena suerte, son determinantes. La mala suerte es particularmente problemática, porque desvirtúa la idea de que el Estado limita su responsabilidad a brindar un conjunto de bienes primarios después de lo cual comienza a regir la responsabilidad individual. ¿En qué sentido alguien es responsable por los perjuicios que sufre a raíz de una catástrofe natural? Tal vez pueda decirse que el individuo debe tolerar esas pérdidas, pero no que es responsable por ellas. De ahí que el Estado frecuentemente asuma como parte de sus responsabilidades la neutralización, en alguna medida, de los efectos de la mala suerte. Cada sociedad decide políticamente el grado de neutralización y más allá de ese punto la mala suerte continúa siendo problema de los particulares.

Además de la mala suerte, las interferencias de terceros suelen alterar los planes de vida. El hecho de que podamos causarnos pérdidas mutuamente justifica que el Estado reconozca algunos derechos de indemnidad. A diferencia de los fenómenos naturales, o de la mala suerte, las externalidades negativas requieren ser reguladas a fin de conformar una comunidad política. Es difícil imaginar cómo una sociedad podría constituirse, cómo un grupo de individuos podrían tener una vida en común, sin un conjunto de reglas que establezcan los límites de la libertad de acción a fin de lograr un buen equilibrio con la seguridad personal. Sin llegar a este nivel tan fundamental, es obvio que la idea de responsabilidad individual, para tener sentido, necesita de cierta indemnidad. Nadie puede ser responsable por cómo resulta su vida si debe tolerar todas las interferencias de terceros. Por esta razón, el Estado implementa un sistema de derechos y deberes de indemnidad que considera equitativo³².

³⁰ RAWLS, 1999: 54 y 79.

³¹ *Vid.* RAWLS, 1982: 170; RIPSTEIN, 2004: 1812.

³² En el nivel más básico de las condiciones para su existencia, ninguna comunidad puede constituirse como tal si no disuade mínimamente las conductas dañosas. Para ello, es suficiente con el derecho penal. No obstante, una comunidad que pretenda una integración social más sólida deberá reconocer, además, algunos derechos de indemnidad. Las penas de prisión para el agresor, sin una compensación para la víctima, no eliminan la desconfianza ni las conductas de autoprotección excesivas que todos realizaríamos de no contar con un derecho a ser indemnizados por las pérdidas que otros nos causan. Asimismo, ya en el contexto del Estado liberal, la idea de responsabilidad personal por el plan de vida elegido también exige el reconocimiento de derechos de compensación.

¿Cuál es el contenido de los derechos de indemnidad? A primera vista el derecho a no ser dañado es igual que los demás derechos. Su contenido depende de una teoría fundacional o normativa. El derecho de Xenofonte a no ser dañado podría significar, entre muchas otras alternativas, que: *a)* cualquier persona que daña a Xenofonte será castigada con una pena de prisión; *b)* Xenofonte puede pretender válidamente el cobro de una indemnización en caso de ser dañado, y *c)* Xenofonte puede solicitar medidas para protegerse contra las agresiones de terceros que afecten sus intereses legítimos; etc. No obstante, si los bienes primarios sirven a los individuos para desarrollar el plan de vida elegido, parece que cuando alguien es dañado, una pena de prisión para el agente dañador no le permite conservar la cuota de recursos que equitativamente le fue otorgada. Parece que la compensación de daños es el único remedio ante la interferencia de terceros que deja indemne a la víctima. La propia concepción de los derechos de indemnidad como bienes primarios presupone una teoría normativa que les otorga el siguiente contenido: en primer lugar, los derechos de indemnidad suponen un correlativo deber de no dañar a cargo de los potenciales agentes dañadores, que solo cumplen si no dañan; adicionalmente, una vez producida la pérdida en las circunstancias especificadas por las reglas de responsabilidad la víctima cuenta con un derecho secundario a ser compensada. El contenido de los derechos involucrados en la responsabilidad extracontractual permite derivar un derecho de compensación que se hace operativo luego de que el derecho primario es vulnerado³³. Todavía no he dicho nada respecto de por qué ante la causación de un daño el agente dañador en particular, y no el Estado, tiene la obligación de indemnizar según la responsabilidad extracontractual³⁴. Me dedicaré a ello en el siguiente apartado.

3.3. Obligación de compensar y división de la responsabilidad

Aceptemos por el momento que el Estado liberal debe proveer un conjunto de bienes primarios a los individuos para que ellos puedan desarrollar un plan de vida razonable. Admitamos incluso que los derechos de indemnidad son parte de estos bienes primarios. Aun así debe explicarse por qué una cuestión que es parte de la responsabilidad colectiva es implementada por medio de la responsabilidad extracontractual, que está limitada a las personas involucradas en el accidente.

³³ Los códigos civiles, en general, contienen reglas que ordenan la compensación de los daños causados en ciertas circunstancias. No es habitual que incluyan referencias al derecho a no ser dañado. Sin embargo, en la interpretación que ofrezco de la responsabilidad extracontractual, los derechos de indemnidad son un dispositivo analítico que nos permite comprender de qué manera esta rama del derecho distribuye bienes primarios. Quienes se centran en el aspecto reparador de la práctica tienden a enfatizar que ella únicamente establece derechos de compensación. Se afirma que no existe un derecho a no ser dañado sino solo un derecho a ser compensado. He intentado explicar que la práctica no es solo reparadora, sino que tiene un aspecto regulador y distributivo en el cual el sentido de la *indemnización* es, valga la redundancia, dejar indemne a la víctima frente a las interferencias de terceros. Dejarla indemne significa mantenerla en el disfrute de los recursos que le fueron otorgados para que desarrolle su plan de vida. De ahí que postulo la existencia de un derecho primario a no ser dañado, no como un derecho expresamente reconocido en todo sistema jurídico, sino como un presupuesto para interpretar la responsabilidad extracontractual en el marco de una teoría liberal.

³⁴ El argumento hasta aquí está dirigido a mostrar que el derecho a no ser dañado permite derivar un derecho a ser compensado, y ello implica a la vez que *alguien* está obligado a indemnizar. Que el obligado sea el agente dañador, en lugar de cualquier otra persona o el Estado, requiere un argumento adicional.

Desde el punto de vista distributivo, el Estado liberal debe conceder a los individuos derechos de indemnidad. En principio, no hay ninguna razón para hacerlo por medio de la responsabilidad extracontractual. Podría implementarse un seguro social para indemnizar a las víctimas combinado con multas para los agentes dañadores a fin de solventar el fondo de compensación. Un sistema como este lograría que cada uno viviese de acuerdo con las consecuencias de sus acciones y, como se verá más adelante, esto es importante. Toda interferencia de terceros sería neutralizada por la compensación, y toda externalidad negativa injustamente creada sería internalizada por el agente dañador. Si el Estado optase por un medio distinto de la responsabilidad extracontractual, como el recién descrito, seguramente cumpliría con sus obligaciones distributivas. A pesar de ello, habría dos consecuencias inmediatas: en primer lugar, el Estado impediría la realización de la *justicia entre las partes*; en segundo lugar, el Estado no honraría perfectamente el principio de *división de la responsabilidad*.

La justicia entre las partes solo se logra implementando instituciones de justicia correctiva. En condiciones ideales, este principio sería aceptado por personas libres e iguales para regular sus interacciones³⁵. ¿Cómo regula la justicia correctiva las interacciones privadas? Más allá del lugar que cada uno termine ocupando en la sociedad, de cuán bien resulte su vida, los individuos reconocerían que deben respetarse sus derechos recíprocamente. Sea cual fuere el resultado de la distribución, ella garantizará a cada uno una porción distributiva, un conjunto de bienes primarios entre los que se incluyen los derechos de indemnidad. En sus interacciones privadas, los individuos no deben utilizar los recursos de otro sin su consentimiento. En definitiva, el principio prohíbe el uso de derechos ajenos para la consecución de los propios fines; por ello, toda interacción debe ser respetuosa de los derechos de indemnidad. Cuando un individuo daña a otro hace precisamente lo que el principio reprueba: emplea los recursos de la víctima como un medio para llevar adelante su propio plan de vida. En términos kantianos, el daño constituye una instrumentalización de la víctima cuya rectificación es exigida por la justicia privada.

Dicho esto, es innegable que si la justicia correctiva es un verdadero principio de justicia, entonces, es obligatorio para el Estado reconocerlo³⁶. Por supuesto, la vigencia de este principio tendrá efectos sobre la riqueza de los individuos. En particular, los agentes dañadores se verán empobrecidos cada vez que deban indemnizar a sus víctimas. Este resultado es perfectamente compatible con la justicia distributiva. Recuérdese que agotada la responsabilidad colectiva, los individuos son responsables por cómo resulta su vida. Las indemnizaciones que los agentes deben pagar son una de las tantas formas en que pueden empobrecerse sin que ello ofenda a la justicia distributiva. Realizar una acción sujeta a responsabilidad es equivalente a realizar una mala inversión. Si el punto de partida es justo, en el sentido de que cada individuo cuenta con una porción de bienes primarios razonable, el resultado final también lo es³⁷. Esta última afirmación no debe llevarnos a pensar que la fuerza normativa de la justicia correctiva depende de la justicia distributiva. La justicia correctiva es un principio

³⁵ Vid. BENSON, 1992, en especial la sección III.

³⁶ ARNESON, 1995: 34.

³⁷ En la teoría de RAWLS la justicia de una determinada asignación de recursos depende de que haya sido producida por el correcto funcionamiento de instituciones justas. Vid. RAWLS, 1999: 73-76.

autónomo. Para que sea operativo, no se requiere que las instituciones distributivas sean perfectamente justas, sino que es suficiente que no sean intolerablemente injustas. El propósito de la justicia correctiva no es preservar un patrón distributivo justo: es rectificar las interacciones injustas. Si se dan las condiciones mínimas para que el derecho sea moralmente obligatorio, entonces las instituciones de justicia correctiva mantienen su fuerza vinculante, aunque la distribución de derechos subyacente no sea lo justo que debería.

Ahora bien, he sostenido que el Estado liberal se compromete a garantizar algún nivel de indemnidad para los ciudadanos. Al hacerlo mediante un sistema como la responsabilidad extracontractual, en el cual la víctima solo puede reclamar al agente dañador, podrían surgir algunos problemas. ¿Qué ocurre cuando el demandado es insolvente o cuando la víctima, habiendo certeza de que fue dañada injustamente, no logra identificar al agente dañador? ¿Debería el Estado crear un fondo de compensación para estos casos? El Estado podría crear un fondo de estas características, pero no está obligado a hacerlo. Desde la perspectiva de la víctima, una vez instaurado un sistema de responsabilidad extracontractual, las pérdidas que sufre por la insolvencia del agente dañador son similares a las que tienen su origen en un acontecimiento de la naturaleza, como una inundación o un incendio. No habiendo diferencias sustanciales con los casos de mala suerte, cada comunidad puede decidir políticamente en qué medida neutralizará estos resultados. Las sociedades más ricas podrían optar por sistemas de compensación adicionales, y las sociedades más pobres limitarse a ofrecer una asistencia básica para los casos en los que la víctima cae por debajo del nivel de bienestar mínimo admisible. La justicia de los esquemas alternativos dependerá de las circunstancias concretas de la comunidad en que se apliquen.

La cuestión cambia radicalmente si el Estado decide no implementar instituciones de justicia correctiva. En ese caso, estará obligado a brindar algún grado de compensación por mecanismos distintos de la responsabilidad extracontractual. Las sociedades pueden tener dos tipos de razones para desconocer la fuerza vinculante de la justicia correctiva: *a)* podrían entender que cierto tipo de daños, por ejemplo los que se producen en actividades socialmente beneficiosas que repercuten negativamente sobre un sector específico de la comunidad, son una cuestión colectiva y, por tanto, propia de la justicia distributiva³⁸, y *b)* podrían juzgar que la justicia correctiva en un contexto dado deja demasiadas víctimas sin compensar y que el Estado debe brindar una red de seguridad más amplia. Sea por la razón que fuere, las sociedades que no implementan instituciones de justicia correctiva suelen ser menos liberales que las que sí lo hacen, porque la injerencia del Estado en los asuntos privados es mayor: el principio de división de la responsabilidad no es honrado plenamente³⁹.

³⁸ Los daños ambientales que sufren las comunidades vecinas derivados de la instalación de un aeropuerto podrían constituir un buen ejemplo de este tipo de razones. Pero el principio parece incluso más amplio: en una determinada sociedad podría considerarse que los accidentes de tránsito son un problema colectivo; siendo el transporte automotor esencial para el modo de vida de los ciudadanos, y recayendo sobre todos los individuos probabilidades *ex ante* similares de ser agentes dañadores o víctimas, la justicia correctiva perdería su sentido normativo. Satisfechas estas condiciones, la decisión de socializar los daños producidos por esta actividad no atenta contra la justicia correctiva, porque el papel de la agencia humana en estos casos es secundario.

³⁹ En mi opinión, la división de la responsabilidad no exige simplemente que el Estado obre de modo tal que cada individuo, luego de recibir la porción equitativa de bienes primarios que le corresponde, asuma

Como puede apreciarse, la responsabilidad extracontractual es una institución sumamente compleja, ya que desempeña distintas funciones. Brinda un cierto nivel de indemnidad, por medio de la compensación, y así el Estado cumple con sus obligaciones de *justicia distributiva*. Permite la realización de la justicia entre las partes, y de este modo se satisface la *justicia correctiva*. Finalmente, honra el principio de *división de la responsabilidad*, al quedar el Estado al margen de las transacciones privadas de los individuos, ofreciendo solo su asistencia para ejecutar los términos equitativos que regulan la interacción entre particulares.

3.4. Correlatividad y equivalencia de las pérdidas y las ganancias injustas

Aunque argumenté que la justicia correctiva en el marco de una teoría general de la justicia liberal debe ser entendida con una formulación distinta de la introducida por ARISTÓTELES, en este apartado sostendré que la rectificación de las interacciones que vulneran derechos de indemnidad necesariamente anula las pérdidas y ganancias injustas; sin ser este su propósito, esto es algo que la justicia correctiva logra cada vez que es aplicada, de manera tal que las intuiciones aristotélicas son preservadas.

La correlatividad y la equivalencia de las ganancias y las pérdidas injustas es uno de los puntos en los que ARISTÓTELES suma más detractores. Según la teoría aristotélica, la justicia correctiva elimina las ganancias y las pérdidas injustas mediante una sola operación que consiste en trasladar una cantidad de dinero del agente dañador a la víctima. Para que el pago de una indemnización anule tanto las pérdidas como las ganancias injustas que experimentan las partes, ellas deben ser correlativas y equivalentes. Pese a todo, los casos de negligencia, en los que el agente dañador obtiene los beneficios de no invertir en medidas precautorias con independencia de que la víctima sufra un perjuicio, muestran que las pérdidas y las ganancias no son necesariamente correlativas. Por ello, parecería que nos enfrentamos a la siguiente disyuntiva: o bien la referencia al principio de justicia correctiva tiene muy poco poder explicativo —porque no abarca más que los casos de apropiación y restitución— o bien el propósito de la justicia correctiva no es rectificar a la vez las pérdidas de la víctima y las ganancias del agente dañador mediante un mismo remedio indemnizatorio.

La interpretación que he ofrecido acepta el segundo término de la disyuntiva, sin que ello implique un descrédito de la tesis aristotélica. El propósito de la justicia co-

las consecuencias de sus decisiones. Exige además que exista una clara división entre los asuntos colectivos, que involucran a la comunidad en su conjunto, y los asuntos privados, que deben ser resueltos entre las partes. Respecto de los asuntos privados, debe intervenir solo para establecer los términos equitativos de la interacción, y para garantizar que se apliquen cuando surgen conflictos entre los particulares. Es decir, la división de la responsabilidad implica, en un sentido débil, que la comunidad no debe hacerse cargo de las malas decisiones de los individuos; en un sentido más fuerte, no debe asumir las pérdidas que son responsabilidad moral de una persona en concreto, aunque haciéndolo se logre un objetivo loable como la compensación de las víctimas inocentes. Por esta razón, los seguros sociales pueden ser problemáticos para el Estado liberal, dado que la comunidad termina asumiendo costes que son responsabilidad de distintos agentes dañadores. De esta manera, solo un sistema que reconoce la fuerza vinculante de la justicia correctiva puede honrar perfectamente el principio de división de la responsabilidad. Que esto sea así no supone sostener que los sistemas de justicia correctiva sean moralmente superiores a los sistemas sociales de compensación. Una afirmación semejante no puede más que descansar sobre un argumento normativo a favor de las doctrinas liberales; no es mi intención pronunciarme sobre esta cuestión aquí.

rectiva es rectificar las interacciones injustas, aquellas en las que una parte vulnera los derechos de indemnidad de la otra. El modo de rectificación es la compensación, dado que esta es la única manera que el agente dañador tiene de respetar los recursos con que cuenta la víctima para desarrollar su plan de vida. Ningún otro remedio distinto de la compensación la deja indemne frente a la injusticia de la interacción. Esto se sigue de la teoría normativa o fundacional que da *contenido* a los derechos de indemnidad.

Respecto del alcance de la teoría, la justicia correctiva no se limita a los casos de restitución, como piensan algunos, sino que explica los derechos y deberes secundarios o de compensación en todos los casos de responsabilidad extracontractual. Una vez que el derecho de indemnidad de la víctima resulta vulnerado, ella tiene derecho a una compensación. Por imperio de la justicia correctiva, el agente dañador tiene la obligación moral de brindarla. Esta obligación es correlativa al derecho de la víctima. Los derechos y deberes secundarios son los únicos que en términos estrictos pertenecen a la justicia correctiva, y respecto de ellos la tesis de la correlatividad y la equivalencia no es problemática. El significado del derecho de la víctima a ser compensada está dado por el deber del agente dañador de brindar una indemnización. De esta manera, la afirmación según la cual Xenofonte tiene derecho a que su pérdida sea reparada por Axileas no expresa nada distinto de la afirmación según la cual Axileas tiene la obligación de reparar la pérdida de Xenofonte. Además de ser correlativos los derechos y deberes en cuestión, el monto involucrado en el deber y en el derecho es el mismo. En este contexto, que Xenofonte tenga derecho a ser indemnizado en 100 dracmas significa que Axileas tiene el deber de resarcir a Xenofonte en esa misma cantidad de dinero.

¿Implica esto que las pérdidas y las ganancias injustas derivadas del incumplimiento de la obligación resarcitoria son necesariamente equivalentes? Conviene distinguir, como hace WEINRIB, entre las pérdidas y ganancias normativas y las fácticas. A nivel normativo, cuando Axileas omite compensar a Xenofonte viola su deber de indemnizar, y por ello obtiene un beneficio normativo; a la vez, el derecho a ser indemnizado de Xenofonte resulta vulnerado, razón por la cual sufre una pérdida normativa. La equivalencia se mantiene también, aunque *contingentemente*, respecto de las pérdidas y las ganancias fácticas, ya que el incumplimiento de Axileas lo beneficia en las 100 dracmas que deja de pagar y perjudica a Xenofonte en esa misma cantidad, que no recibe y tiene derecho a recibir. Sin embargo, es importante aclarar que las pérdidas y las ganancias fácticas son irrelevantes para el cálculo de la equivalencia. Para ver por qué, imaginemos que Axileas paga negligentemente a otra persona la indemnización que debía a Xenofonte. Digamos que comete un error al realizar el pago. En este caso, la pérdida fáctica de Xenofonte no está relacionada con ninguna ganancia fáctica de Axileas, pese a lo cual existe un desequilibrio normativo entre ambos que debe ser rectificado: Axileas todavía debe la indemnización a Xenofonte por el daño que le causó; contará, por supuesto, con una acción de repetición contra quien recibió el pago indebido, pero esto excede la relación de los involucrados en el ejemplo inicial. Una vez que se comprende que las pérdidas y ganancias de la justicia correctiva son normativas, resulta sencillo explicar cómo la compensación puede eliminarlas a la vez. El pago de la indemnización elimina la pérdida normativa, porque subsana la vulneración del derecho de Xenofonte a recibir las 100 dracmas, y también anula la ganancia normativa, porque corrige la violación del deber de Axileas de pagar esa misma cantidad.

Todo esto es bastante evidente y no merece mayor desarrollo. Con todo, la estrategia de ARISTÓTELES era fundar la correlatividad de los derechos y deberes de las partes en el hecho de que las ganancias y las pérdidas injustas derivadas de la violación de derechos y deberes *primarios* eran correlativas y equivalentes. Aquí lo que he mostrado es que la violación de los derechos y deberes *secundarios* produce ganancias y pérdidas injustas de esas características. ¿Se mantiene la tesis aristotélica respecto de los derechos y deberes primarios? Sugeriré que siempre que haya una interacción injusta la tesis aristotélica será verdadera, y que las conclusiones contrarias a ello se basan en una evaluación equivocada de las situaciones que se analizan.

Veamos un caso. Supongamos que Axileas puede evitar una pérdida de 50 dracmas a Xenofonte tomando medidas precautorias cuyo coste es de 100 dracmas. Digamos que una norma convencional impone a Axileas el deber de tomar estas medidas precautorias a fin de evitar daños a terceros, es decir, impone un deber de diligencia. Cuando Axileas, obrando con negligencia, causa un daño a Xenofonte se beneficia en las 100 dracmas que dejó de invertir en las medidas precautorias exigidas. Pese a todo, Xenofonte solo sufre un daño de 50 dracmas y esa cantidad es la que tiene derecho a cobrar de acuerdo con las reglas de la responsabilidad extracontractual. Ello muestra que las ganancias del agente dañador y las pérdidas sufridas por la víctima no son equivalentes, pero tampoco correlativas, ya que Axileas obtiene el beneficio de 100 dracmas con independencia de que su conducta dañe a Xenofonte.

Este tipo de situaciones, que convencen a muchos teóricos de que la tesis aristotélica es equivocada⁴⁰, son fácilmente explicables con el esquema de derechos y deberes de indemnidad que he expuesto. En este caso, Axileas sin duda se beneficia de su negligencia ahorrando las 100 dracmas que debió invertir para ser diligente. Pero ello no significa que Axileas se haya beneficiado *a costa de* Xenofonte. El deber de diligencia que violó Axileas no es relacional, no vincula a Axileas con alguna persona de la comunidad. La infracción cometida puede justificar que el Estado le imponga algún tipo de sanción, una multa o pena de prisión, pero nadie en particular tiene derecho a reclamar una compensación por el riesgo al que fue expuesto. La cuestión es diferente cuando se trata de la violación del deber de indemnidad. Imaginemos que en ese sistema está vigente una regla de responsabilidad por culpa. De acuerdo con ella, el perjuicio que Axileas causó negligentemente a Xenofonte constituye una vulneración de su derecho a no ser dañado por conductas culpables. La violación del deber de indemnidad es correlativa a la vulneración del derecho de indemnidad de la víctima. El deber de Axileas consistía en no dañar a Xenofonte por la violación de los estándares de conducta exigidos, y ello significa que Xenofonte tenía derecho a no sufrir ninguna pérdida por las acciones negligentes de Axileas. En lo que hace a la justicia correctiva, la relación entre las partes es la única relevante. Otros beneficios que Axileas pudo haber obtenido por su conducta negligente tal vez deban ser anulados por otras instituciones inspiradas en la justicia retributiva, mas no son parte de la justicia correctiva porque no se relacionan con el derecho que Xenofonte tenía frente a Axileas: un derecho a no ser dañado, no un derecho a no ser expuesto al riesgo.

⁴⁰ Vid. NEYERS, 1998: 321; COLEMAN, 1992: 491, nota 4.

Una vez mostrado el modo correcto de analizar la correlatividad, queda por mostrar que la pérdida de Xenofonte es equivalente a una ganancia obtenida por Axileas. Podría pensarse que Axileas no obtuvo ningún beneficio adicional por haber dañado a Xenofonte respecto de las ganancias que ya había logrado con su conducta negligente. Esto es un error. Al no respetar los derechos de indemnidad de Xenofonte, Axileas ha empleado para sus propios fines los bienes primarios, o los recursos, de otro individuo⁴¹. El beneficio general que obtiene de la negligencia está en comportarse en el mundo como si no tuviese que compartirlo con otros agentes morales también libres e iguales. Su beneficio es, como he dicho, normativo. Para que este beneficio normativo sea incumbencia de la justicia correctiva debe causar una pérdida normativa correlativa, y ella se produce sólo cuando se viola un deber de indemnidad. Sólo cuando vulnera el derecho de otro a no ser dañado, el agente trata a la otra persona como un objeto o medio para sus propios fines. Antes de causar un daño, no emplea los recursos ajenos, en particular los derechos de indemnidad, para llevar a cabo su plan de vida. Ciertamente excede su esfera de libertad, pero no invade la esfera de nadie en particular. En este sentido, únicamente con el daño causado Axileas se beneficia a costa de Xenofonte, que luego de la interacción injusta cuenta con menos recursos para concretar sus objetivos y, en última instancia, con menos libertad.

Las ganancias fácticas que obtiene el agente dañador, reitero, son irrelevantes para evaluar la justicia de la interacción. Un daño injusto, aunque no reporte al agente dañador un excedente financiero, produce un desequilibrio normativo entre las partes. El agente se beneficia normativamente, incrementa su libertad respecto de la situación en la cual respeta los derechos de la víctima, y lo contrario ocurre con esta última. A fin de restablecer el equilibrio entre las partes y tratarlas como libres e iguales, es necesaria la compensación. La pérdida normativa ocurre solamente cuando la víctima sufre un daño fáctico en las circunstancias especificadas por la regla de responsabilidad que delimitan su derecho de indemnidad. El incremento de la libertad perdida en la interacción requiere de un *resarcimiento*. Por parte del agente dañador, la causación de la pérdida incrementa su libertad. Para restablecer la situación anterior se le exige que pague una indemnización a la víctima. En términos económicos, el agente dañador puede haberse empobrecido, pero no es este el parámetro con el cual se evalúan las ganancias y las pérdidas de las partes en la justicia correctiva. A este principio solo importan los beneficios y los perjuicios que alteran la igualdad formal de los agentes morales que se relacionan en interacciones privadas.

Los derechos y deberes de indemnidad son la clave para comprender esto. El derecho a no ser dañado por negligencia, por ejemplo, es correlativo a un deber de no dañar de ese mismo modo. Cuando la víctima experimenta una pérdida fáctica como consecuencia de una conducta negligente puede afirmarse que: *a*) su derecho de indemnidad fue vulnerado, por lo que sufre una pérdida normativa, una restricción en su libertad; *b*) el deber de indemnidad del agente dañador fue violado, por lo que obtiene una ganancia normativa, ya que no se sujetó a los límites que le imponían los derechos del otro. Así definidos los derechos y deberes de indemnidad, la violación del deber de no dañar, al igual que la vulneración del derecho a no ser dañado, requiere que tenga

⁴¹ Vid. GORDLEY, 1995: 138; RIPSTEIN, 2004: 1833.

lugar una *pérdida fáctica* causada de cierta manera (mediante conductas negligentes, si la regla que define los derechos y deberes de las partes es la culpa, o con acciones riesgosas, si la regla en cuestión es de responsabilidad objetiva). La relación conceptual que existe entre los derechos y deberes de indemnidad y las pérdidas fácticas hace que la reparación del daño que sufre la víctima sea suficiente para rectificar, a la vez, las ganancias y las pérdidas injustas de la interacción.

4. REFLEXIÓN FINAL

En contra de lo que he sostenido, muchos autores creen que en la responsabilidad extracontractual no existe un derecho a no ser dañado sino solo un derecho a ser compensado. Estas opiniones se basan en una descripción de las normas usualmente contenidas en los distintos sistemas jurídicos. La responsabilidad extracontractual parece ser simplemente un conjunto de reglas que ordenan la compensación de ciertas pérdidas materiales en ciertas circunstancias. Por mi parte, he sugerido que la responsabilidad extracontractual puede ser interpretada como una institución liberal que distribuye derechos y deberes de indemnidad. ¿Cuál podría ser el propósito de compensar ciertas pérdidas en ciertas circunstancias sino proteger el bienestar de las personas contra las interferencias de terceros? Parece que la indemnización es un bien primario, en el sentido de que es útil para cualquier plan de vida. Mientras más indemnidad gocen los individuos, mayor libertad tendrán para desarrollar sus proyectos. Por ello, todas las decisiones respecto de las condiciones y la medida en que se asignarán los derechos de compensación son una cuestión que concierne a la justicia distributiva.

Quienes rechazan la idea de que existe un derecho a no ser dañado podrían, sin embargo, aceptar lo que estoy diciendo. Podrían reconocer que la asignación de derechos de compensación es una cuestión de justicia distributiva, por la trivial razón de que tiene consecuencias distributivas, y ello no los compromete con admitir que exista algo así como un derecho de indemnidad. ¿Hay algún argumento adicional para defender mi tesis? Creo que sí. En primer lugar, la responsabilidad extracontractual no es la única respuesta ante la producción de daños. El derecho penal, en muchos sistemas, castiga los perjuicios a la integridad física y a la propiedad con los delitos de lesiones y de daño, respectivamente. ¿Por qué habría de ser delito la afectación de la propiedad si la víctima no tenía un derecho a no ser dañada? Este argumento no es conceptual, pero sí es un indicio respecto de la preocupación del Estado de proteger a los individuos frente a las interferencias de terceros y no frente a la mera falta de compensación una vez que la interferencia se produce. En segundo lugar, y este sí es un argumento conceptual, asumir la existencia de derechos de indemnidad da sentido a toda la red de conceptos que se emplean en la responsabilidad extracontractual. El patrón de inferencias que llevan a un juicio de responsabilidad e indemnización ha sido habitualmente relacionado con la justicia correctiva. Pero la justicia correctiva no puede funcionar en el vacío. Requiere una asignación de derechos previa. Esto es lo que algunos dogmáticos analizan en términos de derechos primarios y secundarios. La obligación de compensar, se arguye, es un derecho secundario que se hace exigible una vez vulnerado el derecho primario. La justicia correctiva, por definición, no puede dar

cuenta de los derechos primarios, aquellos cuya vulneración requiere una rectificación. En cambio, los derechos de indemnidad son esencialmente derechos primarios, y estos últimos son conceptualmente necesarios para que puedan existir derechos secundarios. Siendo ello así, quienes niegan que la responsabilidad extracontractual consagre a favor de los individuos un derecho a no ser dañado, si desean seguir sosteniendo que la justicia correctiva cumple algún rol en la explicación, deben postular que la distribución previa de recursos está dada por otros derechos, como la propiedad o la integridad física.

Así, seguiría siendo cierto que la justicia correctiva explica la responsabilidad extracontractual, pero falso que esta área del derecho privado distribuye derechos de indemnidad. Los únicos derechos necesarios para que opere la justicia correctiva serían los reconocidos por otras ramas del derecho, como el derecho constitucional, el derecho mercantil o el derecho de familia, entre otras. El problema de esta posición es que no describe adecuadamente la práctica. Evidentemente, la vulneración de un derecho puede ser parte de las premisas que fundamentan un juicio de responsabilidad, pero no es un elemento imprescindible. La víctima puede cobrar una indemnización cuando sufre una pérdida material, una disminución de su bienestar, en las circunstancias especificadas por las reglas de responsabilidad. Con la regla de negligencia, cada vez que una acción incorrecta del agente dañador le cause un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, la víctima podrá reclamar una compensación. No es necesario alegar en el litigio la vulneración de ningún derecho como la propiedad o la integridad física, aunque usualmente estos sean alegados. Lo que debe alegarse es la vulneración de un derecho de indemnidad, es decir, que ha existido un perjuicio a los intereses legítimos de la víctima en las circunstancias especificadas por las reglas de responsabilidad. Los derechos como la propiedad o la integridad física entran en el razonamiento jurídico *qua* intereses legítimos que fueron lesionados. Para decirlo de otro modo, la responsabilidad extracontractual no reacciona sólo contra la vulneración de un derecho expresamente reconocido, sino que permite que la víctima sea compensada cuando sus intereses legítimos son perjudicados. Los intereses pueden estar protegidos por distintas reglas, y como ello requiere de juicios fundados en la justicia distributiva, lo que se distribuye no puede ser más que un derecho a quedar indemne frente a determinadas acciones, incorrectas o riesgosas, de terceros.

Asimismo, los derechos de indemnidad son un elemento esencial para comprender por qué la vulneración de los derechos primarios genera derechos secundarios de compensación. La concepción de los derechos de indemnidad como bienes primarios presupone alguna clase de compensación. Esto no explica por qué el agente dañador específicamente debe cargar con la indemnización, tal como ordena la responsabilidad extracontractual. Para ello debe acudir a la justicia correctiva. Este principio regula las relaciones privadas, de modo que todos los individuos en condiciones ideales aceptarían interactuar respetándose mutuamente sus derechos. El respeto de un derecho de indemnidad (un derecho a no ser dañado) implica necesariamente el derecho a recibir una compensación en caso de vulneración. Por esta razón, una reconstrucción teórica que relacione la justicia correctiva con la respuesta ante la vulneración de otros derechos distintos de la indemnidad tendrá los mismos problemas que enfrenta WEINRIB, ya que no podrá explicar cómo se deriva de la vulneración del derecho primario un derecho secundario de compensación.

En definitiva, sin asumir la existencia de derechos de indemnidad la mayoría de los rasgos que nos resultan familiares de la responsabilidad extracontractual se tornan extremadamente difíciles de explicar.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, 1985: *Ética Nicomaquéa*, Madrid: Gredos.
- ARNESON, R., 1995: «Metaethics and Corrective Justice», *Arizona Law Review*, 37 (1): 33-43.
- BENSON, P., 1992: «The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice», *Iowa Law Review*, 77 (2): 515-624.
- CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., 1972: «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, 85 (6): 1089-1128.
- CALNAN, A., 1997: *Justice and Tort Law*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- CANE, P., 1996: «Corrective Justice and Correlativity in Private Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 16 (3): 471-488.
- 1997: *The Anatomy of Tort Law*, Oxford: Hart Publishing.
- 2001: «Distributive Justice and Tort Law», *New Zealand Law Review*, Part IV: 401-420.
- COASE, R., 1960: «The Problem of Social Cost», *The Journal of Law and Economics*, 3: 1-44.
- COLEMAN, J. L., 1992: *Risks and Wrongs*, Oxford: Oxford University Press.
- 2001: *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J. L., y KRAUS, J., 1986: «Rethinking the Theory of Legal Rights», *The Yale Law Journal*, 95 (7): 1335-1371.
- DAGAN, H., 1999: «The Distributive Foundation of Corrective Justice», *Michigan Law Review*, 98: 138-166.
- FEINBERG, J., 1970: «The Nature and Value of Rights», *The Journal of Value Inquiry*, 4 (4): 243-260.
- GORDLEY, J., 1995: «Tort Law in the Aristotelian Tradition», en OWEN, D. G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press.
- GUASTINI, R., 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- HOHFELD, W. N., 1913: «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning», *Yale Law Journal*, 23 (1): 16-59.
- HONORÉ, T., 1999: *Responsibility and Fault*, Oxford-Portland: Hart Publishing.
- KEATING, G. C., 2004: «Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents», *Fordham Law Review*, 72 (5): 1857-1921.
- KEREN-PAZ, T., 2007: *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Hampshire: Ashgate.
- LUCY, W., 2007: *Philosophy of Private Law*, Oxford: Oxford University Press
- MACCORMICK, N., 1982: «The Obligation to Reparation», en MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- NEYERS, J. W., 1998: «The Inconsistencies of Aristotle's Theory of Corrective Justice», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XI (2): 311-328.
- PERRY, S. R., 1992: «The Moral Foundations of Tort Law», *Iowa Law Review*, 77 (2): 449-514.
- 2000: «On the Relationship Between Corrective and Distributive Justice», en J. HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Fourth Series, Oxford: Oxford University Press.

- RAWLS, J., 1982: «Social Unity and Primary Goods», en A. SEN y B. WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1999: *A Theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- RIPSTEIN, A., 2004: «The Division of Responsibility», *Fordham Law Review*, 72 (5): 1811-1844.
- STONE, M., 1996: «On the Idea of Private Law», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, IX (2): 235-277.
- TODD, S., y HUGHES, J., 1997: «Introduction: Torts and Other Compensation Systems», en S. TODD (ed.), *The Law of Torts in New Zealand*, 2.^a ed., Wellington: Brooker's Legal Information, 1-61.
- WEINRIB, E., 1995: *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass. - London, England: Harvard University Press.